

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
FACULDADE DE ARQUITETURA, ARTES E COMUNICAÇÃO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS

CARLO JOSÉ NAPOLITANO

**SISTEMATIZAÇÃO CRÍTICA DE PARTE DE OBRA ACADÊMICA
(2009/2019)**

**DIREITO À COMUNICAÇÃO: DIMENSÕES SOCIAIS E POLÍTICAS NO
BRASIL**

Texto de sistematização crítica de parte da produção acadêmica (2009-2019) do Prof. Dr. Carlo José Napolitano, para atendimento das normas do Edital 3/2019 - DTA/FAAC de Concurso Público de Títulos e Provas do Departamento de Ciências Humanas da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da UNESP - Câmpus de Bauru, na disciplina “**Direito à Comunicação: dimensões sociais e políticas no Brasil**”, para obtenção do título de Livre-Docente em “**Direito à Comunicação**”.

Bauru

2019

AGRADECIMENTOS

Este é um momento de “fechamento para balanço” de mais um ciclo do longo percurso acadêmico, momento de reflexões e de agradecimentos a todos os que, de uma forma ou de outra, auxiliaram nesse caminho, longo, árduo, complicado, e também muito prazeroso.

É um momento igualmente muito delicado, pois o esquecimento de alguém pode causar certo desconforto e injustiça. Contudo, algumas pessoas eu tenho a obrigação de nomear, em agradecimento. Os agradecimentos ficarão circunscritos ao período de 2009-2019, concernente a esta sistematização crítica.

Inicialmente, um especial agradecimento aos Professores Associados Maximiliano Martin Vicente e Murilo César Soares, os quais, muito antes do meu ingresso na UNESP como professor efetivo, me acolheram, no grupo de pesquisa “Mídia e Sociedade”, e acreditaram desde então no meu potencial. Agradeço também aos demais colegas do grupo pela interlocução.

Aos colegas do GP “Políticas e Estratégias de Comunicação”, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM, pelas parcerias realizadas, com especial agradecimento à Professora Juçara Gorski Brittes.

Ao Professor Associado Danilo Rothberg e, novamente, ao Professor Maximiliano, pelo apoio e incentivo para o meu ingresso no Programa de Pós-Graduação em Comunicação.

Ao Professor Titular Elival da Silva Ramos, pelo acolhimento e pela interlocução durante a realização de estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Aos colegas docentes do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, pois a carreira acadêmica não se constrói sozinho.

Aos colegas servidores administrativos do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação, pelo apoio sempre prestativo, com especial agradecimento à Roseli Cristina Nonato Pitondo.

Aos meus orientandos de graduação e pós-graduação, todos eles certamente contribuíram para o meu amadurecimento intelectual.

À Lúcia, ao Pedro e ao Lucas, pela paciência e compreensão.

Sou imensamente grato a todos.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	3
PARTE 1 – Aproximações com o Direito à Comunicação	5
PARTE 2 – Desenvolvimento da temática do Direito à Comunicação	11
PARTE 3 – Concretização do conhecimento acerca do Direito à Comunicação.....	26
PARTE 4 – Caminhos a seguir.....	40
REFERÊNCIAS	50
PARTE 5 – Artigos completos analisados na sistematização crítica	54
5.1 – Direito fundamental à comunicação	55
5.2 - A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos.....	64
5.3 - A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130	73
5.4 - A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação e suas normas .	81
5.5 - Regulação do Direito à Comunicação e sua efetivação pelo Supremo Tribunal Federal	90
5.6 - Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger.	102
5.7 - O direito à comunicação no plenário da Assembleia Nacional Constituinte	111
5.8 - Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito	125
5.9 - Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos	135
5.10 - Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal.....	146
5.11 - O Supremo Tribunal Federal na crise do <i>impeachment</i> : o diálogo com a sociedade civil	156
5.12 - Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação	166
5.13 - O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão	179

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de sistematização crítica de parte de obra acadêmica, em conformidade ao Artigo 6º, II, da Resolução UNESP 27/2009 (II - defesa de tese original e inédita **ou de texto que sistematize criticamente a obra do candidato, ou parte dela, elaborados após o doutoramento e por ele apresentado de forma ordenada e crítica, de modo a evidenciar a originalidade de sua contribuição nos campos da ciência, das artes ou das humanidades** – destaque meu) e tendo sido elaborada para atender às normas do Edital 3/2019 - DTA/FAAC de Concurso Público de Títulos e Provas do Departamento de Ciências Humanas da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da UNESP - Câmpus de Bauru, na disciplina “**Direito à Comunicação: dimensões sociais e políticas no Brasil**”, para obtenção do título de Livre-Docente em “**Direito à Comunicação**”.

De acordo com a resolução supra referida, “o acesso ao Concurso de Livre-Docência pressupõe maturidade acadêmica a ser conquistada após a obtenção do título de Doutor”. Diante dessa condição imposta pela resolução, o período desta sistematização crítica ficou restrito aos anos de 2009-2019, levando em conta a data do meu doutoramento (2008) e do meu ingresso na Universidade Estadual Paulista (2009).

Considerando ainda a totalidade da produção de artigos publicados em periódicos acadêmicos, trabalhos completos publicados em anais de eventos e capítulos de livros, para a presente sistematização, foram selecionadas 13 (treze) produções para compor a abordagem, reunindo somente artigos publicados em periódicos e capítulos de livros, escolhendo aqueles que dialogam diretamente com a temática do concurso (Direito à Comunicação) e priorizando as produções individuais, com exceção de dois artigos publicados em coautoria e que reputo essenciais ao desenvolvimento da minha trajetória e maturidade acadêmica; no entanto, relembro e entendo como fundamentais as parcerias celebradas durante esta última década e que foram também significativas para o meu desenvolvimento intelectual, ficando registrados aqui os meus agradecimentos a esses parceiros, colegas e orientandos.

A apresentação dos artigos e capítulos de livros seguiu a ordem cronológica das publicações. Também optei por dividir os artigos selecionados em três períodos de publicação, relativos aos anos de 2009 a 2011, 2012 a 2015 e 2016 a 2019. Esse recorte se justifica, tendo em vista: 1 - o meu ingresso na UNESP (2009) e a concretização do

meu primeiro projeto trienal junto ao Departamento de Ciências Humanas; 2 - a obtenção de financiamento junto à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), para a implementação de projeto de pesquisa, o qual contribuiu substancialmente para o meu credenciamento no Programa de Pós-Graduação em Comunicação (2013) e, 3 - por fim, a realização de estágio de pós-doutoramento no Departamento de Direito do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016) e desenvolvimento de projeto financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Esses três períodos podem ser resumidos em aproximação, desenvolvimento e concretização do conhecimento e do amadurecimento acadêmico e profissional, em relação à temática do Direito à Comunicação.

Os artigos e capítulos estão anexados na íntegra, ao final deste material, que foi elaborado inspirado em Leite (2017) e Rothberg (2016).

PARTE 1 – Aproximações com o Direito à Comunicação

Esta etapa da minha produção acadêmica compreende o período de 2009 a 2011 e está relacionada ao meu ingresso na UNESP e ao desenvolvimento do meu primeiro projeto de pesquisa, muito embora duas das três produções selecionadas não estejam diretamente associadas ao projeto executado no período, contudo, estão intimamente ligadas ao escopo do concurso. Trata-se dos seguintes trabalhos:

1.1 - NAPOLITANO, Carlo José. Direito fundamental à comunicação. In: VICENTE, M. M. (Org.). *Comunicação e cidadania*. Bauru: EDUSC, 2009. p. 9-26.

1.2 - NAPOLITANO, Carlo José. A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 189, p. 95-104, 2011.

1.3 - NAPOLITANO, Carlo José. A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, p. 258-268, 2011.

O primeiro trabalho publicado após a obtenção do título de Doutor foi o capítulo de livro denominado “Direito fundamental à comunicação”, produzido para compor a obra *Comunicação e Cidadania*, organizada pelo Prof. Ass. Maximiliano Martin Vicente, publicada em 2009. O livro é uma obra coletiva para divulgação das pesquisas dos membros do Grupo de Pesquisa “Mídia e Sociedade”, do Departamento de Ciências Humanas. Mesmo antes do meu ingresso como professor concursado na UNESP, atuei ativamente, ainda como professor substituto e bolsista, nesse Grupo de Pesquisa, do qual faço parte até os dias de hoje.

Esse texto foi a minha primeira tentativa de catalogação dos direitos relacionados à comunicação, previstos na Constituição Federal de 1988.

Início o trabalho indicando que a terminologia “direito à comunicação” passou a ser utilizada, no final dos anos 1960, a qual era entendida como um conjunto de direitos isolados, associados à comunicação, que, unidos, se transformam naquele; dentro desse conjunto de direitos, podem ser identificadas inúmeras regulamentações, tais como, por

exemplo: a regulação da liberdade de expressão do pensamento, a questão da diversidade e pluralidade dos meios de comunicação, a liberdade de imprensa, a regulação dos direitos relacionados à propriedade intelectual, dentre outros.

Antes da catalogação das regras constitucionais referentes à comunicação, considerada aqui a principal contribuição do trabalho “Direito fundamental à comunicação”, abordei também aspectos relacionados à evolução histórica dos direitos fundamentais, o histórico da positivação constitucional dos direitos fundamentais, a classificação em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, e as características desses direitos, destacando-se, para fins desta sistematização, a característica da concordância prática ou harmonização, uma vez que, de acordo com Rothenburg (1999, p. 58), haverá situações em que dois ou mais direitos fundamentais entrarão em colisão, devendo, na sua aplicação, serem utilizados critérios de proporcionalidade, “[...] buscando-se o máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos.” Essa característica dos direitos fundamentais está muito presente nas abordagens associadas ao direito à comunicação e estará presente nas minhas pesquisas e trabalhos, pois invariavelmente haverá conflitos ligados à liberdade de expressão do pensamento, liberdade de imprensa, liberdade de informação com os direitos relacionados à vida privada, intimidade, honra e imagem, sendo necessária a utilização desse princípio para minimizar prejuízos, tal como frisado por Rothenburg.

No que diz respeito especificamente ao direito à comunicação no texto constitucional, indico a competência legislativa privativa da União para disciplinar questões relativas à comunicação e apresento as regras e princípios constitucionais previstos no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais, intimamente relacionados aos direitos individuais de primeira geração, e nos artigos 220 a 224, no capítulo da Constituição que aborda especificamente a Comunicação Social, direitos considerados no “Direito fundamental à comunicação” como direitos da coletividade, portanto, de terceira geração.

O texto “Direito fundamental à comunicação” foi, de fato, a minha primeira incursão como pesquisador na temática do direito à comunicação, muito embora as referências bibliográficas do capítulo de livro estejam intimamente ligadas ao Direito Constitucional, bibliografia por mim usada nas pesquisas de Mestrado e Doutorado, destacando-se Araujo e Nunes Júnior (2001), Canotilho (1999), Ferreira Filho (1999), Sarlet (1998), Schäfer (2001), Silva (1993), autores clássicos no direito constitucional e direitos fundamentais.

A relevância do trabalho “Direito fundamental à comunicação” para a minha trajetória acadêmica se justifica, tendo em vista que foi a partir dele que elaborei o meu primeiro projeto de pesquisa junto ao Departamento de Ciências Humanas, cujo ingresso ocorreu em 17 de agosto de 2009. Trata-se do projeto denominado “A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos”. O desenvolvimento desse projeto foi financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq – Processo 500786/2010-0, Edital MCT/CNPq 10/2010 - Apoio Técnico / Edital MCT/CNPq 10/2010 - AT- NM - Nível Médio, Comitê Assessor CNPq - Antropologia, Arqueologia, Ciência Política, Direito, Relações Internacionais e Sociologia, pela Fundação para o Desenvolvimento da UNESP – FUNDUNESP – (captação de recurso financeiro para a aquisição de equipamento de informática para o desenvolvimento da pesquisa) e pela Pró-Reitoria de Pesquisa da UNESP - PROPE/UNESP – (Edital “Programa Primeiros Projetos”, com financiamento para a aquisição de equipamentos de informática e livros, além de uma bolsa de iniciação científica vinculada ao projeto) e envolveu a orientação de uma bolsista de iniciação científica, financiada pela Pró-Reitoria de Pesquisa e duas bolsistas de apoio técnico, financiadas pelo CNPq, na apresentação e publicação de artigo completo em anais de eventos, além de publicação em revista científica qualificada, que será comentada na sequência.

O desenvolvimento do projeto “A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos” foi essencial para a meu desenvolvimento como docente, pesquisador e formador de recursos humanos, porque foi a partir dele que ocorreu o meu ingresso e a minha confirmação no Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa – RDIDP na UNESP, respectivamente, em 25 de janeiro de 2010 e 05 de setembro de 2013, após avaliação de mérito dos resultados da pesquisa.

Para a elaboração desse projeto, debrucei-me sobre bibliografia específica relacionada ao direito à comunicação, como Brant e Kameoka (2005), Camargo (2003), Correia (2005), Fiss (2005) e Gonçalves (2003), dentre outros.

O desenvolvimento do projeto resultou, como já mencionado, na publicação do artigo “A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos”, na *Revista de Informação Legislativa*, em 2011, revista qualificada como A2, na área do Direito.

Esse trabalho, resultante da pesquisa, contribuiu significativamente para a minha trajetória e desenvolvimento acadêmico, considerando a revisão de literatura específica, o aprofundamento na temática do direito à informação e, em especial, a revisitação ao processo constituinte, fato que impulsionou pesquisas e investigações futuras, como será visto mais à frente.

Especificamente, o texto publicado na *Revista de Informação Legislativa* consistia de um relato da pesquisa, apresentando os seus objetivos, métodos e conclusões, além de abordar aspectos ligados ao direito à informação, tendo-se em vista que, na modernidade, a informação passa a ser considerada uma mercadoria, econômica e política, transformando-se em instrumento de poder (GRAU, 2003; ASCENSÃO, 2008), além de ser obviamente um direito fundamental, ou, em outros termos, um bem público, possuindo, portanto, caráter ambivalente. Tratei também, no artigo, do histórico da proteção jurídica internacional da propriedade imaterial, das mais remotas (União de Paris, de 1833) até as mais recentes (como, por exemplo, o acordo TRIPS da década de 1990) e das diferenças do tratamento jurídico do direito de autor e da propriedade industrial. Ademais, apresentei relatos de entrevistas realizadas com representantes do Escritório de Direitos Autorais, do Ministério da Cultura e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI.

Apresentei ainda um resumo das pesquisas nos Diários do Congresso Nacional, durante a Assembleia Nacional Constituinte, concluindo que pouca atenção foi dispensada aos direitos da propriedade imaterial, ao longo do processo de elaboração da Constituição, pois assuntos considerados mais importantes, tais como a organização do Estado e dos Poderes, concentravam as discussões dos parlamentares constituintes. Contudo, ficou evidente a participação ativa da sociedade civil durante o processo, fato que qualifica a nossa Constituição como cidadã. O resgate histórico sobre o processo constituinte acerca da temática da propriedade imaterial certifica a originalidade desse trabalho.

Como decorrência do projeto acima descrito e tendo em vista, em especial, a revisitação ao processo constituinte e a descoberta de debates a respeito da regulamentação constitucional da comunicação social, em 2011, submeti e obtive financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) para o projeto denominado “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal”, cujos resultados serão comentados na segunda parte desta sistematização.

Por fim, nesta primeira parte, apresento o artigo “A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130”, publicado na revista *Direitos Fundamentais & Justiça* (qualis A2, Direito).

O texto, publicado em 2011, contribuiu sobremaneira para a minha trajetória intelectual, pois norteou as demais pesquisas por mim desenvolvidas. Esse texto indica o amalgamento da minha pesquisa de Doutorado com a temática do direito à comunicação.

Na pesquisa de Doutorado, investiguei a temática da “Judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: análise de julgamentos relacionados à reforma do Estado nos anos 90”, analisando decisões do STF a propósito dos processos de privatizações provenientes da reforma do Estado Brasileiro, em meados dos anos 1990. A partir do trabalho “A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130”, direcionei minhas pesquisas para a análise de decisões do STF sobre temas relacionados à comunicação social. De fato, esse trabalho foi um “balão de ensaio” para as outras pesquisas que se seguiram. A contribuição desse texto, além do que já apontado, foi a apresentação da metodologia de análise de julgados, utilizada anteriormente no Doutorado e posteriormente aprimorada nas investigações seguintes, como será visto, bem como a abordagem de algumas repercussões jurídicas, políticas e sociais decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130, que declarou não recepcionada a lei de imprensa (lei 5.250/97), podendo aqui ser mencionadas algumas conclusões a que cheguei, naquela oportunidade:

- considere que a decisão sugeriu a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de regras jurídicas tomadas como “sobredireitos”, pois a decisão ponderou que a liberdade de expressão deve prevalecer sobre os demais direitos fundamentais. Do meu ponto de vista, à época, tal decisão contrariou a teoria dos direitos fundamentais, em especial o princípio da concordância prática ou harmonização. Esse princípio indica que, na aplicação do direito, devem ser usados critérios de proporcionalidade, buscando-se o máximo da aplicação do direito fundamental, com um mínimo de prejuízo dos demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Com a decisão, o STF criou um caso de cessão de direitos em prol da liberdade de imprensa, o que afronta o princípio mencionado.

- na decisão, o STF firmou também a tese de que normas jurídicas produzidas em períodos autoritários anteriores a 1988 não devem ser recepcionadas pela Constituição. Esse argumento é muito fraco, pois, se fosse seguido à risca, grande parte da legislação

infraconstitucional deveria ser declarada incompatível com o atual ordenamento constitucional. Como exemplo, podem ser citados a Consolidação das Leis Trabalhistas e o Código Penal, os quais foram produzidos no período autoritário varguista.

- com a decisão, o STF criou uma inaceitável lacuna jurídica, sobretudo pela falta de previsão legal associada ao direito de resposta, antes regulamentado pela lei declarada não recepcionada pelo texto de 88. Tal lacuna somente foi solucionada pelo legislador ordinário, em 2015, quando da edição da lei 13.188/15.

Para a elaboração do texto “A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130”, revisei obras clássicas do direito constitucional e que evidenciam o papel das cortes constitucionais, tais como: Barroso (1998), Campilongo (2002), Canotilho (1999), Cappelletti (1993), Häberle (1997), Habermas (2003), Shapiro (2002), Vieira (199), dentre outros.

Essa etapa da minha trajetória e produção acadêmica, nesta análise retrospectiva, pode ser considerada como um período de aproximação com a temática do direito à comunicação. Trata-se de uma aproximação realizada em um momento de adaptação à nova posição conquistada - docente em RDIDP, no Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, da UNESP, Câmpus de Bauru/SP.

PARTE 2 – Desenvolvimento da temática do Direito à Comunicação

Esta etapa da minha produção acadêmica compreende o período de 2012 a 2015 e está ligada ao desenvolvimento de projeto financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP – e corresponde também à fase do meu credenciamento no Programa de Pós-Graduação em Comunicação (final de 2013). Penso que esse período de quatro anos como o de desenvolvimento intelectual e acadêmico em relação à temática do Direito à Comunicação. Nesta parte da sistematização, comento seis (6) produções intimamente relacionadas ao projeto financiado pela FAPESP. Trata-se dos seguintes trabalhos:

2.1 - NAPOLITANO, Carlo José. A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas. *Alceu* (PUCRJ), v. 12, p. 204-2015, 2012.

2.2 - NAPOLITANO, Carlo José. Regulação do Direito à Comunicação e sua efetivação pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos jurídicos*: curso de direito Unisal, Campinas, v. 1, p. 83-107, 2012.

2.3 - NAPOLITANO, Carlo José. Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger. In: BRITTES, J. (Org.). *Saber militante*: teoria e crítica nas políticas de comunicação do Brasil. 1. ed. São Paulo: Intercom, 2013. p. 177-193.

2.4 - NAPOLITANO, Carlo José. O direito à comunicação no plenário da Assembleia Nacional Constituinte. *Animus* (Santa Maria. Online), v. 13, p. 253-271, 2014.

2.5 - NAPOLITANO, Carlo José; VANZINI, K. V. da S. Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito. *Revista Comunicação Midiática* (Online), v. 9, p. 120-133, 2014.

2.6 - NAPOLITANO, Carlo José. Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos/Press freedom in the

Brazilian Supreme Court: a comparative analysis with the U.S. Supreme Court. *Intercom* (São Paulo. Impresso), v. 38, p. 19-36, 2015.

O primeiro texto analisado nesta parte da sistematização é o trabalho intitulado “A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas”, publicado na revista *Alceu* (qualis B1, área Comunicação e Informação), em 2012. Observe-se que, a partir desse momento da minha vida acadêmica, passei a direcionar as minhas publicações para a área da Comunicação e Informação, tendo em vista o desejo de credenciamento no Programa de Pós-Graduação em Comunicação, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação.

Esse texto constitui o primeiro resultado da pesquisa denominada “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal”, financiada pela FAPESP, processo n. 2011/00745-0.

A pesquisa objetivou investigar a regulação jurídica do direito fundamental à comunicação, no Brasil, e, para dar azo ao escopo do projeto, foi revisitado o processo constituinte, no sentido de examinar qual foi a regulação constitucional pretendida naquele momento histórico, assim como foi investigada a interpretação jurídica e a concretização desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal, instituição máxima da justiça brasileira, através da análise de julgados proferidos por essa corte, tendo por objeto ações constitucionais, consideradas, na oportunidade, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI, Ações Declaratórias de Constitucionalidade - ADC, Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF e Recursos Extraordinários – REX.

Uma primeira versão do texto “A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas” foi apresentada no GP Políticas e Estratégias de Comunicação, do XI Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação (INTERCOM), em 2011, em Recife/PE. Desde esse tempo, participo ativamente desse grupo de pesquisa, sendo membro nucleado.

No trabalho “A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação de suas normas”, parti do pressuposto da importância da regulação jurídica dos direitos relacionados à comunicação social, tendo em vista que a regulação desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão,

consubstanciando-se, dessa forma, em um bem jurídico, conforme preceituado pela UNESCO (MENDEL, 2009).

A originalidade desse trabalho está na apresentação do conceito e da importância da regulação jurídica no mundo moderno, compreendido no texto como medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam a controlar ou influenciar os comportamentos “[...] dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos.” (CARVALHO, 2002, p. 13). Para a definição do conceito e demonstração da importância da regulação jurídica da comunicação social, utilizei referencial teórico do direito econômico e da comunicação (AGUILLAR, 2006; GRAU, 1991; GONÇALVES, 2003; CORREIA, 2005).

Também aprofundi o tratamento da regulação jurídica da comunicação social para o âmbito infraconstitucional, levando em conta que a própria Constituição Federal prevê a exigência de leis regulamentadoras para assuntos voltados para a comunicação social; como exemplo dessa exigência de regulação infraconstitucional, verifica-se, nos artigos 220 a 224, a previsão de elaboração de sete leis regulamentadoras da Constituição, a saber: 1 - regular as diversões e espetáculos públicos, com informações sobre a natureza dos espetáculos, as faixas etárias a que não se recomendem, os locais e os horários nos quais sua apresentação se mostre inadequada; 2 - estabelecer mecanismos que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; 3 – regular a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias; 4 - definir percentual quanto à regionalização da produção cultural, artística e jornalística; 5 - regular os meios de comunicação social eletrônica; 6 - disciplinar a participação de capital estrangeiro na propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; 7 - criação do Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional.

Em relação à necessidade de regulamentação infraconstitucional dos assuntos relacionados à comunicação social, o trabalho considerou que não há interesse do Legislativo brasileiro em regular as atividades econômicas ligadas à comunicação social, haja vista que, das sete exigências constitucionais, apenas três (3) foram efetivadas até o ano de 2012.

Ainda quanto à normatividade infraconstitucional, o trabalho observou que a pluralidade de leis (lei 4.117/62, Código Brasileiro de Telecomunicações, lei 9.472, lei que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, lei 11.485/11, lei do serviço de acesso condicionado) e de atores, na regulação do setor (Ministério das Comunicações, ANATEL, ANCINE) representa uma falha importante na regulamentação legal, podendo afrontar o princípio jurídico da isonomia, tendo em vista a pluralidade de tratamento jurídico, em especial, em uma época de convergência tecnológica (SUNDEFELD, 2004; SANKIEVICZ, 2011).

Em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal, o trabalho apresenta e analisa a decisão da corte a respeito do Decreto-Lei de 1969, que dispunha sobre a obrigatoriedade do diploma em curso superior de jornalismo para o exercício profissional. Na decisão proferida no Recurso Extraordinário – REX 511.961, o STF reconheceu a não recepção do Decreto-Lei pela nova ordem constitucional de 1988. Na oportunidade, considerei equivocada a decisão da corte, por afrontar a normatividade constitucional, em especial, o artigo 5º, XII que dispõe que “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, sendo essa uma das limitações impostas pelo texto constitucional à liberdade de informação jornalística, conforme artigo 220, § 1º da Constituição Federal.

Para a elaboração do trabalho, revisei a teoria do direito econômico, do direito constitucional e da comunicação social, baseando o texto nos seguintes autores, além dos já citados: Jambeiro (2009) e Vicente (2009).

O segundo trabalho analisado nesta parte trata-se do artigo “Regulação do Direito à Comunicação e sua efetivação pelo Supremo Tribunal Federal”, publicado em dezembro de 2012, na revista *Cadernos Jurídicos* da Unisal. Com efeito, constituía um relato parcial da pesquisa já mencionada.

A originalidade desse artigo está na revisitação ao processo constituinte, a qual teve o intuito de investigar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante a Assembleia Nacional Constituinte para o direito à comunicação. O trabalho analisou os pareceres dos relatores da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação e da Comissão Temática da Família, Educação, Cultura e Esportes, Ciência e Tecnologia e Comunicação.

A opção por analisar os pareceres se justificou, tendo em vista a importância dos relatores, durante o processo constituinte. Segundo Pilatti (2008, p. 52), o regimento

interno da ANC garantiu amplo poder de agenda “[...] aos relatores das subcomissões, os únicos que, além de apresentar substitutivos, elaborariam também os textos-base.”

Levou-se ainda em conta o roteiro de elaboração constitucional, o qual “[...] devia começar pelas 24 subcomissões temáticas, que entregariam seus anteprojetos a 8 comissões temáticas e estas, seus anteprojetos à Comissão de Sistematização, que por sua vez entregaria ao Plenário da ANC o Projeto de Constituição.” (PILATTI, 2008, p. 57).

Ademais, constatou-se que a divisão inicial dos trabalhos constituintes reflete, com algumas poucas alterações, o resultado final do processo constituinte. Como exemplo, a comunicação social estava alocada na oitava comissão. Na redação final da Constituição essa temática ficou alocada no Título VIII (Da Ordem Social). Como ressaltado, de maneira geral, a estrutura dos trabalhos da Constituinte reflete a redação final do texto constitucional, com algumas poucas exceções. Como exemplo da simetria entre os trabalhos das comissões e o texto final, fato que justificou essa opção de análise, observou-se, no trabalho, que vários itens propostos no primeiro parecer da subcomissão estão presentes no texto constitucional: a reserva de mercado para brasileiros natos na propriedade das empresas de comunicação; a proposta de criação de um conselho, inicialmente denominado Conselho Nacional de Comunicação; a previsão de princípios para a radiodifusão, tais como a finalidade educativa e a regionalização.

Quanto ao parecer da relatoria da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação, exarado pela Deputada Constituinte Cristina Tavares, destaca-se a atenção dada às políticas para a democratização da comunicação, especialmente as ideias de democratização, através da proposta de criação de instrumentos de ação social sobre os meios de comunicação, dentre os quais o Conselho Nacional de Comunicação e o Conselho Editorial, muito embora tais propostas tenham sido rejeitadas na subcomissão. Foi igualmente, nessa etapa decisória, proposta a mudança na sistemática das concessões, deixando de ser atos exclusivos do Executivo, passando a ter a participação do Congresso Nacional.

No relatório da Comissão Temática, o relator Artur da Távola reapresenta as propostas de criação dos conselhos acima referidas. O relator expõe ainda a ideia inovadora para o texto constitucional acerca da complementaridade tripartite das concessões dos serviços de comunicação, em sistemas privado, público e estatal. Tais propostas também foram rechaçadas, a princípio, na Comissão Temática. No entanto, algumas delas, como se sabe, foram aprovadas no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, como será visto mais à frente.

Em 2013, foi publicado o capítulo de livro, em versão digital (*e-book*) e em formato impresso, “Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger”, na obra coletiva *Saber militante: teoria e crítica nas políticas de comunicação do Brasil*, livro organizado pela então coordenadora do GP Políticas e Estratégias de Comunicação/INTERCOM, professora Juçara Gorski Brittes.

A originalidade desse trabalho está relacionada à abordagem da temática da liberdade de expressão do pensamento e da possibilidade de imposição de limites a esse direito fundamental. Destaco, aqui, em relação a temática da liberdade de expressão do pensamento, os debates norte-americanos acerca desse direito fundamental.

Segundo Binenbojm e Pereira Neto (2005), há, nos Estados Unidos, duas correntes teóricas predominantes sobre a liberdade de expressão.

Uma é conhecida como proteção da autonomia discursiva e é igualmente denominada teoria libertária, que orbita na esfera do autor da mensagem, visando à proteção da autonomia privada e à liberdade de expressão do pensamento, sem interferências externas. Essa corrente teórica defende a abstenção do Estado e, quando ocorrer interferência, esta deve limitar-se à proteção dos direitos do emissor da mensagem. A corrente apregoa que qualquer tentativa de cercear os direitos do emissor pode ser considerada inconstitucional.

Há, contudo, uma segunda corrente, conhecida como teoria democrática, a qual entende a liberdade de expressão como “[...] instrumento para a promoção de diversidade na esfera pública, exigindo uma atuação positiva do Estado na abertura e/ou ampliação do espaço conferido a diversos grupos no debate democrático.” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 2). Para essa matriz, a preocupação maior é com os receptores das mensagens, e estaria identificada com a cidadania e com a vontade comum, visando à “[...] construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6), sendo a regulação estatal estratégica para a criação de uma “[...] cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 7), atribuindo-se ao Estado o papel de curador do discurso público.

Binenbojm e Pereira Neto (2005, p. 10 e p. 13) aludem às posições do teórico americano Owen Fiss, adepto da ideia de que o Estado pode ser um grande defensor da liberdade de expressão e não o seu algoz, da mesma forma como defende que grupos

privados também “[...] podem restringir a liberdade de expressão tanto quanto o Estado”, por isso, a atuação estatal em relação à liberdade de expressão é considerada uma intervenção a favor e não contra essa liberdade.

No entanto, indica Fiss (2005), o excesso de atuação pode levar ao Estado controlador, totalitário e, por sua vez, a falta de regulação levaria à exclusão de determinados setores da sociedade do uso da liberdade de expressão (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 4).

Binenbojm e Pereira Neto reconhecem que, no Brasil, a regulação estatal da liberdade de expressão é um verdadeiro tabu, em especial, pela lembrança do período militar autoritário e que qualquer tentativa de atuação do Estado, nessa seara, é vista como censura.

Nesse mesmo sentido, para Lima (2010, p. 21), no país, em relação a qualquer tentativa de regulação jurídica da liberdade de expressão, há “[...] uma interdição não declarada a esse tema, cuja mera lembrança sempre provoca rotulações de autoritarismo e retorno à censura.”

No que diz respeito à possibilidade de limitação a esse direito, o trabalho “Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger” indica que não há direito fundamental absoluto, apontando a necessidade da harmonização dos direitos.

O trabalho baseado em Araujo e Nunes Júnior (2001, p. 81) lembra que o próprio direito constitucional brasileiro já previu algumas hipóteses de conflito e, de antemão, harmonizou-os, como é o caso da propriedade privada e da desapropriação, prevendo o legislador constitucional a regra da prévia e justa indenização, nos casos de desapropriação. Pode ser mencionada também, como exemplo, a regra sobre a liberdade de manifestação do pensamento, limitada pela necessária identificação de seu autor, vedando-se constitucionalmente o anonimato.

No entanto, ainda segundo Araujo e Nunes Júnior (2001, p. 82), pode haver conflito de interesse sem prévia regulação constitucional. Mencionam, como exemplo, o conflito entre o direito à informação e a proteção à privacidade. Para esses casos, não há regra hermenêutica a ser observada, pois o conflito se localiza no plano da realidade concreta e não no plano jurídico normativo. Diante disso, não é possível fixar um padrão de interpretação em abstrato, *a priori*, tendo em vista que o conflito é uma realidade concreta, sendo, portanto, uma solução a ser construída.

O texto “Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger” também apresenta a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.424-2, caso paradigmático do STF. O processo tratou de condenação criminal de Sigfried Ellwanger pela prática de racismo contra os judeus, manifestada pela publicação e edição de livros de conteúdo antissemita.

Com a decisão da corte, ficou assentada na ementa do acórdão que a liberdade de expressão, mesmo sendo uma garantia constitucional, não tem natureza absoluta e pode ser limitada por questões morais e jurídicas, pois não abrigam manifestações imorais e ilícitos penais: não se trata, portanto, de um direito incondicional.

O quarto trabalho analisado nesta parte da sistematização crítica é o artigo “O direito à comunicação no plenário da Assembleia Nacional Constituinte”, publicado em 2014, na Revista *Animus* (B1, Comunicação e Informação).

Trata-se de complemento da análise das fases antecedentes do processo decisório da ANC - subcomissão e comissão temática, já comentado acima. Além da apresentação dos resultados da pesquisa no plenário da ANC, o texto apresenta um resumo do processo decisório do processo constituinte, indicando a magnitude dos trabalhos que ocorreram de 02 de fevereiro de 1987 a 05 de outubro de 1988, quando da promulgação do texto final. Foram 34 foros decisórios, 24 subcomissões temáticas, 8 comissões temáticas, Comissão de Sistematização e, por fim, o Plenário; ao todo, foram realizadas 341 sessões plenárias, para se debater os temas constitucionais.

A contribuição do texto está na identificação de importantes propostas para a regulação da comunicação social, ao longo da fase plenária da ANC. Foi nessa fase, por exemplo, que se expôs a proposta de emenda ao texto para incluir, na redação final da Constituição, a regra que proíbe a concessão de rádio e televisão para parlamentares, regra hoje implícita no artigo 54 da CF. Tal proposta foi apresentada pelo Deputado Artur da Távola, em março de 1988.

Em abril de 1988, também foi proposta a ideia da obrigatoriedade da regionalização da produção cultural e artística, nas emissoras de rádio e televisão, sugestão que resultou no artigo 221 da Constituição.

Essa proposta foi feita pelo Deputado Farabulini Júnior (SEEP, 2008, p. 95/96), representando um manifesto intitulado “Movimento pela Defesa da Cultura”, para quem as emissoras de rádio e TV deveriam constituir-se em um bem social e as concessões e utilizações desses canais de comunicação deveriam “[...] estar subordinados aos

interesses e necessidades da comunidade.” De acordo com o manifesto, “[...] a atual filosofia da rede de radiodifusão concentra quase que totalmente a produção em um único pólo gerador, desempregando milhares de profissionais de todas as áreas, favorecendo a manifestação de informações e descaracterizando culturalmente o País.” O movimento defendia a obrigatoriedade da regionalização da produção cultural e artística, nas emissoras de rádio e televisão, porque “[...] os meios de comunicação não podem, diretamente ou indiretamente, ser instrumento de monopólio ou oligopólio, público ou privado”, sendo certo que “[...] a democratização dos meios de comunicação social deve ser garantida por esta Constituição.” Para os representantes do movimento, “[...] o desenvolvimento cultural do Brasil implica no livre acesso à informação e aos meios necessários à criação, produção e apropriação dos bens culturais” e “[...] no reconhecimento e respeito às especificações culturais dos múltiplos universos e modos de vida da sociedade brasileira, e na preservação e ampliação da função predominantemente cultural dos meios de comunicação social e seu uso democrático.”

Compunham o Movimento as seguintes entidades: Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo – SATED/SP –, União Brasileira dos Escritores – UBE –, Federação Paulista de Cineclubes – FPCc –, Cooperativa Paulista de Teatro – CPT –, Associação dos Produtores Espetáculos Teatrais do Estado de São Paulo – APETE –, Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de São Paulo –, Associação Paulista dos Autores Teatrais – APART –, União dos Fotógrafos do Estado de São Paulo, Associação Paulista dos Críticos de Arte – APCA –, Associação Brasileira dos Críticos de Arte – ABCA –, Associação Ecológica Fiscais da Natureza, Sindicato dos Escritores no Estado de São Paulo, Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica, Associação Paulista de Cineastas – APACI –, Associação Profissional dos Artistas Plásticos – Associação Brasileira de Imprensa (ABI) – Movimento Nacional pela Democratização da Comunicação, evidenciando, mais uma vez, a participação da sociedade civil na elaboração do texto constitucional.

O quinto texto comentado nesta parte trata-se do artigo “Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito”, publicado em 2014, na *Revista Comunicação Midiática* (B1, Comunicação e Informação), trabalho produzido em coautoria com Kátia Viviane da Silva Vanzini.

Esse trabalho decorreu das minhas atividades junto ao GP Políticas e Estratégias de Comunicação – INTERCOM. O grupo revisitou as produções do próprio GP, no período de 2003 a 2013, a fim de identificar as temáticas dos trabalhos apresentados nos

encontros. A minha incumbência foi tratar da temática do conceito de direito à comunicação.

A originalidade e contribuição científica desse trabalho dizem respeito à tentativa de conceber uma definição para o conceito de Direito à Comunicação.

O artigo “Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito” visou, portanto, a abordar as tentativas teóricas, nacionais e estrangeiras, de definição do termo “direito à comunicação”, considerando que a ausência de uma definição precisa e consensual pode constituir-se em um obstáculo para a sua compreensão. Para cumprir os objetivos propostos, pesquisamos teorias, nacionais e estrangeiras, bem como as produções dos pesquisadores vinculados ao GP Políticas e Estratégias de Comunicação. No período de 2003 a 2013, foram localizados 27 trabalhos referentes à temática direito à comunicação. Dos 27 trabalhos, 6 continham uma tentativa de definição conceitual do termo “direito à comunicação”.

O trabalho se inicia, indicando que a tentativa de abordagem mais precisa sobre o direito à comunicação passou a ser debatida após a divulgação do relatório MacBride (1993), no começo da década de 1980.

Consideramos, na oportunidade, que as definições não eram muito precisas, por englobar assuntos e regras jurídicas de naturezas variadas, de maneira que talvez uma das chaves explicativas para a ausência de uma definição precisa sobre o termo esteja relacionada à própria regulação jurídica da temática.

Por exemplo, a previsão constitucional de direitos associados à comunicação, ora como direitos individuais, ora como direitos sociais, pode ser um fator complicador para a ausência de uma definição precisa sobre o termo, o que se reflete nas tentativas teóricas de definição.

Ramos (2005, p. 246), por exemplo, concebe o direito à comunicação como um direito de quarta geração, mas o direito à informação, constitutivo do direito à comunicação, “[...] – na forma de liberdade de pensamento, de expressão, de culto e de reunião – enquanto insumo fundamental para a cidadania, faz parte da primeira geração dos direitos humanos.”

No mesmo sentido, Wimmer (2009, p. 153) indica que os aspectos previstos na CF de 1988 sobre o direito à comunicação se situam na dimensão individual, estando ligados “primordialmente à posição subjetiva do indivíduo face ao Estado, relativas à informação e à expressão pessoal” e, na dimensão social, que compreende normas referentes aos meios de comunicação e o direito à participação.

Vanzini e eu revisitamos a obra de Correia (2005, p. 50), que enfrenta, em Portugal, a tentativa de conceituação do termo, pontuando que o direito à comunicação é um “[...] conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades de comunicação social.”

Ao analisar o direito da comunicação social em Portugal, Correia (2005, p. 21) aponta que constitui um ramo do direito ainda em formação, com a identificação de princípios norteadores e ainda em fase de formulação de teorias.

Correia (2005, p. 49) acrescenta que, no campo da comunicação social, essas dificuldades aumentam, tendo em vista a “[...] natureza assumidamente heterogênea ou pluridisciplinar das normas de comunicação social.”

A natureza das normas do direito à comunicação é considerada, por Correia, como pluridisciplinar, pois as regras jurídicas que regulamentam a comunicação social estão relacionadas ao direito constitucional, administrativo, internacional, comercial/empresarial, trabalhista, dentre outros, sendo que essas regras pertencem tanto ao ramo do direito público como ao privado. São, portanto, normativas de naturezas variadas. Estão também dispersas em todo o ordenamento jurídico, desde o âmbito constitucional até o regulamentar.

Contudo, Correia (2005) menciona que o núcleo central da regulação jurídica do direito à comunicação, em Portugal, está na Constituição.

Correia (2005) aborda igualmente alguns pontos principais da regulação jurídica. O direito à comunicação tem um núcleo central que é a liberdade, em especial, a de imprensa, tida pelo autor como manifestação específica da liberdade de expressão do pensamento.

Vanzini e eu explicitamos, no trabalho, que da mesma forma que em Portugal, o direito à comunicação no Brasil está centrado no texto constitucional, em especial, no artigo 5º e nos artigos 220 a 224.

Os trabalhos apresentados de 2003 a 2013 no GT - Políticas e estratégias de comunicação – INTERCOM e que expuseram uma tentativa de conceituação do direito à comunicação invariavelmente trataram das mesmas questões apontadas acima, pluralidade de assuntos e de natureza jurídica, previsão dispersa no ordenamento jurídico e regulamentação dos direitos ligados às liberdades.

Nos trabalhos pesquisados para a elaboração do “Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito”, verificamos alguns pontos de convergência e outros de divergência em relação às tentativas de conceituar o termo “direito à comunicação”.

O ponto principal de convergência foi o atrelamento do direito à comunicação aos direitos humanos fundamentais, em especial, ao direito à liberdade. Nesse ponto, divergências surgem quanto à classificação como direito de primeira, terceira ou até mesmo quarta geração dos direitos fundamentais.

Observamos ainda a dificuldade de enquadramento do direito à comunicação, como direito público ou privado, tendo em vista a pluralidade e a diversidade da natureza das normas jurídicas que abordam o direito à comunicação.

No entanto, mesmo com todas essas divergências e com alguns pontos de convergência, Vanzini e eu entendemos que seria possível propor uma tentativa de definição conceitual do termo, sem muita pretensão e obviamente aberta a críticas e sugestões.

Consideramos, na oportunidade, que o direito à comunicação pode ser definido como uma disciplina jurídica, pertencente ao ramo do direito público (levando em conta o interesse coletivo/social dessas regulamentações jurídicas) que tem por objetivo estudar os princípios e regras, através da identificação, da interpretação, da crítica, da sistematização e da indicação de possíveis aplicações das normas que regem as variadas relações jurídicas as quais envolvem os meios de comunicação social e suas atividades.

O sexto e último trabalho comentado nesta parte corresponde ao artigo “Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos”, publicado em 2015, na *Revista Brasileira de Ciências da Comunicação – Intercom* (qualis A2, Comunicação e Informação).

A contribuição desse artigo reside justamente na análise comparativa de decisões das duas cortes supremas.

Analisei, na oportunidade, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo STF, ao mesmo tempo em que apresentei três decisões da Suprema Corte norte-americana sobre a temática. Também mencionei, no artigo, alguns aspectos da teoria norte-americana acerca da liberdade de imprensa.

Tratava-se respectivamente das seguintes decisões: ADI 869, ADI 4.451, *New York Times v. Sullivan*, *Brandenburg v. Ohio* e *Hulstler Magazine v. Falwell*.

Na ADI 869, o Procurador Geral da República (PGR), após representação encaminhada pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), objetivou a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da parte final do § 2º, do artigo 247, da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que determinava “[...] a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicidade do periódico até

por dois números”, nos casos de divulgação de informações, sem autorização, por qualquer meio de comunicação, relacionadas ao envolvimento de criança e adolescente em prática de ato infracional.

O principal argumento da representação da ANJ consistia na alegação de que a Constituição de 88, ao “[...] dispor no artigo 5º, IX, que é livre a expressão das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença, desautorizou, expressamente o legislador ordinário a opor limites ao princípio da livre manifestação do pensamento.” Ademais, qualquer restrição a esse direito fundamental somente pode estar amparada nas hipóteses previstas na própria Constituição, na parte final do artigo 220.

Após o processamento da ação, o STF, por unanimidade, julgou procedente a ação, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo do ECA.

A ADI 4.451, por sua vez, foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), junto ao Supremo Tribunal Federal, no intuito do reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45, da lei 9.504/97 (Lei eleitoral).

A referida lei dispõe acerca de normas gerais para eleições e, no artigo questionado junto ao STF, dispõe que, “[...] a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.”

Segundo a ABERT, “[...] tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras [...] inviabilizam a veiculação de sátiras, *charges* e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral”, violando dessa forma o artigo 5º, IV, IX e XIV, e 220 da Constituição, ao criar embaraços à liberdade de manifestação jornalística, constituindo verdadeira censura.

Por maioria, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados. Assim, na decisão da ADI 4.451, o STF reconheceu a impossibilidade de restrições prévias à liberdade de imprensa, sendo admissíveis somente restrições *a posteriori*, nos casos de ofensas a outros direitos constitucionalmente garantidos, como são os casos da privacidade e intimidade, por exemplo. Essa tese esteve presente também na decisão da ADPF 130, conforme mencionado na primeira parte desta sistematização.

Após a contextualização dos casos julgados pela Suprema Corte norte-americana, indiquei, de acordo com Pereira (2002, p. 197), que, em relação ao caso *New York Times v. Sullivan*, decisão de 1964,

[a] novidade introduzida pela decisão Sullivan consistiu no estabelecimento de novo padrão de culpabilidade dos meios de comunicação, quando a notícia difamante tivesse como protagonistas homens públicos no exercício de atividades públicas. [...] A Suprema Corte definiu que homens públicos só poderiam obter indenização por difamação em matérias que tratassem da sua conduta pública, se conseguissem provar, com suficiente clareza, que as afirmações foram feitas com *actual malice*, isto é, com “conhecimento da sua falsidade” ou com notório desprezo ou desconsideração pela sua veracidade ou falsidade.

A decisão da Suprema Corte protegeu, de alguma forma, afirmações falsas divulgadas pela imprensa, desde que essas afirmações envolvam agentes de governo, pois “[...] o homem público deve ser forte o suficiente para arrostar críticas.” (PEREIRA, 2002, p. 199).

Em *Brandenburg v. Ohio* (1969), indiquei que, com essas decisões, a Suprema Corte norte-americana elevou a liberdade de expressão do pensamento “[...] a uma posição preferencial em relação a outros interesses” (MORO, 2004, p. 50) de mesma estatura constitucional.

A tese desenvolvida em *Brandenburg v. Ohio* foi aplicada a outros casos pela Suprema Corte, como no *Hustler Magazine v. Falwell* (1988).

Nas conclusões do artigo, aponte que a tese da Suprema Corte norte-americana que estabelece primazia à informação, se comparada a outros direitos fundamentais, esteve presente na decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4451, particularmente quando a informação envolve a atuação de pessoas públicas, de agentes de governo, sendo certo para a corte brasileira que os direitos da intimidade e privacidade, por exemplo, somente podem ser exercidos após o dano efetivamente causado.

Em relação à decisão da ADI 869, concluí que não se poderia estabelecer um comparativo com as decisões da Suprema Corte. No entanto, era possível extrair dos argumentos apresentados que a legislação constitucional brasileira permite a restrição de direitos relacionados à liberdade de expressão, restrição não prevista, pelo menos de forma expressa, na Constituição americana.

Considere, por fim, que as importações de ideias nem sempre são positivas, em especial quando essas transposições são feitas sem qualquer ponderação em relação às diversas realidades dos países envolvidos, em especial, as jurídicas.

Esse período da minha trajetória acadêmica (2012/2015), pelo que foi apresentado nesta parte 2, pode ser considerado como o de desenvolvimento intelectual e acadêmico com respeito à temática do Direito à Comunicação, sobretudo tendo-se em vista que foi nessa etapa da minha trajetória acadêmica que obtive o credenciamento no Programa de Pós-Graduação em Comunicação, onde ministrou regularmente a disciplina “Direito à Comunicação: dimensões sociais e políticas no Brasil”, objeto do presente concurso.

PARTE 3 – Concretização do conhecimento acerca do Direito à Comunicação

Esta etapa da minha produção acadêmica compreende o período de 2016 a 2019 e está relacionada ao desenvolvimento do projeto de pesquisa “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, parte dela realizada em estágio de pós-doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP –, sob supervisão do Prof. Titular Elival da Silva Ramos, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e do Departamento de Direito do Estado. O projeto de pesquisa foi contemplado na Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A, Processo 400602/2016-4, assim como com bolsa de Pós-Doutorado Sênior – PDS – pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. Para esta parte da sistematização, selecionei os seguintes trabalhos:

3.1 - NAPOLITANO, Carlo José. Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal. *Eptic* (UFS), v. 18, p. 5-18, 2016.

3.2 - NAPOLITANO, Carlo José. O Supremo Tribunal Federal na crise do impeachment: o diálogo com a sociedade civil. In: NAPOLITANO, C. J.; VICENTE, M. M.; SOARES, M. C. (Org.). *Comunicação e Cidadania Política*. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017, v. 1. p. 63-80.

3.3 - NAPOLITANO, Carlo José. Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação. *Liberio* (Facasper), v. 40, p. 1-16, 2017.

3.4 - NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, T. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 314-332, 2018.

O primeiro artigo analisado nesta parte é o texto “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal”, publicado na revista *Eptic* (B1, Comunicação e Informação), no início de 2016. De fato, esse artigo foi um ensaio para a elaboração do projeto de pesquisa que desenvolvo atualmente, mencionado acima. Trata-

se, portanto, de sistematização de assuntos e temas até então desenvolvidos, com destaque para a importância do Supremo Tribunal Federal, como ator político, nas questões ligadas às políticas públicas de comunicação.

O texto aborda também a constitucionalização das políticas públicas relacionadas à comunicação social.

Considerou-se, no trabalho, de acordo com Lima (2012a, p. 57-58), que as “Políticas públicas constituem um conjunto de ações/intervenções do Estado em setores específicos da atividade humana, em princípio, com o objetivo de atender ao interesse público” ou, em outros termos, são “[...] intervenções do Estado através de normas legais com o objetivo de regular as atividades das empresas privadas que exploram o serviço público de rádio e televisão. Essa regulação poderá atingir também, direta ou indiretamente, as empresas da mídia impressa.”

No artigo, utilizei um texto seminal de Coutinho (2013, p. 182), no qual indica que as políticas públicas podem ser compreendidas como “[...] um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais mediados pelo direito”, sendo este “um elemento constitutivo, intrínseco a tais políticas.” Desse modo, o direito é “[...] objetivo, arranjo institucional, vocalizador de demandas ou ferramentas de políticas públicas.” Essas ideias, direito como objeto, arranjo institucional, vocalizador de demandas e ferramentas das políticas públicas, foram mais bem trabalhadas em texto que será apresentado na sequência.

No texto publicado na *Eptic*, indiquei que várias políticas públicas previstas constitucionalmente ou reguladas por leis infraconstitucionais foram questionadas no Supremo Tribunal Federal, como as associadas à classificação indicativa, ao serviço de acesso condicionado, à televisão digital, aos Conselhos de Comunicação Social estaduais. Também apontei que algumas políticas públicas previstas constitucionalmente não foram reguladas por legislação infraconstitucional, fato que ensejou o ajuizamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão junto ao STF.

No intuito de advertir sobre a importância do Supremo Tribunal Federal sobre as políticas públicas de comunicação, apresentei e analisei três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no STF a propósito de tais políticas: ADI 821, ADI 3944 e ADO 9.

Na ADI 821, proposta em relação à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o Governador gaúcho questionou a constitucionalidade dos artigos 238 e 239 da Constituição daquele Estado e da Lei estadual n. 9.726/92, que regulamentou os

dispositivos constitucionais estaduais mencionados, instituindo o Conselho de Comunicação Social estadual. Por unanimidade de votos, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos atos normativos do Estado do Rio Grande do Sul.

Na análise do tema, ressaltei que a criação dos Conselhos de Comunicação Social - estaduais, municipais e até mesmo no âmbito federal -, corresponde a uma luta histórica de segmentos progressistas da sociedade brasileira, pela democratização dos meios de comunicação. No entanto, a despeito do caráter democrático dos conselhos, que têm por finalidade auxiliar o Congresso Nacional nas políticas públicas relacionadas à comunicação social, a institucionalização dos mesmos pelos municípios e estados resvala, conforme alertei na oportunidade, na análise de sua constitucionalidade, tendo em vista o dispositivo constitucional que estabelece ser privativa a competência da União para legislação sobre assuntos ligados à radiodifusão.

Assinalei, todavia, que, para alguns estudiosos das políticas públicas de comunicação, como é o caso de Lima (2012b, p. 201), não haveria motivos para a discussão sobre a constitucionalidade dos conselhos estaduais. Lima enfatiza que a alegação de afronta ao artigo 22, IV da CF (competência legislativa privativa da União) não seria um argumento suficientemente forte para o questionamento. Ainda segundo Lima, “[...] em nível estadual, algumas constituições ou leis orgânicas contemplam a criação dos Conselhos Estaduais de Comunicação Social.” Nesse sentido, segundo Lima, a criação dos conselhos estaduais nada mais seria do que regulamentar o que já está previsto nas constituições estaduais.

No texto de 2016, observei que o fato de haver previsão nas constituições estaduais sobre os Conselhos não indica que a sua regulação está amparada pelo texto da Constituição federal.

A teoria constitucional prevê o princípio da simetria na elaboração das constituições estaduais. Esse princípio implica a repetição, nas constituições estaduais, de alguns pontos previstos na Constituição federal.

O argumento jurídico daqueles que entendem serem inconstitucionais as leis que criaram os Conselhos Estaduais está na tese de que as constituições estaduais não atendem ao princípio da simetria, pois a competência legislativa para tratar de assuntos referentes à radiodifusão é privativa da União, conforme estabelecido no artigo 22, IV da CF.

Quanto à ADI 3944, convém mencionar que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade, em relação ao Presidente da

República, impugnando a constitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º e 10 do decreto 5.820/2006 que implementou o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD).

Em breve resumo, alegou o PSOL, além de outros argumentos, que o decreto seria inconstitucional tendo em vista a autorização, aos atuais concessionários de radiodifusão, para o uso de outro canal de radiofrequência, com largura de banda de seis megahertz. Esse fato, de acordo com o PSOL aumentaria o cenário de concentração da radiodifusão, contrariando o preceito do artigo 220, § 5º da Constituição Federal, que proíbe o monopólio e ou oligopólio dos meios de comunicação.

Por votação majoritária, o STF considerou constitucional o decreto.

Na análise da decisão, com base em Lima (2011, p. 187), argumentei que, com a decisão, o Supremo impediu “[...] a extensão da liberdade de expressão a um maior número de brasileiros”, considerando que a liberdade de expressão “[...] seguirá sendo exercido prioritariamente por aqueles poucos grupos empresariais que equacionam liberdade de expressão com a sua liberdade de imprensa” e concluí, ainda amparado em Lima, o qual afirmou que quem perde com a decisão, “[...] sem dúvida, é a democracia”.

Diante disso, considerei que a decisão do STF inibe o exercício da liberdade de expressão, da cidadania e da democracia.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 9 – a Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT – e a Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ – pleitearam junto ao STF o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional em regulamentar dispositivos constitucionais referentes às políticas públicas de comunicação social.

Especificamente, as duas entidades solicitaram ao STF o reconhecimento da omissão legislativa quanto à regulamentação do direito de resposta, da classificação indicativa, da proibição de monopólio e oligopólio na propriedade dos meios de comunicação social, da produção e programação das emissoras de rádio e televisão que devem observar finalidades educativas, artísticas, culturais, informativas, dos meios de comunicação social eletrônica.

A Ministra Ellen Gracie, relatora do processo, proferiu decisão negando seguimento à ação, tendo por fundamento a ilegitimidade ativa das entidades para a propositura da ação.

Considerei, na oportunidade, que essa decisão confirma o entendimento de alguns autores, para os quais o STF, ao controlar a constitucionalidade dos atos normativos, se utiliza, predominantemente, de aspectos formais, deixando muitas vezes de analisar a

materialidade dos atos, decidindo através dessas regras formais, empregando o direito como desculpa para não aplicar o direito, o que implica, muitas vezes, o arquivamento das ações por motivos processuais, sem uma análise do mérito da questão (KOERNER, 2005).

Apontei, no texto, que em clara resposta a essa decisão do Supremo foram ajuizadas outras duas ações (ADO 10 e 11) de idêntico teor, a primeira patrocinada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a segunda, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicação e Publicidade, entidades com legitimidade ativa para a propositura de ações diretas no STF, conforme art. 103, incisos VIII e IX, da Constituição Federal. As ADO 9, 10 e 11 encontram-se em andamento no Supremo, que deverá se manifestar sobre o mérito da causa, reconhecendo ou não as omissões legislativas.

O segundo trabalho comentado nesta parte é o capítulo de livro denominado “O Supremo Tribunal Federal na crise do impeachment: o diálogo com a sociedade civil”, publicado, em 2017, no *e-book Comunicação e Cidadania Política*, organizado por mim e pelos Professores Associados Maximiliano Martin Vicente e Murilo César Soares. O *e-book* foi produzido pelo grupo de pesquisa Mídia e Sociedade, do Departamento de Ciências Humanas.

O capítulo foi o primeiro trabalho publicado decorrente da pesquisa “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”.

A principal contribuição do capítulo foi a análise do diálogo do Supremo Tribunal Federal com a sociedade civil e com os meios de comunicação ou, em outros termos, com o que já foi chamado de “diálogo externo” ou “deliberação externa do STF”, que, de acordo com Silva (2009, p. 210), se trata de um esforço de convencimento de “atores externos ao grupo” e, sobretudo, teria o papel “[...] de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país” (SILVA, 2009, p. 211/212), como foi o caso do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, analisado no capítulo de livro em questão.

O diálogo ou deliberação podem focalizar o diálogo das cortes com os demais poderes (diálogo institucional) ou com a sociedade civil (diálogo social) (SOUZA, 2016). O texto examinou essa última abordagem.

No capítulo “O Supremo Tribunal Federal na crise do impeachment: o diálogo com a sociedade civil”, mencionei que essa perspectiva dialógica indica que a sociedade

civil e o Supremo “[...] estão inseridos numa relação, além de jurídica e política, também comunicativa.” (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013, p. 432).

A realização do pós-doutorado na FADUSP proporcionou o contato com novas literaturas, como as obras de Friedman, expoente da literatura norte-americana sobre as relações das cortes com a sociedade civil, para quem esse diálogo social, externo, se dá por interação contínua entre cortes e a sociedade civil, pois as “Cortes [...] não ficam afastadas da sociedade e declaram direitos. Ao invés disso, elas interagem cotidianamente com a sociedade, tomando parte em um diálogo interpretativo.” (FRIEDMAN, 1993, p. 585).

Nesse sentido, as cortes podem ser facilitadoras ou limitadoras do diálogo (FRIEDMAN, 1993). Além disso, “Juízes não vivem em um casulo; eles são deste mundo. Não é crível pensar que juízes carecem de informações sobre o modo como seus julgamentos serão recepcionados.” (FRIEDMAN, 2004, p. 2610).

O estágio também facilitou o contato com a mais moderna literatura brasileira acerca das cortes constitucionais e da deliberação democrática, que adverte que os “Juízes são produtos da sociedade em que vivem e são influenciados pelos jogos de forças políticas e ideológicas dessa sociedade.” (MENDES, 2011, p. 141).

O capítulo enfatizou que o diálogo externo do STF passou a ser crescente, desde a criação da TV Justiça, em 2002, tendo sido possivelmente potencializada pela cobertura massiva do julgamento da Ação Penal 470, conhecida como processo do “Mensalão”, com início em 2012.

Além do processo do “Mensalão”, entendo que as investigações e processos decorrentes de esquemas de corrupção envolvendo empresas públicas, partidos políticos, empreiteiras e o setor financeiro para financiamento de campanhas eleitorais, a denominada operação “Lava Jato”, cujo início se deu em 2014, assim como o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, com atuação destacada do STF, no ano de 2016, aumentaram a exposição e o interesse midiático e da sociedade civil pelo Supremo. Este passou a ser assunto da mídia em geral, de rodas de conversa, de debates acalorados nas redes sociais. Atualmente, fala-se e comenta-se, como nunca e com certa desenvoltura, sobre processos em curso, sobre atuação dos ministros da corte, sobre as indicações presidenciais, sobre as relações de amizades de alguns ministros, sobre soltura de políticos e empresários presos na operação Lava-Jato, ou seja, de tudo o que envolve a corte. Ao que parece, o gigante adormecido acordou para o Supremo Tribunal Federal.

O terceiro trabalho analisado nesta parte da sistematização crítica de parte da minha obra acadêmica intitula-se “Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação”, constituindo um artigo publicado na revista *Líbero*, no segundo semestre de 2017.

O texto é igualmente originado da pesquisa “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento” e foi elaborado durante o estágio de pós-doutoramento realizado na FADUSP. Uma primeira versão do trabalho foi apresentada no XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom, no Grupo de Pesquisa Políticas e Estratégias de Comunicação.

O trabalho enfrentou a temática das políticas públicas com enfoques do Direito Administrativo, Econômico e Constitucional, sendo esta a sua grande contribuição.

O texto se inicia, apontando que, para as Ciências Jurídicas, na análise das políticas públicas, o foco privilegiado é atribuído às ações do Estado e do governo, nessa seara.

No campo do direito econômico/constitucional, Grau (2003, p. 25), por exemplo, menciona: “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”, sendo, portanto, “[...] toda atuação estatal [...] expressiva de um ato de intervenção.” E acrescenta: “A mera produção do direito [...] desde logo consubstanciam expressões de atuação interventiva estatal.”

Na seara do direito administrativo, o papel privilegiado do Estado também parece ser a tônica das análises. Bucci (2013, p. 38-39) adota o ponto de vista do Estado para a análise das políticas públicas. De acordo com a autora, política pública é definida como programa de ação governamental e reside na ação governamental, no movimento da máquina pública, a partir do impulso do governo. A exteriorização da política pública se dá no arranjo institucional, iniciativas e medidas jurídicas diversas. Dessa forma, “[a] análise de políticas públicas tem como centro a ação do Poder Político”, sendo que as ações e articulações privadas partem necessariamente “[...] de arranjos complexos e amplos” e são vistas “[...] sob o prisma da mediação estatal.” (BUCCI, 2008, p. 251).

Políticas públicas, portanto, “[...] consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento.” (BUCCI, 2013, p. 39). Ou, em outros termos, “[...] programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.” (BUCCI, 2006, p. 11).

No mesmo sentido e no mesmo campo do direito administrativo, Coutinho (2013, p. 193) assinala que

[...] o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas.

Partindo dessa premissa de que o direito (legislação) permeia intensamente as políticas públicas, Bucci (2006, p. 11) indica que elas

[...] têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviços público, por exemplo.

No trabalho, apresentei as políticas públicas permeadas pelo Direito, conforme será visto mais abaixo.

A importância do direito nas políticas públicas também é ressaltada por Bucci, tendo em vista “[...] o clássico princípio da legalidade” segundo o qual o “[...] Estado só é facultado agir com base em habilitação legal”. Desse modo, “[a] realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade.” (BUCCI, 2006, p. 37).

No texto publicado na *Líbero*, “Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação”, trabalhei de forma mais detalhada e aprofundada os papéis do direito nas políticas públicas, conforme proposto por Coutinho (2013).

Segundo já destacado, Coutinho (2013, p. 194), em texto seminal, aponta que o direito pode desempenhar vários papéis relacionados às políticas públicas, os quais

[...] consistem em apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional).

O Direito como objeto das políticas públicas pode ser observado por pelo menos dois pontos de vista: o primeiro, considerando as políticas públicas “[...] como produtos de escolhas políticas em relação às quais o direito ou o jurista têm pouca ou nenhuma ingerência.” Sob esse ângulo de análise, “[o]s objetivos e metas das políticas públicas seriam [...] definidos extrajudicialmente, no campo da política, cabendo ao arcabouço

jurídico a função eminentemente instrumental de realizá-los.” O segundo ângulo de análise “[...] enxerga o direito como, ele próprio, uma fonte definidora dos próprios objetivos aos quais serve como meio.” (COUTINHO, 2013, p. 194). No trabalho “Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação”, levou-se em conta o segundo ângulo de análise.

Desse modo, Coutinho (2013, p. 194) ressalta que o direito pode ser visto “[...] como objetivo de políticas públicas”, sugerindo “[...] que se reconheça que o arcabouço jurídico tenha a característica de formalizar metas e indicar os ‘pontos de chegada’ das políticas públicas”, podendo “[...] ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental”, e, sob esse ângulo de análise, o direito seria “[...] uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica.”

Ao considerar o direito como estrutura de arranjos institucionais complexos, visando à eficácia das políticas públicas, partiu-se do princípio – e de acordo com Coutinho (2013, p. 196) – de que as “[...] normas jurídicas estruturam seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas.” O direito, nesse sentido, faz o “desenho institucional” das políticas públicas. Visto dessa forma, o direito partilha responsabilidades, evita “[...] sobreposições, lacunas ou rivalidades e disputas em políticas públicas. Nesse sentido, o direito pode ser visto como uma espécie de ‘mapa’ de responsabilidades e tarefas nas políticas públicas.”

O direito pode também ser tomado como a “caixa de ferramentas” das políticas públicas ou, em outros termos, pode-se asseverar que “[...] a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos pré-definidos (para as políticas públicas) são um trabalho jurídico” [inclusão minha]. Logo, a modelagem e a escolha de instrumentos jurídicos, a utilização de

[...] mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado para pôr dada estratégia de ação em marcha. Desde este ponto de vista, o direito poderia ser metaforicamente descrito como uma caixa de ferramentas, que executa tarefas-meio conectadas a certos fins de forma mais ou menos eficaz, sendo o grau de eficácia, em parte, dependente da adequação do meio escolhido. (COUTINHO, 2013, p. 196).

Por fim, elucida Coutinho (2013, p. 197), que o direito deve garantir a vocalização de demandas, devendo “[...] assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política”, provendo as políticas públicas “[...] de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos.” O direito deveria garantir mecanismos democráticos “de participação e accountability”, mediante “[...] regras procedimentais que disciplinem consultas e audiências públicas e a publicidade dos atos administrativos, as obriguem a estar abertas aos inputs de uma pluralidade de atores”. Observado desse ponto de vista, “[...] o direito seria comparável a uma espécie de correia de transmissão pela qual agendas, idéias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos.”

No trabalho “Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação”, por fim, apontei que, em termos de políticas públicas de comunicação social, vários exemplos relacionados ao direito como objeto, arranjo institucional, ferramenta e vocalizador de demandas, conforme indicado por Coutinho (2013), podem ser mencionados, concluindo que o Direito permeia de maneira inexorável as políticas públicas de comunicação, em todas as suas etapas e processos, devendo a ciência jurídica e os seus referenciais teóricos serem sempre considerados, quando da análise das políticas públicas de comunicação.

A título de sistematização, considerou-se, no trabalho, que o direito é objeto das políticas públicas de comunicação, quando, por exemplo, prevê, no texto constitucional, a pluralidade e a diversidade dos e nos meios de comunicação e de informação, respectivamente, nos artigos 220, § 5º e 221. Arranjos institucionais também são estabelecidos pelo direito, como é o caso do artigo 223 da Constituição Federal, o qual define regras relacionadas à outorga ou renovação das concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, atribuindo papéis para o Poder Executivo e para o Congresso Nacional. O direito, como caixa de ferramentas ou mecanismo de indução ou recompensa, pode ser associado ao Fundo Setorial do Audiovisual, criado pela lei 11.437/2006. Como vocalizador de demandas relacionado às políticas públicas de comunicação, considera-se que o direito atribui funções ao Judiciário, concebendo-o, portanto, como um novo lócus para tanto.

Do mesmo modo, demonstrei, no texto “Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação”, através dos exemplos dados, o papel do

Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, no momento da implementação de políticas públicas de comunicação, podendo ser tomado como um importante ator nesses processos, participando esse Poder do arranjo institucional.

O quarto texto apresentado nesta parte trata-se do trabalho denominado “O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão”, publicado na *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (qualis A1, Direito), em dezembro de 2017. O referido artigo foi produzido em parceria com Tatiana Stroppa, bolsista de treinamento técnico CNPq, no projeto “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”. O texto visou a atender a uma chamada da RBPP, referente ao dossiê temático “Direito e Mundo Digital”.

No texto, Stroppa e eu revisitamos autores, nacionais e estrangeiros, bem como normativas nacionais e internacionais que tratam da liberdade de expressão do pensamento e da possibilidade de imposição de limites. Nesse tópico, destaco as diferenças apontadas por Ferreira (1997, p. 128) entre a Primeira Emenda norte-americana, de 1791, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sublinhando “[...] como traço marcante dessa diferença [...] o caráter mais liberal e politicamente auto-limitador” da Primeira Emenda, indicando que ela impede ao legislador “votar qualquer norma restritiva das liberdades de expressão e publicação”, enquanto a Declaração Francesa “[...] assenta o princípio das limitações, autorizando o legislador a prever hipóteses de responsabilização pelo abuso do exercício da liberdade de publicação”. Verificamos, dessa maneira, duas matrizes documentais distintas acerca desse mesmo direito – uma entendendo-o como irregulamentável e outra, limitável.

Também apresentamos, no artigo “O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão”, uma definição de discurso de ódio, após, também, a análise de literatura nacional e estrangeira e de documentos normativos internacionais a respeito do tema.

Ficou consignado, na oportunidade, que o discurso de ódio se caracteriza pela propagação de mensagens que “[...] estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados.” (STROPPIA; ROTHENBURG, 2015).

Para além dessas contribuições teóricas, estou consciente de que a principal contribuição do artigo foi a apresentação da metodologia usada na pesquisa “Políticas

públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”.

Na elaboração do artigo, Stroppa e eu adotamos os mesmos métodos e técnicas empregados no projeto de pesquisa. Para tanto, foram pesquisadas no *site* do Supremo Tribunal Federal ações relacionadas com a temática do discurso de ódio nas redes sociais. Da mesma forma que no projeto, definimos o recorte temporal de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016.

A pesquisa foi feita no mês de setembro de 2017, no portal do Supremo Tribunal Federal, onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave.

A investigação promovida no *site* do STF utilizou os termos “discurso de ódio” e “*hate speech*”. Os mesmos argumentos foram usados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo.

Com esses termos, a pesquisa retornou com 9 (nove) referências. Considerando a leitura dos documentos localizados e o objetivo do artigo – analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais – selecionaram-se para análise 2 (duas) ações: o HC 109676 e a Rcl 11292. As outras 7 (sete) referências foram excluídas da análise, pois não integravam o escopo do artigo, estando os motivos das exclusões nele indicados.

Após a seleção do material empírico, para a análise do objetivo específico do artigo, empregamos o método indutivo, analisando as ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores. Na proposta da pesquisa principal, essa questão foi evidenciada, indicando-se que especial atenção na análise seria conferida à ementa e ao acórdão, pois se crê que esses documentos expressam “[...] os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão” do Supremo (SILVA, 2013).

Ademais, reconhecemos, no artigo, que ao relator de um processo são atribuídas inúmeras funções decisórias, como, por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos, quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Para a análise dos julgados, considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido/objeto da ação; a época do ajuizamento e a efetiva decisão proferida; decisão consensual ou não ou, em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou

por maioria de votos. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores foram reproduzidos em trechos e na íntegra.

A metodologia de trabalho está alinhada ao que foi definido por Bucci (2013, p. 296) como “família de casos” ou “casotecas”, pois o “[...] tratamento sistemático de políticas públicas em conjuntos de casos comparáveis visa conferir profundidade ao método.”

É ainda salutar enfatizar que trabalhos e pesquisas jurídicas invariavelmente não fazem um recorte específico quanto às decisões jurisprudenciais a serem analisadas, utilizando-se costumeiramente de casos esparsos e isolados. O trabalho “O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão”, a exemplo da pesquisa principal, procurou e procura sistematizar decisões do Supremo, no caso do artigo, associadas ao discurso de ódio nas redes sociais, no período compreendido de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016.

Stroppa e eu concluímos, no artigo, que a investigação realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal sugere, levando-se em conta o baixíssimo número de casos apreciados pela Corte que foram encontrados, que a temática do discurso de ódio nas redes sociais ainda não compõe a pauta do Supremo, sendo necessário um maior repertório de casos, a fim de se extrair uma linha mestra de interpretação do tribunal.

Ressaltamos que o baixo número de casos encontrados pode igualmente sugerir uma falha na indexação de processos que eventualmente discutiram o discurso de ódio *online*, mas que não foram selecionados na busca, situação que dificulta sobremaneira a realização de pesquisas no STF; nessa linha, sugerimos, na oportunidade, um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa, tanto no *site* quanto na seção de pesquisa de jurisprudência do STF.

A despeito dessas dificuldades, o artigo “O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão” assinalou uma tendência do STF em não admitir o discurso de ódio, nas redes sociais, tendo em vista a manutenção da condenação do paciente, no caso do HC 109676, assim como a orientação expressa, na Rcl 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio.

Essas observações permitiram indicar ainda uma inclinação do STF, nos casos associados ao discurso de ódio, de seguir as normativas internacionais, de inspiração europeia, as quais se aproximam da teoria democrática acerca da liberdade de expressão,

protegendo-se a dignidade da pessoa humana e se afastando, desse modo, das orientações da Suprema Corte norte-americana, de concepção libertária, orientação esta seguida quando da decisão da ADPF 130, conforme visto anteriormente.

Esse período da minha trajetória acadêmica pode ser considerado como o de concretização do conhecimento em relação ao Direito à Comunicação, com o consequente amadurecimento acadêmico e profissional, levando-se em conta a realização de estágio de pós-doutoramento na FADUSP, no período de 2016-2017. Ademais, foi nesse período que obtive financiamento do CNPq para o desenvolvimento de projeto de pesquisa ainda em andamento, fatos esses, considero eu, que me habilitam a pleitear a titulação e a função de Livre-Docente junto ao Departamento de Ciências Humanas.

PARTE 4 – Caminhos a seguir

Espero ter evidenciado, nas partes anteriores, que a minha trajetória acadêmica, desde a obtenção do título de Doutor e, em especial, após o meu ingresso na UNESP, conduziu ao aperfeiçoamento e ao amadurecimento do conhecimento acadêmico e científico em relação ao Direito à Comunicação, objeto do presente concurso.

Entendo também que o amadurecimento intelectual quanto à temática possibilita a geração de novos desafios e perspectivas, de maneira que, nesta parte desta sistematização crítica, apresento os caminhos a serem percorridos nos próximos anos.

Pretendo, nos anos vindouros, dar continuidade ao projeto de pesquisa “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiado pelo CNPq, por 36 meses, com duração prevista até meados de 2020. Mesmo após o encerramento do financiamento, almejo dar continuidade ao projeto, procurando outras fontes de financiamento, no próprio CNPq ou na FAPESP, tendo em vista que muitas políticas públicas de comunicação questionadas junto ao Supremo Tribunal Federal ainda estão pendentes de decisão.

Os resultados da pesquisa até o momento indicam isso.

Foram pesquisadas, no *site* do Supremo Tribunal Federal, as ações constitucionais relacionadas com a temática das políticas públicas de comunicação e ligadas à liberdade de expressão do pensamento. O recorte temporal da pesquisa abrangeu o período de 1988 a 2016.

A pesquisa empírica foi realizada no portal do Supremo Tribunal Federal, onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave (cf. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>).

A pesquisa empreendida no *site* do STF utilizou os termos “liberdade de expressão”, “liberdade de imprensa”, “políticas de comunicação” e “políticas públicas de comunicação”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo. Estas últimas estão disponíveis em <http://tinyurl.com/jcgu2x8> e <http://tinyurl.com/ho5n3uh>.

Com a pesquisa empírica, chegou-se a um total de 66 (sessenta e seis) ações, feitas as exclusões necessárias, tendo em vista a não pertinência temática, obtendo-se o número final de 40 (quarenta) ações, conforme quadro que segue.

Quadro – Ações no controle abstrato de constitucionalidade pertinentes à temática das políticas públicas de comunicação e liberdade de expressão do pensamento localizadas em pesquisa empírica no *site* do Supremo Tribunal Federal e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência

Ação: ADI 392

Patrocinador: Partido Socialista Brasileiro

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 06/11/1990/decisão liminar: não /definitiva: 20/06/1991, sem julgamento de mérito.

Relator: Marco Aurélio

Decisão: Unânime (☒) Maioria (☐) Monocrática (☐)

Ação: ADI 821

Patrocinador: Governador do Rio Grande do Sul

Objeto: impugnação dos artigos 238 e 239 da Constituição do Rio Grande do Sul e da Lei estadual n. 9.726/92, que regulamentou os artigos constitucionais estaduais mencionados e que instituiu o Conselho de Comunicação Social estadual, além de dispor sobre o seu funcionamento e de outros direitos correlatos.

Amigo da Corte: não

Liminar: sim

Tempo: ajuizamento: 17/12/1992/decisão liminar: 18/12/1992/definitiva: 02/09/2015, com apreciação do mérito

Relator: Gilmar Mendes

Decisão: Unânime (☒) Maioria (☐) Monocrática (☐)

Ação: ADI 869

Patrocinador: Procurador Geral da República

Objeto: Impugnação de artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente acerca de divulgação nos meios de comunicação de nome, documento, etc. de criança e adolescente.

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 06/05/1993 /decisão liminar: não /definitiva: 04/08/1999, com apreciação do mérito

Relator: Ilmar Galvão

Decisão: Unânime (☒) Maioria (☐) Monocrática (☐)

Ação: ADI 956

Patrocinador: Partido dos Trabalhadores

Objeto: Impugnação de critérios horário eleitoral

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 07/10/1993/decisão liminar: não /definitiva: 01/07/1994, com julgamento de mérito.

Relator: Francisco Rezek

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☒) Monocrática (☐)

Ação: ADI 1755

Patrocinador: Partido Liberal

Objeto: Impugnação da Lei que restringe comercial de bebidas alcóolicas

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 22/12/1997 /decisão liminar: não /definitiva: 15/10/1998, sem julgamento de mérito.

Relator: Nelson Jobim

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☒) Monocrática (☐)

Ação: ADI 2398

Patrocinador: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 30/01/2001 /decisão liminar: não /definitiva: 25/06/2007, sem julgamento de mérito.

Relator: Cezar Peluso

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 2404

Patrocinador: Partido Trabalhista Brasileiro

Objeto: Impugnação de artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre classificação indicativa

Amigo da Corte: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT,

Agência de Notícias do Direito da Infância – ANDI, Instituto Alana, Conectas Direitos Humanos

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 06/02/2001/decisão liminar: não/definitiva: 31/08/2016, com julgamento de mérito.

Relator: Dias Tóffoli

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 2566

Patrocinador: Partido Liberal

Objeto: Proibição de proselitismo em emissora comunitária

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 10/11/2001/decisão liminar: não / definitiva: 16 de maio de 2018, com julgamento de mérito.

Relator: Sidney Sanches / Teori Zavaski / Alexandre de Moraes

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 2677

Patrocinador: Partido Trabalhista Brasileiro

Objeto: Impugnação lei eleitoral acerca de propaganda política

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/06/2002 /decisão liminar: não/definitiva: 12 de março de 2018, sem julgamento de mérito.

Relator: Marco Aurélio

Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (x)

Ação: ADI 2815 (Não aparece na busca, mas apareceu em julgamento da ADI 5424).

Patrocinador: Governador do Estado de Santa Catarina

Objeto: Impugnação de lei catarinense que proíbe fotos de natureza erótica e pornográfico em anúncios.

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 04/02/2003 /decisão liminar: não /definitiva: 08/10/2003, com julgamento de mérito.

Relator: Sepúlveda Pertence

Decisão: Unânime (X) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADI 3741

Patrocinador: Partido Social Cristão

Objeto: Impugnação da lei eleitoral

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 31/05/2006 /decisão liminar: não/definitiva: 06/09/2006, com julgamento de mérito.

Relator: Ricardo Lewandowski

Decisão: Unânime (X) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADI 3742

Patrocinador: Partido Democrático Trabalhista

Objeto: Impugnação da lei eleitoral

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 08/06/2006/decisão liminar: não/definitiva: 06/09/2006, com julgamento de mérito.

Relator: Ricardo Lewandowski

Decisão: Unânime (☒) Maioria (☐) Monocrática (☐)

Ação: ADI 3743

Patrocinador: Partido Trabalhista Cristão

Objeto: Impugnação da lei eleitoral

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 08/06/2006/decisão liminar: não /definitiva: 06/09/2006, com julgamento de mérito.

Relator: Ricardo Lewandowski

Decisão: Unânime (☒) Maioria (☐) Monocrática (☐)

Ação: ADI 3758

Patrocinador: Ordem dos Músicos do Brasil

Objeto: Proibição de realização de showmício

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 10/07/2006/decisão liminar: não/definitiva:12/07/2006, sem julgamento de mérito.

Relator: Ellen Gracie

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☐) Monocrática (☒)

Ação: ADI 3907

Patrocinador: Partido Popular Socialista

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/06/2007 /decisão liminar: não/definitiva: 27/06/2007 , sem julgamento de mérito.

Relator: Eros Grau

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☐) Monocrática (☒)

Ação: ADI 3927

Patrocinador: Partido Popular Socialista – PPS

Objeto: Impugnação de portaria de classificação indicativa

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 23/07/2007 /decisão liminar: não/definitiva: 01/08/2007, sem julgamento de mérito.

Relator: Ellen Gracie

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☐) Monocrática (☒)

Ação: ADI 3944

Patrocinador: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL

Objeto: Impugnação do Sistema Brasileiro de Tv Digital

Amigo da Corte: ABERT, Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, dentre outras.

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 21/08/2007/decisão liminar: não /definitiva: 05/08/2010, com julgamento de mérito.

Relator: Ayres Britto

Decisão: Unânime (☐) Maioria (☒) Monocrática (☐)

Ação: ADI 3987

Patrocinador: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Objeto: Pede a suspensão de dispositivos (caput, parágrafos 2º e 3º) da Lei 8.159/91 e a íntegra da Lei federal 11.111/05, leis que tratavam do direito à informação.

Amigo da Corte: Sim

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 19/11/2007/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Rosa Weber

Ação: ADPF 130

Patrocinador: Partido Democrático Trabalhista

Objeto: Impugnação da Lei de Imprensa

Amigo da Corte: Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ, Associação Brasileira de Imprensa, Artigo 19.

Liminar: sim

Tempo: ajuizamento: 19/02/2008/decisão liminar: 21/02/2008/definitiva: 30/04/2009, com julgamento de mérito.

Relator: Ayres Britto

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADPF 137

Patrocinador: Governador do Estado do Paraná

Objeto: Uso indevido da Rádio e Televisão Educativa do Paraná (fl. 80), por desvirtuamento de sua destinação.

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 28/03/2008/decisão liminar: não/definitiva: 20/08/2010, sem julgamento de mérito.

Relator: Cármen Lúcia

Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (X)

Ação: ADI 4077

Patrocinador: Procurador Geral da República

Objeto: Lei de acesso à informação (leis antigas)

Amigo da Corte: Centro Acadêmico XI de Agosto

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 15/05/2008/decisão liminar: não/definitiva: 23/09/2016, sem julgamento de mérito.

Relator: Rosa Weber

Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (X)

Ação: ADI 4451

Patrocinador: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT)

Objeto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Ação que impugna os incisos II e III do art. 45 da Lei 9.504/1997

Amigo da Corte: Partido Democrático Trabalhista - PDT

Liminar: Sim

Tempo: ajuizamento: 24/08/2010 /decisão liminar: 26/08/2010 /definitiva: 21 de junho de 2018 com julgamento de mérito

Relator: Ayres Britto / Teori Zavascki / Alexandre de Moraes

Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADO 9

Patrocinador: Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT e Federação Nacional dos Jornalistas

Objeto: Omissão do Congresso em legislar sobre assuntos da comunicação social

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/10/2010/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Rosa Weber

Ação: ADO 10

Patrocinador: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL

Objeto: Omissão do Congresso em legislar sobre assuntos da comunicação social

Amigo da Corte: Artigo 19 Brasil

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 11/11/2010/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Rosa Weber

Ação: ADO 11

Patrocinador: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicação e Publicidade - CONTCOP

Objeto: Omissão do Congresso em legislar sobre assuntos da comunicação social

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 10/12/2010/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Rosa Weber

Ação: ADI 4679

Patrocinador: Partido Democratas; Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU; Associação NeoTV; Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 18/11/2011/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADPF 246

Patrocinador: Partido Socialismo e Liberdade

Objeto: Concessão de emissoras para políticos

Amigo da Corte: Há pedido

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 15/12/2011/decisão liminar: não /definitiva: Pendente

Relator: Gilmar Mendes

Ação: ADI 4741

Patrocinador: Partido Popular Socialista – PPS

Objeto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, a qual objetiva a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto dos arts. 36, caput e 57-B, inciso IV, da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), a fim de que se dê interpretação conforme à Constituição aos dispositivos, “afastando-se qualquer interpretação que venha a impedir a livre manifestação de pensamento e de opinião através de redes sociais, inclusive o twitter, antes do dia 06 de julho dos anos eleitorais”.

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/03/2012 /decisão liminar: não/definitiva: 26/02/2016, sem julgamento de mérito.

Relator: Roberto Barroso

Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (X)

Ação: ADI 4747

Patrocinador: Associação NeoTV

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 28/03/2012/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4756

Patrocinador: Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Intervenções Coletivo Brasil de Comunicação Social

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 09/04/2012/decisão liminar: não /definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4815

Patrocinador: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL

Objeto: Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada em 5.7.2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL objetivando “a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 20 e 21” da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil)

Amigo da Corte: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Academia Brasileira de Letras, ONG Artigo 19, Associação Eduardo Banks, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo e Instituto Amigo.

Liminar: não há informação

Tempo: ajuizamento: 05/07/2012 /decisão liminar: não /definitiva: 10/06/2015, com julgamento de mérito.

Relator: Cármen Lúcia

Decisão: Unânime (X) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADO 22

Patrocinador: Procurador-Geral da República

Objeto: Omissão do Congresso em legislar sobre propaganda comercial de bebida alcoólica

Amigo da Corte: Associação Brasileira da Indústria da Cerveja; Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; Associação Brasileira de Psiquiatria.

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 12/12/2012/decisão liminar: não/definitiva: 22/04/2015, com julgamento de mérito.

Relator: Rosa Weber

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 4923

Patrocinador: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF – ABTVU;

Objeto: Impugnação da lei do SeAC

Amigo da Corte: Associação NeoTV; Associação Brasileira de Radiodifusores – ABRA

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/03/2013/decisão liminar: não/definitiva: 08 de novembro de 2017, com julgamento de mérito

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime () Maioria (X) Monocrática ()

Ação: ADI 5275

Patrocinador: Procurador Geral da República

Objeto: Impugna lei de acesso a informação do Ceará

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 24/03/2015/decisão liminar: não/definitiva: 11 de outubro de 2018, com julgamento de mérito.

Relator: Teori Zavaski / Alexandre de Moraes

Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADI 5415

Patrocinador: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Objeto: Lei do direito de resposta

Amigo da Corte: Há pedido

Liminar: Sim

Tempo: ajuizamento: 16/11/2015/decisão liminar: 18/12/2015/definitiva: Pendente

Relator: Dias Tóffoli

Ação: ADI 5424

Patrocinador: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT

Objeto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo como objeto a Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação daquele Estado.

Amigo da Corte: há pedido

Liminar: Sim

Tempo: ajuizamento: 27/11/2015 /decisão liminar: 14/12/2015 / definitiva: 19 de setembro de 2018, com julgamento de mérito

Relator: Dias Tóffoli

Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADPF 379

Patrocinador: Partido Socialismo e Liberdade

Objeto: Concessão de emissoras para políticos

Amigo da Corte: Há pedido

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 05/12/2015/decisão liminar: não /definitiva: Pendente

Relator: Gilmar Mendes

Ação: ADI 5432

Patrocinador: Associação Brasileira de Rádio e Televisão – ABRATEL

Objeto: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo como objeto a Lei nº 16.751, de 9 de novembro de 2015, do Estado de Santa Catarina, que proíbe a propaganda de medicamentos e similares nos meios de comunicação daquele Estado.

Amigo da Corte: há pedido

Liminar: Sim

Tempo: ajuizamento: 08/12/2015 /decisão liminar: 14/12/2015 / definitiva: 19 de setembro de 2018, com julgamento de mérito

Relator: Dias Tóffoli

Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática ()

Ação: ADI 5436

Patrocinador: Associação Nacional dos Jornais - ANJ

Objeto: Impugnação da lei do direito de resposta

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 14/12/2015/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Dias Tóffoli

Ação: ADI 5613

Patrocinador: Associação Nacional de Jornais - ANJ

Objeto: Conceito de empresa jornalística e vedação ao capital estrangeiro.

Amigo da Corte: não

Liminar: não

Tempo: ajuizamento: 20/10/2016/decisão liminar: não/definitiva: Pendente

Relator: Celso de Mello

Fonte: Elaborado pelo autor, com base na pesquisa realizada no *site* do STF e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência, e com amparo, ainda, nos incidentes processuais localizados em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

Para a análise efetiva das ações, outro recorte foi estabelecido. Optou-se por analisar somente as ações que receberam julgamento definitivo do plenário do STF, com ou sem a análise do mérito.

Das quarenta ações, 21 (vinte e uma) foram analisadas durante o estágio de pós-doutoramento, realizado na FADUSP, no período de agosto de 2016 a julho de 2017, na seguinte conformidade: ADI 392, ADI 821, ADI 869, ADI 956, ADI 1755, ADI 2398, ADI 2404, ADI 2815, ADI 3741, ADI 3742, ADI 3743, ADI 3758, ADI 3907, ADI 3927, ADI 3944, ADI 4077, ADI 4741, ADI 4815, ADPF 130, ADPF 137 e ADO 22.

As análises foram divulgadas em eventos acadêmicos e/ou submetidas para avaliação de revistas qualificadas para publicação. Como exemplo, podem ser citadas as ADI 956, ADI 3741, ADI 3742, ADI 3743, ADI 3758, ADI 4741, que tratavam de propagandas eleitorais e cuja análise foi submetida à *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, tendo sido o artigo aceito, com previsão de publicação para este ano de 2019.

As ADI 392, ADI 2398, ADI 2404, ADI 3907, ADI 3927 que dispunham acerca da classificação indicativa foram analisadas e apresentadas no Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política - Compolítica, em 2017.

Das 19 ações restantes, 10 (dez) foram julgadas (ADI 2566, ADI 2677, ADI 4451, ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756, ADI 4923, ADI 5275, ADI 5424 e ADI 5432) e 9 (nove) ainda se encontram pendentes (ADI 3987, ADO 9, ADO 10, ADO 11, ADPF 246, ADI 5415, ADPF 379, ADI 5436 e ADI 5613).

Das ações julgadas pelo STF, no período de julho de 2017 até o momento, já foram analisadas as ADI 2566 e as ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756 e ADI 4923.

A ADI 2566, cujo objeto era a proibição de proselitismo em emissora comunitária, teve sua análise feita e os resultados apresentados no VII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, em 2018. Em relação às ADI 4679, ADI 4747, ADI 4756 e ADI 4923, cujo teor tratou do novo marco regulatório da televisão por assinatura, as decisões foram examinadas e os resultados submetidos à avaliação do Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política - Compolítica, a ser realizado em Brasília, neste ano de 2019.

As ações pendentes de julgamento abordam assuntos relevantes para a comunicação social, tais como o direito de resposta (ADI 5415 e ADI 5436), com previsão de julgamento para este ano de 2019, concessão de emissoras para políticos (ADPF 246 e ADPF 379), além das ADO 9, ADO 10 e ADO 11, anteriormente mencionadas e que tratam das omissões legislativas relacionadas às políticas públicas de comunicação.

As ações já julgadas e ainda não analisadas e as ações pendentes de julgamento, juntamente com outras que certamente serão protocoladas, serão objeto de análises

futuras, pois pretendo continuar com a investigação objeto da pesquisa, em uma atividade constante de observatório de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa às políticas públicas de comunicação.

Na próxima parte, apresento os artigos e capítulos de livros comentados nas partes antecedentes.

REFERÊNCIAS

AFONSO, O. *Direito autoral*. Barueri: Manole, 2009.

AGUILLAR, F. H. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAUJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASCENSÃO, J. de O. Direito de autor sem autor e sem obra. In: ASCENSÃO, J. de O. *Direito da sociedade da informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BINENBOJM, G.; PEREIRA NETO, C. M. da S. Prefácio de: FISS, O. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, C. A. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981.

BRANT, J.; KAMEOKA, M. (Coord.). *Direito à comunicação no Brasil. Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social*, junho de 2005. Disponível em: <www.scribd.com/doc/5619429/Direito-a-comunicacao-no-Brasil-Intervozes>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Secretaria de Anais. *Assembleia Nacional Constituinte – 20 anos: Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação*. Brasília, 2008.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORINI, C.; ESTEVES, J. C. dos S.; DIAS, M. T. F. (Org.). *Políticas públicas: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMARGO, R. A. L. *Os meios de comunicação no direito econômico*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

- CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.
- CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CORREIA, L. B. *Direito da comunicação social*. Coimbra: Almedina, 2000.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 181-200.
- FALCÃO, J.; OLIVEIRA, F. L. de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, v. 88, p. 429-469, 2013.
- FERREIRA, A. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FISS, O. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FRIEDMAN, B. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, v. 91, p. 577-682, 1993.
- FRIEDMAN, B. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 2595-2632, 2004.
- GONÇALVES, M. E. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- GRAU, E. R. *Direito posto e pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1997.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.
- JAMBEIRO, O. A comunicação na Constituição de 1988. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

- KOERNER, A. Direito e modernização periférica: por uma análise sócio-política do pensamento constitucional brasileiro pós-1988. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 28, Caxambu, 2005. *Anais...*, Caxambu: ANPOCS, 2005.
- LEITE, L. P. *O conceito de deficiência e suas implicações*. Texto de apreciação crítica de parte da produção acadêmica para obtenção de Título de Livre-Docente. Faculdade de Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2017.
- LIMA, V. A. de. *Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher, 2010.
- LIMA, V. A. de. Posfácio. In: DOMINGUES DA SILVA, J. *A política da política de TV Digital no Brasil: atores, interesses e decisão governamental*. Rio de Janeiro: Simmer e Amorim, 2011. p. 185-187.
- LIMA, V. A. de. *Política de Comunicações: um balanço dos governos Lula – 2003-2010*. São Paulo: Publisher, 2012a.
- LIMA, V. A. de. Políticas de mídia e cidadania. In: SOARES, M. C. et al. *Mídia e cidadania: conexões emergentes*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012b.
- MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORO, S. F. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.
- PEREIRA, G. D. C. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMOS, M. C. Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In: MARQUES DE MELO, J.; SATHLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo, SP: UESP, 2005.
- ROTHBERG, D. *Texto de apreciação crítica de parte da produção acadêmica para obtenção de Título de Livre-Docente*. Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Universidade Estadual Paulista, 2016.
- ROTHENBURG, W. C. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 7, n. 29, out/dez, p. 146-157, 1999.
- SANKIEVICZ, A. *Liberdade de expressão e pluralismo*. Perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.
- SCHÄFER, J. G. *Direitos fundamentais, proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. *On law, politics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *RDA*, v. 250, p. 197-227, 2009.
- SILVA, V. A. da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, 557-584, 2013.
- SOUZA, R. R. M. de. *STF em evidência: deliberação, publicidade e sociedade sob a perspectiva dialógica*. Curitiba: Juruá, 2016.
- STROPPA, T.; ROTHENBURG, W. C. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- SUNDEFELD, C. A. A regulação das telecomunicações – papel atual e tendências futuras. In: FIGUEIREDO, M. *Direito e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 111-122.
- VICENTE, M. M. Comunicação em xeque: o debate na regulamentação pós-Constituição. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.
- VIEIRA, O. V. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WIMMER, M. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. *Eco-Pós (UFRJ)*, v.11, p. 146-165, 2009.

PARTE 5 – Artigos completos analisados na sistematização crítica

Esta parte da sistematização crítica de parcela de minha obra acadêmica reproduz, na íntegra, os trabalhos comentados nas partes antecedentes e estão elencados na mesma ordem das apresentações.

5.1 – Direito fundamental à comunicação

NAPOLITANO, Carlo José. Direito fundamental à comunicação. In: VICENTE, M. M. (Org.). *Comunicação e cidadania*. Bauru: EDUSC, 2009, p. 9-26.

Direito fundamental à comunicação

Carlo José Napolitano

Resumo

O presente artigo visa a descrever alguns aspectos relacionados à regulamentação constitucional referente ao direito à comunicação, autêntico direito fundamental, não pretendendo ser exaustivo nessa exposição.

Palavras-chave: constituição, direitos fundamentais e direito à comunicação.

Introdução

O direito à comunicação, desde que o termo passou a ser utilizado no final dos anos 60, é entendido como um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulamentação jurídica da comunicação, que unidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação podem ser relacionados: o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade intelectual, dentre outros. Esses direitos estão previstos e garantidos na atual constituição federal brasileira de 05 de outubro de 1988.

A palavra constituição pode ser empregada com vários sentidos. Juridicamente compreende-se como sendo um sistema de normas jurídicas que regulamenta a forma como o Estado é organizado, sendo também a sua lei fundamental.

A idéia de que a constituição deve ser compreendida como norma jurídica fundamental de um Estado foi desenvolvida durante os últimos três séculos. Essa teoria surgiu, no século XVIII, para limitar os poderes da monarquia. Esse documento jurídico tem como função definir os órgãos do Estado, suas atribuições e as relações entre eles. A preocupação maior nesse momento histórico era com o direito à liberdade e a conseqüente limitação do poder político do Estado. Esse período ficou conhecido como Estado liberal.

A concepção desse modelo de Estado estava fortemente atrelada ao elemento político, à estrutura e à limitação do poder estatal e à garantia da liberdade do indivíduo. A finalidade da presença, nessas constituições, de matérias relacionadas aos direitos políticos e individuais visavam a resguardar o direito à liberdade, criando-se uma barreira defensiva do indivíduo perante o Estado, que evitaria o amesquinamento do indivíduo por parte do ente estatal (Mello, 1981).

Na metade do século passado, contudo, houve uma mudança na concepção das constituições. Foram nelas incorporados assuntos de nítido conteúdo social e passaram a tratar de temas relativos aos direitos sociais, trabalhistas e econômicos, por exemplo. Exigia-se, naquele momento histórico, uma atuação efetiva do Estado no campo social, agindo como mitigador dos conflitos entre o capital e o trabalho, amortecendo as lutas de classe no intuito de minimizar as diferenças sociais e implementar a igualdade entre as pessoas. Esse novo modelo de Estado repercute na ordem jurídica que passa a exercer um papel completamente diferente do que tinha no Estado liberal. A consagração da intervenção estatal na sociedade visava à criação de barreiras “defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos” (Mello, 1981: 235). Era a consagração do modelo de bem-estar social.

A partir de então, trava-se um debate na teoria constitucional. De um lado aqueles que entendem que a constituição é apenas uma norma jurídica superior, definidora de competências dos órgãos estatais, regulamentadora de procedimentos, despreocupada com os problemas sobre

legitimação, despida de qualquer conteúdo social ou econômico. A essa corrente, convencionou-se chamar de teoria formal ou procedimental da constituição (Bercovici, 2004).

De outro lado, figuram aqueles que pregam que esse documento jurídico deve almejar a transformação do Estado e da sociedade, estipulando fins para ambos. Contrapondo-se à teoria procedimental, desenvolveu-se, então, a teoria material, social ou substancial, que procura incorporar à constituição uma dimensão materialmente legitimadora, estabelecendo fundamento constitucional para a política, vinculando juridicamente os atos políticos, sendo o objetivo central dessa teoria dar força e substrato jurídico para a mudança social (Bercovici, 2004).

A atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem nítido caráter substancial, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Um desses valores substantivos almejados pelo legislador constituinte foi, sem dúvida, o direito à comunicação, sendo a constituição repleta em regulamentações garantidoras dessa finalidade. Diante disso, o direito à comunicação passou a ser reconhecido também como um autêntico direito fundamental.

Nas sessões que seguem serão abordados alguns assuntos relacionados à regulamentação jurídica constitucional do direito à comunicação, no intuito de levantar subsídios para o adequado enquadramento desse conjunto de direitos aos direitos humanos fundamentais.

Evolução histórica dos direitos fundamentais

Antes de abordar a evolução histórica dos direitos fundamentais, necessário se faz uma breve explicação sobre a terminologia que será utilizada no presente trabalho. A teoria jurídica nacional sobre os direitos humanos, enfoca o mesmo assunto com expressões diversas: direitos fundamentais, do homem, humanos, subjetivos públicos, individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, dentre outras.

Segundo Sarlet (1998) as expressões mais comumente utilizadas são direitos humanos e direitos fundamentais. Bonavides (2000) menciona que a primeira expressão é mais utilizada entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto a segunda é utilizada pelos alemães. Schäfer (2001), contudo, faz uma distinção entre os termos. Direitos fundamentais seriam aqueles reconhecidos e positivados no direito constitucional estatal, enquanto direitos humanos seriam aqueles previstos nos documentos de direito internacional, possuindo validade universal. Para fins desse trabalho será utilizada a expressão direitos fundamentais, pois foi a adotada pelo legislador constituinte de 1988.

Os direitos fundamentais têm como característica a historicidade. Decorrem de um processo histórico evolutivo no desenrolar de vários séculos.

A enunciação dos direitos fundamentais em declarações escritas de direitos, tal como conhecidas nos dias de hoje, é um fenômeno relativamente recente na história da humanidade. A sua positivação jurídica somente ocorreu com as primeiras constituições do Estado moderno no século XVIII.

Nas sociedades primitivas, não se falava em reconhecimentos de direitos, pois a titularidade dos bens era coletiva, não havendo a relação tão comum nos dias de hoje de classes ou pessoas dominantes e classes ou pessoas dominadas.

Contudo, com a evolução da sociedade e apropriação dos bens e riquezas por determinadas pessoas ou classes, gerou-se uma relação de subordinação entre aqueles que eram proprietários e que possuíam riquezas e aqueles seres humanos que não possuíam bens e que, portanto, para sobreviver dependiam dos primeiros (Silva, 1993). Para que essa relação de subordinação permanecesse inalterada, estruturou-se, então, o Estado, para ser o garantidor dessa relação. O poder político e a relação de dominação surgem juntamente com o Estado (Almeida, 1999). A partir dessa modelagem de sociedade, o ser humano começou a lutar contra essa dominação, luta essa que atravessou vários séculos (Silva, 1993).

Na Antiguidade, na Roma antiga, por exemplo, já havia positivação de alguns direitos, porém eram direitos restritos a uma pequena parcela daquela sociedade. Os estrangeiros eram preteridos em relação aos nacionais, bem como não havia reconhecimento de direitos em relação ao Estado Romano (Moraes, 1997).

Na Idade Média começaram a surgir direitos em relação ao poder absoluto dos monarcas, porém esses direitos estavam restritos a algumas classes ou seguimentos da sociedade que queriam ver garantidos alguns privilégios. Não eram direitos gerais, mas sim circunscritos a uma determinada categoria de pessoas (Moraes, 1997).

Entende-se que as declarações dos direitos têm como seu marco mais remoto as declarações do século XIII. A Magna Carta inglesa de 1215 é um exemplo clássico. Esse documento assegurava direitos do monarca e garantia alguns direitos individuais. Direitos restritos a determinados grupos e classes.

A luta pelos direitos ganha força com a estruturação do Estado liberal no século XVIII, juntamente com as Revoluções americana e francesa e com as primeiras constituições. Os direitos fundamentais passam a ser concebidos como universais e não somente a determinadas classes ou categorias de pessoas.

Os direitos fundamentais, portanto, antes de serem constitucionalizados, positivados, foram previstos em documentos de declarações de direitos, sendo essas declarações anteriores ao constitucionalismo. Somente a título de exemplificação, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento elaborado na França, é datada de 1789, sendo que a primeira constituição francesa somente foi elaborada em 1791 (Fonseca, 1998). O mesmo fato ocorreu nos Estados Unidos, onde várias declarações de direitos foram elaboradas antes mesmo da constituição daquele país (Ferreira Filho, 1999).

Histórico da positivação constitucional dos direitos fundamentais

A característica da historicidade dos direitos fundamentais não garantiu que a sua evolução fosse linear. Houve progressos e retrações assim como toda a história humana. A história da positivação constitucional dos direitos fundamentais pode ser assim relatada.

As primeiras constituições surgiram no século XVIII e nelas alguns direitos fundamentais já foram incorporados. O Estado liberal constitucionalizou as liberdades públicas, que eram uma das pilstras do liberalismo e visavam a evitar o arbítrio do Estado Absolutista até então reinante. Nesse período, surgiram os direitos gerais à liberdade, tais como a liberdade de locomoção, de opinião e de expressão. Basicamente, portanto, asseguram os direitos à liberdade, representados pelos direitos civis e políticos. Esses direitos eram e são “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (Bonavides, 2000: 517). Direitos individuais, portanto.

No início do século passado, juntamente com o surgimento do modelo de bem estar social, outros direitos passam a ser incorporados nas declarações de direitos e nas constituições. Eram direitos que visavam à concretização dos direitos sociais e econômicos, no intuito de minimizar os grandes desníveis sociais e econômicos existentes na época. Eram direitos direcionados a determinados grupos, como aos trabalhadores.

Em uma terceira etapa, concretizam-se direitos relativos à qualidade de vida, ao desenvolvimento, meio ambiente, etc. Esses direitos passaram a incorporar as constituições e as declarações após a Segunda Guerra Mundial. Esses direitos caracterizam-se pela generalidade, todos são destinatários.

Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados em conformidade com o momento em que foram constitucionalizados.

A teoria jurídica é praticamente unânime em dividir os direitos fundamentais em três categorias, tal qual a maneira de sua positivação constitucional, nomeando-os em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Cabe, entretanto, uma observação de que há quem compreenda que o termo geração deveria ser substituído por dimensão, tendo em vista que o primeiro termo traz a idéia de superação, de sucessão, de substituição de uma geração por outra que lhe sucede. O que de fato não acontece, pois as novas gerações de direitos fundamentais servem para complementar as anteriores e não visam a substituí-las. A ressalva é pertinente, porém, neste trabalho, será utilizada a expressão geração que é a mais consagrada.

Observe-se, também, que alguns autores apontam à existência de uma quarta geração. Nesta linha de raciocínio encontram-se os trabalhos de Bonavides (2000), Sarlet (1998) e Schäfer (2001), para quem o direito à democracia e à informação, seriam típicos direitos de quarta geração. Segundo esses autores, as gerações antecedentes são preparatórias para os direitos de quarta geração e a esta darão sustentação. Porém, aqui, os direitos fundamentais serão classificados em três categorias, pois essa classificação está baseada “na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos” (Moraes, 1998: 44).

Dentro dos direitos e garantias fundamentais de primeira geração, basicamente se encontram os direitos políticos e civis, com grande prevalência do direito à liberdade. São as liberdades clássicas, negativas ou formais. Esse primeiro momento histórico caracteriza-se essencialmente pela previsão de liberdades, mormente em relação ao Estado.

Os direitos fundamentais de primeira geração configuram-se como barreiras protetivas do indivíduo perante o Estado, evitando o amesquinamento daqueles por parte deste último. Resumidamente, essas espécies de direitos visavam a garantir as liberdades dos cidadãos com a consequente limitação dos poderes do Estado.

Por sua vez, dentre os direitos fundamentais de segunda geração estão os direitos econômicos, sociais, culturais, que caracterizam-se pelas liberdades positivas, reais ou concretas e tem por finalidade garantir o direito de igualdade de forma efetiva para as pessoas, evitando-se a subordinação e a exploração do homem pelo homem.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles relacionados à solidariedade e à fraternidade e concretizam-se com os direitos ao meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, desenvolvimento econômico e paz entre os povos, por exemplo.

Segundo Ferreira Filho (1999: 57), a classificação dos direitos fundamentais em três gerações está diretamente relacionada com o lema da Revolução Francesa. Os de primeira geração ligados diretamente à liberdade, os de segunda à igualdade e os de terceira à fraternidade, sendo que com estes últimos direitos haveria o complemento histórico do ideal revolucionário.

Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem diversas características, sendo que na teoria encontram-se divergências quanto à quantidade, bem como quanto à nomenclatura adotada.

Para fins deste trabalho, será utilizada a caracterização proposta por Rothenburg (1999) que apresenta um rol de 17 características dos direitos fundamentais, as quais serão analisadas em breve resumo:

1 – fundamentalidade: os direitos fundamentais são a base do ordenamento jurídico. Esta característica revela-se tanto no aspecto material, representando os valores supremos do ser humano, como no aspecto formal, pois estão expressos na base do ordenamento jurídico, na constituição. Desta característica decorre o reconhecimento de direitos fundamentais não constantes no rol da constituição e a imposição de um básico e mínimo catálogo de direitos fundamentais que nela devem estar previstos.

2 – Universalidade e internacionalidade: os direitos fundamentais são inerentes à condição humana e, desta forma, não possuem nacionalidade. São universais. A internacionalidade se verifica pelo seu reconhecimento pelos Estados, pelas declarações de direitos e pela instituição de tribunais internacionais com a finalidade de apreciar eventuais infrações aos direitos fundamentais.

3 – Inalienabilidade: ninguém pode se desfazer de seus direitos fundamentais. Dessa característica, decorre a imprescritibilidade desses direitos que não se perdem pelo decurso de tempo.

4 – Indivisibilidade: esta característica possui duas facetas. A primeira é a de que um determinado direito fundamental não pode ser dividido para a sua aplicação. Não pode um direito fundamental ser aplicado parcialmente.

5 – Historicidade: o desenvolvimento dos direitos fundamentais decorre de um processo histórico evolutivo, sendo que “os direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e direitos novos vão sendo firmados, formando-se um repertório de direitos fundamentais que constitui patrimônio comum da humanidade” (Rothenburg, 1999: 58).

6 – Positividade e constitucionalidade: Muito embora os direitos fundamentais tenham reconhecidamente existência anterior ao direito positivo e ao constitucionalismo é no direito positivo estatal e nas constituições que esses direitos encontraram abrigo e foi através do direito positivo e da constituição que os direitos fundamentais foram revelados.

7 – Sistemática, inter-relação e interdependência: a positivação dos direitos fundamentais se dá de forma sistemática dentro do ordenamento jurídico, sendo que entre os diversos direitos fundamentais previstos há uma interação, havendo influência recíproca entre eles, podendo haver relação de conteúdo entre alguns deles, decorrendo daí a interdependência entre os direitos fundamentais.

8 – Abertura e inexauribilidade: o rol dos direitos fundamentais não se esgota no direito positivo interno, podendo haver direitos implicitamente reconhecidos, bem como outros decorrentes de legislações internacionais, daí a característica da inexauribilidade. O caráter de abertura decorre basicamente da possibilidade de expansão dos direitos fundamentais através da interpretação, que deve ser sempre ampliativa, não se admitindo interpretação restritiva dos direitos fundamentais.

9 – Projeção positiva: os direitos fundamentais requerem prestação positiva do Estado e das entidades privadas, para a “satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados” (Rothenburg, 1999: 58). Os direitos fundamentais deixam de ser apenas garantias, conforme inicialmente concebidos (garantias de liberdade contra a ingerência estatal, no modelo de Estado liberal), e passam a exigir prestação positiva para a sua real efetivação.

10 – Perspectiva objetiva: os direitos fundamentais possuem também a característica de serem regras que determinam objetivamente ações, competências e deveres, em especial, do Estado para a implementação e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Não são apenas direitos subjetivos dos cidadãos, exigem do Estado atuação para a sua real implementação.

11 - Dimensão transindividual: os direitos fundamentais não tutelam apenas direitos do indivíduo, mas sim direitos de toda a coletividade. Da concepção liberal de proteção ao indivíduo isoladamente (direitos fundamentais de primeira geração), os direitos fundamentais passaram para a proteção de grupos (direitos fundamentais de segunda geração) e, daí, para a proteção de toda a coletividade (direitos fundamentais de terceira geração).

12 – Aplicabilidade imediata: os direitos fundamentais podem ser invocados pelos interessados sem que haja a necessidade de normas reguladoras para o seu exercício, possuem, portanto, aplicabilidade imediata. Fica evidente, entretanto, que, apesar de assegurados formalmente, a sua efetiva concretização demanda recursos nem sempre disponíveis e, dessa forma, esta característica há de ser entendida com algum temperamento.

13 – Concordância prática ou harmonização: haverá situações em que dois ou mais direitos fundamentais entrarão em colisão, devendo, na sua aplicação, serem utilizados critérios de proporcionalidade, “buscando-se o máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos” (Rothenburg, 1999: 58).

14 – Restringibilidade excepcional: os direitos fundamentais não podem, por critérios de interpretação, ter o seu alcance restringido. Também não pode o legislador infraconstitucional diminuir a sua eficácia. Há direitos fundamentais, entretanto, que o próprio legislador constituinte previu regras restritivas a serem determinadas pela legislação infraconstitucional. Porém, a esta apenas caberá regulamentar o dispositivo permissivo de restrição, como é o caso da liberdade de exercício de qualquer emprego, ofício ou profissão, a ser exercido na forma que a lei exigir. O legislador apenas poderá explicitar o comando constitucional restritivo, utilizando critérios da razoabilidade sob pena de incidir em abuso. Por exemplo, se o legislador infraconstitucional impuser exigências em demasia para o exercício de uma determinada profissão, haverá evidentemente abuso de poder, sendo a norma infraconstitucional eivada de inconstitucionalidade evidente.

O artigo 5º, inciso XIII da constituição federal prevê a liberdade no exercício de trabalho, ofício ou profissão; entretanto, o próprio artigo dispõe que esta liberdade dependerá do atendimento a qualificações profissionais que a lei infraconstitucional estabelecer. Trata-se de uma regra de restrição a essa liberdade, sendo certo que, para o exercício de determinadas profissões, o interessado em exercê-la deverá preencher certas qualificações que determina a lei. Exemplo clássico é o exercício da advocacia que depende de aprovação prévia em concurso

denominado “exame de ordem”. Não logrando aprovação nesse exame, o interessado não poderá exercer a advocacia. Outro exemplo é a exigibilidade de diploma de bacharel em jornalismo para o exercício da profissão. Essa regra é compatível com o ordenamento constitucional, sendo que a própria constituição remete ao legislador ordinário a possibilidade de restringir esse direito fundamental de liberdade de acesso ao trabalho, ofício ou profissão.

15 – Eficácia horizontal ou privada: muito embora historicamente os direitos fundamentais sejam de eficácia vertical, ou seja, propõe-se na relação entre Estado e particulares, entende-se que esses direitos também devem ser respeitados nas relações entre particulares. Como exemplo dessa eficácia horizontal, pode ser mencionada a proibição de critérios discriminatórios para a contratação de empregados em empresas.

16 – Proibição de retrocesso: por serem conquistas históricas da civilização, uma vez sendo reconhecidos pelas legislações, os direitos fundamentais “não podem ser abandonados nem diminuídos” (Rothenburg, 1999: 58). Atingido um nível tal de reconhecimento dos direitos fundamentais, não se admite a possibilidade de retroceder no avanço das conquistas já alcançadas.

Canotilho (1999) aborda a questão da proibição do retrocesso dos direitos sociais, afirmando que os direitos sociais e econômicos fundamentais previstos em uma constituição passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo, não sendo admitidas limitações ao núcleo básico de direitos já consagrados no ordenamento jurídico. Tem essa característica, portanto, função limitadora da reversibilidade dos direitos conquistados no campo social e econômico. Os direitos sociais e econômicos previstos em uma constituição não podem ser extraídos do ordenamento jurídico constitucional, não podem ser mitigados pelo legislador ordinário, fora dos casos constitucionalmente admitidos, como também não podem ter a sua aplicação restringida por critérios hermenêuticos, sob pena de inconstitucionalidade.

17 – Maximização ou efetividade: os direitos fundamentais devem ser compreendidos, buscando-se a sua máxima implementação e real efetividade, visando à sua total aplicação no mundo concreto.

Por todas essas características, pode-se concluir que elas visam à máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Direito à comunicação na constituição brasileira

Competência legislativa sobre o direito à comunicação

A constituição federal determina que é de competência privativa da União legislar sobre assuntos relacionados ao direito à comunicação. Dispõe o texto constitucional que assuntos relacionados à informática, telecomunicações e radiodifusão (art. 22, IV) e referentes às propagandas comerciais (art. 22, XXIX) somente podem ser deliberados pelo Congresso Nacional. Também dispõe o mesmo artigo 22 que é de competência exclusiva da União legislar sobre direito civil e comercial, englobando nesses tópicos os direitos de propriedade intelectual.

Deste modo, verifica-se que as decisões políticas sobre os direitos relacionados ao direito à comunicação são decisões de caráter nacional, delas necessariamente devem participar das discussões os representantes do povo, os deputados federais e os representantes dos Estados Federados, os senadores.

Liberdade do pensamento e de opinião

A proteção à liberdade de pensamento prevista no artigo 5º, IV da constituição federal diz respeito ao direito que toda pessoa tem de livremente e por qualquer meio exteriorizar o seu pensamento em qualquer sentido, seja no aspecto ideológico, político, religioso ou científico. Muitas vezes, o pensamento não é exteriorizado, quando isso ocorre, não há comunicação e por isso não representa um fato social tutelado pelo direito, fica restrito apenas ao foro íntimo (Silva, 1993).

Também prevê o artigo 220 que a liberdade de manifestação do pensamento ou de opinião, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não poderão sofrer qualquer tipo de restrição.

Liberdade de imprensa e liberdade de informação jornalística.

O texto constitucional também prevê no artigo 220 que nenhuma lei pode criar obstáculo à liberdade de informação jornalística, que é proibida toda e qualquer censura política, ideológica e artística, de natureza prévia ou posterior e que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

O conceito de liberdade de imprensa está, segundo Silva (1993), diretamente relacionado aos veículos impressos de comunicação, enquanto que o direito à liberdade de informação jornalística está relacionado a qualquer meio ou veículo de comunicação social.

Para Araujo e Nunes (2001: 98) a liberdade de informação jornalística “é um dos primeiros pressupostos de democracia de um país [...] é uma garantia institucional da democracia”.

Liberdade de informação

Esse direito represente duas vertentes, o direito de informar e o direito de ser informado. A primeira compreende a possibilidade de qualquer cidadão expressar o seu pensamento e sua opinião por qualquer meio, configurando um direito individual, enquanto que a segunda consiste no direito da pessoa de buscar os meios necessários para obter as informações que deseja, consubstanciando dessa forma em um direito coletivo (Silva, 1993).

Já para Araujo e Nunes (2001) esse direito possui três feições: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. Os dois primeiros estão correlacionados ao exposto por Silva (1993), já o direito de ser informado diz respeito à obrigatoriedade dos órgãos públicos prestarem informações ao interessado, o que vai de encontro ao princípio da publicidade previsto no artigo 37 da constituição federal. Esse artigo obriga os órgãos públicos a prestarem informações de seus atos aos cidadãos.

Direitos da propriedade imaterial

O texto constitucional também prevê regras protetivas aos direitos da propriedade imaterial. O artigo 5º, XXVII dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, trata-se dos direitos autorais. Prevê também o direito de arena que protege e garante a participação individual nas obras coletivas (art. 5º, XXVIII).

Assegura também, no artigo 5º, XXIX, os direitos de propriedade industrial ao dispor que pertencem temporariamente aos autores os inventos industriais (protegidos pelas patentes e registros), além de prever a propriedade de marcas dos produtos e serviços.

Diversidade e pluralidade na comunicação midiática

Está disposto no preâmbulo da constituição que o Estado brasileiro é destinado a assegurar: o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Por esse prelúdio já dá para extrair que, em termos constitucionais, não se admite, não se tolera, qualquer tipo de preconceito, sendo a diversidade de pensamento, de culturas e de opiniões um norte que deve ser seguido pelo nosso Estado e pela nossa sociedade.

Além desse prefácio, a constituição também dispõe no artigo 3º, quando se refere aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que constituem objetivos fundamentais do nosso Estado e da nossa sociedade: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No artigo 4º está disposto que a República Federativa do Brasil deverá reger-se nas suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, do repúdio ao racismo, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dentre outros.

Também prevê o artigo 5º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, que todos que convivem em nossa sociedade, sejam eles brasileiros ou estrangeiros, são iguais perante a lei, não sendo admitidas distinções de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Em relação ao direito à liberdade, menciona que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, que é livre a manifestação do pensamento, além de inúmeros outros direitos e garantias relativos a esse direito fundamental de liberdade.

A constituição federal, no artigo 220, ao tratar da comunicação social, também demonstra estar preocupada com a diversidade nos meios de comunicação, dispondo que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado somente os limites estabelecidos na própria constituição.

Menciona ainda, limitando a discricionariedade do legislador, que nenhuma lei infraconstitucional poderá conter qualquer dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social; que é vedada toda e qualquer forma de censura política, ideológica e artística; que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio e que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Restrições ao direito à comunicação

Nenhum direito constitucional, a exceção do direito à vida, foi concebido de forma absoluta, por isso, há no texto constitucional, inúmeras restrições ao direito à comunicação. Proíbe o texto constitucional, por exemplo, que a expressão do pensamento seja feita no anonimato, isso implica que toda e qualquer exteriorização de idéias e pensamentos deve ser feita assumindo as responsabilidades penais, civis e administrativas com a utilização desse direito. (art. 5º, IV).

As liberdades de opinião e do pensamento também não podem ferir a imagem e a moral das pessoas físicas ou jurídicas, sendo assegurado ao ofendido o direito de resposta, de forma proporcional ao agravo, além de indenizações pelos danos sofridos (art. 5º, V). São considerados também invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra das pessoas, sendo assegurada mais uma vez indenizações pela violação desse direito.

Determina o texto constitucional, no artigo 220, que lei federal deve regular as diversões e espetáculos públicos. Essa lei deve estabelecer meios legais para garantir à pessoa e à família mecanismos de defesa em relação a programas de rádio e televisão que atentem os valores éticos e sociais da família e que a proteja de propaganda de produtos, práticas e serviços nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que a atual constituição federal disciplinou rigorosamente os direitos conexos ao direito à comunicação e reconheceu esse conjunto de direitos como um autêntico direito fundamental, que em um primeiro momento histórico foi relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração, pois estão diretamente ligados direito de liberdade. Contudo, o direito à comunicação pode ser também compreendido como sendo um direito fundamental de terceira geração, pois não pertence somente aos indivíduos, mas sim a toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Humberto Mariano (1999). Mineração e meio ambiente na constituição federal. São Paulo: Ltr.

ARAUJO, Luis Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (2001). Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

BERCOVICI, Gilberto (2004). Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24.

BONAVIDES, Paulo (2000). Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. <http://www.presidencia.gov.br>. Acessado em: várias datas.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1999). Direito constitucional e teoria da constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (1999). Direitos humanos fundamentais. 3 ed. São Paulo: Saraiva.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da (1998). Direito econômico. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de (1981). Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Revista de Direito Público. São Paulo, ano XIV, n. 57/58, jan/jun, p. 233-256.

MORAES, Alexandre (1998). Direitos humanos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Atlas.

MORAES, Guilherme Braga Pena de (1997). Dos direitos fundamentais, contribuição para uma teoria. São Paulo: Ltr.

ROTHENBURG, Walter Claudius (1999). Direitos fundamentais e suas características. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 7, n. 29, out/dez, p. 146-157.

SARLET, Ingo Wolfgang (1998). A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria dos Advogados.

SCHÄFER, Jairo Gilberto (2001). Direitos fundamentais, proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

SILVA, José Afonso (1993). Curso de direito constitucional positivo. 9 ed. São Paulo: Malheiros.

O autor é graduado em Direito e Economia, mestre em Direito Constitucional e doutor em Sociologia na Unesp/Araraquara. Foi professor substituto na Unesp de Marília. Atualmente é professor adjunto no IESB/PREVE e professor substituto na Unesp/Bauru. E-mail: carlonapolitano@travelnet.com.br

5.2 - A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos

NAPOLITANO, Carlo José. A regulação da propriedade imaterial na Constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 189, p. 95-104, 2011.

A regulação da propriedade imaterial na constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos.

Carlo José Napolitano

1 - Introdução

O presente artigo é resultado de pesquisa¹ com idêntico título e que partiu do pressuposto que o direito à comunicação é composto por um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que reunidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação podem ser relacionados: o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial (direitos autorais, direito da propriedade industrial, direitos sobre os programas de computadores), dentre outros. Esses direitos estão previstos e garantidos na constituição brasileira de 88.

Reconhecidamente a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem nítido caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Um desses valores substantivos almejados no processo constituinte foi o direito à comunicação.

Nesse sentido, o texto constitucional prevê inúmeras regras protetivas ao direito à comunicação, em especial, aos direitos da propriedade imaterial. Como exemplo: o artigo 5º, XXVII que dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Trata-se da garantia constitucional aos direitos autorais, neles compreendidos os direitos sobre os programas de computadores; e o artigo 5º, XXIX que assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, garantindo o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Trata-se, portanto, dos direitos da propriedade industrial.

A regulação constitucional desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão. No entanto, também configuram normativas de grande conotação econômica, em especial, nesse período de terceira revolução industrial (Cf. ASCENSÃO, 2008, p. 22), conhecido por sociedade da informação.

A informação, segundo Grau (Cf. 2003, p. 114), na modernidade, passa a ter caráter de mercadoria - econômica e política – transformando-se em instrumento de poder.

¹ A pesquisa contou com o auxílio das bolsistas de apoio técnico do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) Mirela Dias de Aguiar Peloso e de iniciação científica Gabriela Garcia Brandão, do programa “Primeiros Projetos”, da Pro-Reitoria de Pesquisa da Unesp. Também contou com financiamento da Fundunesp e da Pro-Reitoria de Pesquisa da Unesp.

Essa hipótese de trabalho também está assentada em Ascensão (Cf. 2008^a, p. 19 e 22), para quem há um evidente choque de interesses entre o direito de propriedade dos autores de obras criativas e o acesso aos bens culturais, sendo aquele freio inibidor para a expansão desses. Segundo ainda o autor português, o direito autoral, em especial, beneficia muito mais as empresas detentoras dos direitos do que propriamente o criador, tratando-se efetivamente de um direito de proteção aos investimentos. Por essas razões que as legislações passaram a dar maior importância a essa regulação.

Ainda para Ascensão (Cf. 2008b, p. 39), no mundo moderno, a informação passa a ter um aspecto político de fundamental importância, chega a dizer que quem domina a informação domina o mundo, sendo fator de extrema importância na economia moderna.

A compreensão dos direitos de propriedade imaterial, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais pode, potencialmente, gerar um conflito de interesses, o que, por hipótese, acarretou grandes discussões e debates na sua regulação constitucional.

A partir das considerações apresentadas, o projeto objetivou verificar e interpretar, na perspectiva dogmática e histórica, a regulação constitucional dos direitos relativos à propriedade imaterial durante o processo constituinte de 87/88, no intuito de averiguar eventual choque de interesses econômicos e sociais na produção desses direitos. A hipótese da pesquisa era de que prevaleceu, ao final dos debates constituintes, a concepção desses direitos como direitos econômicos em detrimento a sua compreensão como direitos fundamentais.

Para se alcançar o objetivo proposto foram pesquisadas nos Diários do Congresso Nacional as propostas e as discussões dos constituintes acerca da regulação dos direitos de propriedade imaterial, interpretando-se essa regulação constitucional.

Para dar continuidade e razão à pesquisa e devido à imensidão de informações contidas nos Diários, optou-se por fazer uma pesquisa através de palavras-chave relacionadas à temática da investigação. Com isso, decidiu-se pesquisar os textos através das seguintes palavras-chave: direito autoral, direito de autor, propriedade intelectual, propriedade imaterial, propriedade industrial, marcas e patentes.

O presente trabalho está assim estruturado: apresentação do histórico da regulação jurídica da propriedade imaterial, seguida de breves apontamentos sobre as diferenças existentes entre o direito autoral e a propriedade industrial. Após essa análise introdutória, segue o resumo da pesquisa feita nos Diários do Congresso Nacional sobre a temática, por fim, algumas conclusões sobre o tema foram apresentadas.

2 - Breve histórico da proteção jurídica da propriedade imaterial

É sabido que os direitos imateriais têm duas bases jurídicas remotas. A União de Paris (1833) e a de Berna (1886). A primeira trata dos direitos sobre a propriedade industrial, a segunda trata dos direitos autorais. As duas Uniões passaram por diversas revisões, a que trata dos direitos da propriedade industrial, foi revista em Roma (1885), em Madri (1891), em Bruxelas (1897), em Washington (1911), em Haia (1925), em Londres (1958) e em Estocolmo (1967). A sobre o direito de autor foi revista em 1896 – Paris, 1908 – Berlim, 1928 – Roma, 1948 – Bruxelas, 1967 – Estocolmo E 1971 – Paris.

A Convenção de Roma (1948), por exemplo, serviu para garantir-se os direitos conexos aos direitos autorais, devido às novas tecnologias, em especial, as telecomunicações. Garante-se a partir de então, por exemplo, direitos aos executantes e interpretes de obras protegidas pelo direito autoral.

A regulação jurídica desses direitos, conforme Afonso (Cf. 2009) surge a partir da evolução das tecnologias. Somente se fala em direito autoral após a invenção da prensa por Gutenberg, fato que facilitou a cópia de trabalhos impressos. Esse expediente era extremamente difícil no período imediatamente anterior. Naquela época histórica, o detentor de uma obra escrita, por exemplo, detinha o direito de propriedade sobre o corpo material, não havendo distinção entre o corpo e o conteúdo da obra. Esse desmembramento é a razão da criação do direito de autoral. Ainda segundo o autor acima mencionado, a primeira edição de lei protetiva ao direito de autor, foi na Inglaterra em 1710, a lei ficou conhecida como a lei da Rainha Ana. Outras leis se seguiram na França e nos Estados Unidos. No Brasil, a primeira lei foi a criadora dos cursos de direito no

Brasil que garantiu aos docentes desses cursos privilégios sobre suas obras pelo prazo de dez anos, trata-se da lei 496/1898, conhecida como lei Medeiros de Albuquerque. Seguiram-se o Código Civil de 1916, a lei 5.988/1973 e a atuais leis 9.609/98 e 9.610/98. Menciona ainda a proteção nos Códigos Criminais do Império, dentre outras.

Nos dias atuais esses direitos passaram a ter uma importância econômica sem precedentes, assumindo os acordos internacionais um papel de extrema importância.

Na década de 90, do século passado, a Organização Mundial do Comércio estabelece uma regulação internacional sobre a propriedade intelectual, conhecida pela sigla inglesa TRIPS (Acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relativos ao comércio) e passa a exercer pressão para que todos os países sigam essa regulação.

Contudo, no plano internacional, existe uma lacuna na regulamentação em declarações de direitos humanos recentes. Os pactos internacionais de direitos humanos de 1966 (sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), por exemplo, não trataram do direito da propriedade privada.

Segundo Comparato (2008, p. 282), seria possível identificar duas explicações para esse fato

De um lado, a resistência dos países do bloco soviético em reconhecer a propriedade como direito humano, em contradição a um princípio fundamental do comunismo. De outro, a verificação de que, ao contrário do que sucedia no século XVIII, a propriedade privada já havia, na segunda metade do século XX, deixado de ser o grande instrumento de segurança econômica dos indivíduos diante do poder estatal absoluto.

Entretanto, a Convenção Americana de Direitos Humanos corrige essa lacuna no artigo 21 prevendo a proteção à propriedade privada, desde que essa atenda a sua função social.

Ainda no artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais há a menção do direito à/de: participação da vida cultural; desfrutar do progresso científico e suas implicações; beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor; difusão da ciência e cultura.

Deste modo, verifica-se que há uma antiga e ampla regulação dos direitos relacionados à propriedade imaterial, sugerindo-se ainda a internacionalização e padronização na sua regulação jurídica.

3 - Apontamentos sobre as diferenças de tratamento jurídico relacionados ao direito de autor e a propriedade industrial

A teoria jurídica em regra procura apresentar diferenças entre os direitos de autor e os direitos relacionados à propriedade industrial. No entanto, nas duas regulamentações o objeto da lei é regular as relações jurídicas resultantes entre o autor e sua obra. Nesse sentido, qualquer criação intelectual, independentemente da sua qualidade intrínseca merece proteção, no entanto, deve-se ter no mínimo originalidade na obra criada.

Diante disso, nem toda a produção intelectual interessa ao direito de autor. Como por exemplo: a criação jurisprudencial e legislativa. Ademais, não é a ideia que se protege, é sim o suporte ou a forma sob a qual está apresentada a ideia. Segundo Bittar (Cf. 1981, p. 41) não há proteção, por parte do direito, da ideia contida na mente do autor, a obra necessariamente deve ser expressa ou estar contida em algum tipo de suporte, tal como o livro, o filme, o CD, a novela, etc... Nesse sentido, o direito autoral não protege as atividades criativas orais, como por exemplo, uma forma específica de se narrar um jogo de futebol, ou alguma forma de se expressar durante a narração de uma partida.

A ideia não necessariamente precisa ser originalíssima, como também não se preocupa o direito em reconhecer o mérito intelectual ou merecimento substancial da obra criada. Segundo Bittar (Cf. 1981, p. 44) não há valoração de cunho subjetivista na concessão da proteção.

Algumas diferenças entre o direito autoral e a propriedade industrial podem ser apontadas. A primeira visa à satisfação de objetivos estéticos, um apreço ao belo, na segunda o escopo é a utilidade material da coisa, objeto do direito industrial.

Nesse sentido o direito autoral protege a paternidade e a integridade da obra criada, enquanto o direito da propriedade industrial visa à proteção do produto criado.

Outra diferença recorrentemente apontada é a questão dos prazos, enquanto os direitos de autor têm prazos longos os dos direitos industriais são mais exíguos. Essa diferença de prazo se justifica pelo interesse coletivo subjacente a criação intelectual ou industrial, essas são mais necessárias que aquelas, por isso, o prazo é mais reduzido.

Ademais, na regulamentação internacional há diferenças de tratamento. Há o sistema individual/subjetivo de linhagem europeia e nitidamente francesa que se volta para o criador. E há o sistema comercial, de linhagem americana e inglesa, cujo objetivo volta-se para a obra em si.

No sistema anglo-norte-americano, do *common law* (copyright), há a confusão entre autor e titular do direito, centra-se no direito de exploração e comercialização. No sistema do direito de autor, ou do *civil law*, não há essa confusão, há a proteção individualista em relação ao autor, esse fato explica por que as legislações adeptas da tradição primeiramente apontada não garantem expressamente os direitos morais ao autor.

Ascensão (Cf. 2008b, p. 28) menciona que a *commow law* preocupa-se com a reprodução, com a cópia, por isso a denominação *copyright*, na terminologia inglesa. Para esse sistema jurídico a cópia tem mais importância que a criatividade, ao passo que na tradição jurídica romanística a proteção dada pela lei refere-se à atividade criativa, dando-lhe dignidade.

Essas diferenças, entretanto, não podem ser consideradas de maneira absoluta tendo em vista a ocorrência de um fenômeno mundial de convergência entre os modelos jurídicos da *common law*, anglo-saxônico, adotado nos EUA, por exemplo, e da *civil law*, romano-germânico (europeu), adotado em nosso país. Alguns trabalhos indicam essa convergência (Cf. CAPPELLETTI, 1993 e VIANNA et al., 1997).

4 - Resumo da pesquisa nos Diários do Congresso Nacional – Assembleia Constituinte

Como mencionado na introdução, optou-se, devido à extensão do material a ser pesquisado², estabelecer um critério de busca nos Diários do Congresso Nacional. Importa mencionar que todos os discursos, debates e falas proferidos em plenário e nas comissões temáticas da Assembleia foram registrados, transcritos e publicados nos Diários.

O critério de busca, conforme mencionado, utilizou as seguintes palavras: direito autoral, direito de autor, propriedade intelectual, propriedade imaterial, propriedade industrial, marcas e patentes. Após pesquisa com essas expressões, chegou-se aos seguintes resultados: em plenário ocorreram apenas duas menções expressas sobre “direito autoral”, duas sobre “propriedade intelectual”, cinco sobre “propriedade industrial”, o mesmo número para “patentes” e “marcas”; nas atas da comissão da ordem econômica o número de menções foi ainda menor, houve apenas uma menção cada para os temas “propriedade industrial”, “patentes” e “marcas”; nas atas da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher o resultado foi duas menções para a temática “direito de autor” e uma menção para os demais itens pesquisados.³

A baixa incidência de argumentos relacionados aos direitos de autor (direito autoral e direito de autor) em detrimento a maior quantidade de aparição de argumentos relacionados aos

² Para se ter uma ideia da dimensão dos dados a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 02 de fevereiro de 1987 e terminou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova constituição. Nesse período (um ano, oito meses e três dias), foram realizadas 341 sessões plenárias. Na comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher foram realizadas 26 reuniões de 07 de abril de 1987 a 23 de maio do mesmo ano. Na comissão da ordem econômica foram realizadas 14 reuniões, no período de 01 de abril de 1987 a 12 de julho de 1987. Para cada sessão há um diário com o registro de todas as falas e proposições.

³ Optou-se por analisar também essas duas comissões pois no texto final da constituição no capítulo referente aos direitos fundamentais e no da ordem econômica, o que corresponde as comissões mencionadas, a temática direitos imateriais aparece, mesmo que indiretamente.

direitos da propriedade industrial (direito industrial, patentes e marcas) pode indicar que o legislador constituinte deu maior atenção a esses direitos do que aqueles.

No que diz respeito aos direitos da propriedade industrial talvez a chave explicativa para a maior menção e atenção dos constituintes a esse assunto se deva ao fato de que esses direitos representam grande potencial e valor econômico.

Para Comparato (Cf. 2008, p. 539) a importância econômica da propriedade industrial fica confirmada tendo em vista que 97% do total de patentes registradas no mundo pertencem a poucos países desenvolvidos e isso explica o impulso dado à regulação jurídica dessa propriedade imaterial.

Também, a baixa incidência de argumentos em geral, dezenove no total do plenário, pode também indicar que os constituintes não deram muita atenção a essa temática.

Esse fato foi corroborado pelo Deputado Constituinte Sr. José Theodoro Mendes (MENDES, 2010). Segundo o parlamentar, na Assembleia Nacional Constituinte, a temática referente à organização do Estado e a dos Poderes concentrou maior atenção dos parlamentares, havendo até mesmo um esvaziamento em relação a outras questões.

O representante do Escritório de Direitos Autorais, Jaury Nepomuceno de Oliveira (OLIVEIRA, 2010) disse, em entrevista, que a atenção dada aos direitos autorais somente tomou relevo com o desenvolvimento de novas tecnologias⁴, em especial, com a tecnologia digital e pela internet, pois até então, cópias ou reprodução de obras autorais eram extremamente difíceis, no entanto, com o desenvolvimento tecnológico, a cópia de direitos autorais se tornou mais fácil, passando a ter preocupação dos autores e legisladores.

Também em entrevista, a representante do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Sonia Maria da Silva (SILVA, 2010) afirmou que em 88 o tema Propriedade Industrial e Intelectual não era um assunto que as pessoas tivessem conhecimento do valor que ele tem hoje, no entanto, a regulação jurídica constitucional não poderia ser tratada de forma tão displicente, sem a participação do povo, dos interessados.

Essas afirmações dos entrevistados podem ser chaves explicativas para a pouca atenção dada ao tema durante o processo constituinte.

Após a localização dos assuntos foram selecionados e lidos os discursos, falas, proposições dos deputados e senadores constituintes, bem como de personalidades da sociedade civil que participaram das audiências.

Não obstante as poucas menções acerca do tema é possível extrair algumas ideias que nortearam a elaboração do texto final.

Logo no mês de março de 87, por exemplo, houve um debate acerca da propriedade de software. Em discurso o constituinte Nivaldo Machado (PFL – PE) aborda a importância da regulação jurídica desse direito apontando “implicações sócio-comportamentais muito mais profundas do que a simples operação eletrônica que este (o computador) é capaz de efetuar” e que “a lei de software necessariamente contrariará interesses de grupos econômicos”. No entanto, tal debate estava restrito a um projeto de lei em trâmite, não estava diretamente relacionado ao processo constituinte.

Essa foi a única menção acerca da propriedade imaterial no primeiro semestre dos trabalhos constituintes. No entanto, no segundo semestre os debates ficaram mais acalorados, em especial, ao se tratar da possibilidade ou não de patentear produtos farmacêuticos.

Observe-se que até a constituinte de 88 não era permitido, no Brasil, patentear produtos farmacêuticos, somente era possível ter o privilégio legal em relação a processos de produção. Essa regra estava em consonância com a Convenção de Berna.⁵ Entretanto, países produtores de remédios como os Estados Unidos e Suíça, por exemplos, tinham legislações protetivas a essas criações. Sem dúvida alguma essa foi a grande questão travada nos debates constituintes acerca da propriedade imaterial.

⁴ O entrevistado mencionou inclusive o desenvolvimento da nanotecnologia como um sendo um marco profundo na regulação do direito de autor, tecnologia essa que facilita a cópia.

⁵ Essa afirmativa é corroborada por Silva (2010), segundo a entrevistada na época do governo Collor o INPI recebeu a incumbência de elaborar um anteprojeto de lei da propriedade industrial e que na legislação anterior não havia proteção para produto químico, produto farmacêutico, por exemplo.

Em agosto de 87 o Constituinte Assis Canuto (PFL – RO) profere discurso no plenário informando que os fármacos representavam, em 1987, 40% das importações no setor de química fina e que a possibilidade ou não de patentear produtos farmacêuticos iria abalar as multinacionais desse setor. Aduziu ser indispensável definir uma política para o setor, priorizando a indústria nacional.

Este pensamento, sem dúvida, norteou os debates constituintes. É sabido que na redação original da constituição o texto estabelecia reserva de mercado para vários setores da atividade econômica.⁶

Em fevereiro de 1988, Deputados Constituintes de vários partidos e de diferentes posições ideológicas apresentam requerimento de fusão de propostas constitucionais aglutinando várias proposições relativas ao tema direito autoral.

Esse requerimento foi assinado por representante do Partido dos Trabalhadores, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro, do Partido Liberal e do Partido Trabalhista Brasileiro.

Com a fusão de emendas o texto constitucional teria a seguinte redação: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. E assegurada a proteção, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas inclusive nas atividades desportivas. Será assegurado aos criadores, intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas o direito de fiscalização sobre o aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem.”⁷

Segundo o Constituinte Artur da Távola (PMDB – RJ), o texto, apresentado em comum acordo entre vários partidos, “é fruto de entendimento produtor de um dos textos mais importantes da atual Assembléia Nacional Constituinte”, tratando-se de um “lúcido acordo [...], dos mais ricos que aqui se produziram”.

Ainda segundo esse Constituinte, é “a primeira vez que no texto constitucional o legislador inclui as atividades científica e de comunicação ao lado das atividades intelectual e artística. O legislador de 1988 garante à expressão a sua lúdima liberdade, razão de ser de tantas lutas da humanidade.”

Ainda em fevereiro de 88, o Constituinte Sérgio Brito (PFL – BA) profere discurso, em plenário, contra as propostas que possibilitariam a patente de fármacos e a favor de uma proposta por ele apresentada que proibiria patentes sobre fármacos e alimentos, conclamando os colegas com as seguintes palavras:

rogamos a V. Ex.as o repúdio a toda e qualquer tentativa de se implantar no Brasil o sistema de patentes nas áreas não abrangidas pela legislação atual, farmacoquímica e alimentícia, dando alento àqueles que tanto lutam e lutaram pela independência tecnológica de nosso País, pois as relações de poder no mundo contemporâneo passam e passarão sempre pelo grau de desenvolvimento de cada nação, que será mais ou menos livre de acordo com a sua evolução. O futuro desta Nação, Sr. Presidente e nobres colegas Constituintes, será o reflexo dos atos que presentemente efetuarmos e se todos estivermos irmanados por um mesmo objetivo de confiança, patriotismo e coragem venceremos as pressões movidas por interesses que, por certo, não são os mesmos do povo brasileiro. Esta é a hora nacional. Com o espírito voltado à grandeza da Pátria. Pedimos aprovação da nossa emenda, que há de representar, no amanhã, o símbolo do desenvolvimento nacional,

⁶ Abordei esse assunto com mais aprofundamento na minha dissertação de mestrado, indicando vários autores que apontavam o texto original como sendo xenófobo.

⁷ Não foi esse, entretanto, o texto final aprovado.

principalmente na área da saúde e da alimentação. Muito obrigado. (Palmas.)”

Muito embora seguido por aplausos, como consta da nota taquigráfica, a proposta do deputado Sérgio Brito foi rejeitada por 356 votos, contra 115 a favor e 14 abstenções.

Uma outra proposta de redação foi apresentada em plenário, desta vez de autoria da Constituinte Cristina Tavares, com co-autoria de Nilton Friedrich, que objetivava a garantia do direito universal de uso, reprodução e imitação das descobertas científicas e tecnológicas referente à vida, à saúde e à alimentação. Essa proposta também foi rejeitada pelo plenário: 236 votos contra, 175 a favor e 14 abstenções.

Começa então a aparecer nos discursos referências a pressões de empresas multinacionais e de países, em especial, dos Estados Unidos, anunciando eventuais retaliações caso o Brasil adote medidas protetivas em relação aos fármacos e outros produtos patenteáveis.

Um deles, proferido pelo Constituinte Eduardo Jorge (PT – SP), ao referir-se sobre a informática aponta ameaças de retaliações em relação a produtos brasileiros nos EUA.

Mansueto de Lavor (PMDB – PE) aponta tentativa de interferência das multinacionais em assuntos internos de regulação jurídica na área de remédios, dizendo repudiar as “alterações advogadas pelas multinacionais no texto constitucional, [...] lembrando que o aprofundamento dos modernos instrumentos de poder e de domínio em nosso País pode fazer a alegria de *Wall Street* ou da *City* londrina, mas seguramente será negativo para a soberania do Brasil, para nossa cultura e para a qualidade de vida de nosso povo.”

A pressão era tamanha que, nos debates, foram mencionadas incursões de matérias em jornais e notas transmitidas pela televisão, todas pagas por grupos multinacionais interessados na regulação jurídica do setor farmacêutico.

O interesse, segundo a Constituinte Abigail Feitosa (PSB – BA), em discurso proferido em julho de 88, existia, pois 85% das receitas obtidas no mercado farmacêutico brasileiro eram dominadas por empresas americanas e europeias.

No mesmo período, Fernando Santana (PCB – BA) informava os colegas deputados constituinte que a pressão americana sobre os constituintes brasileiros era decorrência de uma provocação da *Pharmaceutical Manufacturers Association*, poderosa associação de produtores de medicamentos dos EUA, sobre o governo daquele país, que, objetivando proteger a sua indústria, estava ameaçando de retaliação comercial o Brasil, caso fosse adotada qualquer medida restritiva ao patenteamento de qualquer produto, em especial, dos fármacos.

Nas comissões as menções sobre o tema foram basicamente repetições dos pronunciamentos e alegações proferidas no plenário.

O que chama a atenção é a participação da sociedade civil nos debates durante o processo constituinte. Esta é uma característica da constituição de 1988, por isso, a menção e a definição de ser uma constituição cidadã. Em vários trechos dos debates há a menção a respeito da participação de sindicatos e associações de artistas fazendo proposições acerca da regulação dos direitos autorais. Um exemplo marcante é a participação do escritor José Louzeiro, na comissão dos direitos e garantias individuais, para discorrer e debater sobre a temática dos direitos autorais. Nessa sessão, diversos representantes da sociedade civil participaram, fazendo perguntas e opinando sobre o tema. No discurso, o escritor faz menção ao artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10/12/1948 que dispõe que “todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.”

Também merece atenção um pronunciamento do deputado carioca Artur da Távola que afirma ser o direito autoral “[...] o princípio da garantia da liberdade a mais plena possível para a criação.”

Fica evidente com esse pronunciamento que a respeito do direito autoral o norte dos debates sugeriria uma ampla proteção ao processo criativo da atividade intelectual, artística e científica.

Mais adiante o deputado chega a sugerir também a proteção do direito autoral para as atividades de comunicação. Como é sabido, no final dos trabalhos constituintes, essa regra não foi adotada.

Confirma esse argumento o pronunciamento do deputado peemedebista gaúcho Antonio Britto, a seguir transcrito, que contraditava o deputado do PL paulista Ricardo Izar que propunha o controle das atividades artísticas. Segundo Britto “já tivemos oportunidade de debater intensamente a questão levantada pelo nobre Constituinte Ricardo Izar, quando, em dispositivo anterior, fixamos, por ampla maioria, o princípio geral. Qual o princípio geral que a nova Constituição, a partir do texto oferecido pelo nobre Relator Bernardo Cabral, está procurando estabelecer? É um só: o da ampla liberdade de criação e de expressão do pensamento. Este princípio tem permeado todas as decisões que tomamos até aqui. No entanto, no capítulo oportuno, o das Comunicações, serão discutidas, definidas e votadas as eventuais restrições contra eventuais abusos cometidos na utilização daquela liberdade, que é o princípio geral, através dos meios de comunicação, se for o caso e quando houver discussão. Por isso, na medida em que encaminho contrariamente à emenda do nobre Constituinte Ricardo Izar, quero deixar claro, mais uma vez, que estamos, na verdade, no Capítulo I, fixando os princípios gerais, que não podem, sob pena de macular o texto constitucional, ser outros senão o da ampla liberdade: liberdade de expressão e de pensamento; liberdade de expressão na atividade intelectual, artística e científica; liberdade dos meios de comunicação. Lá adiante, no capítulo “Da Comunicação”, discutiremos uma questão específica, ou seja, como a Constituição pode encontrar formas pelas quais a sociedade trate de defender-se contra eventuais abusos. Até porque, Sr. Presidente, tem sido norma neste País – graças a Deus – que apenas quando se envolvem a utilização e a difusão pelos meios de comunicação de massa é que se estabelece algum mecanismo de defesa da sociedade. O teatro, os espetáculos de diversão pública, todos eles têm recebido, permanentemente, ampla liberdade. E assim entendo que deva continuar.”

Estes, portanto, foram os discursos e debates localizados nos Diários do Congresso Nacional durante a Assembleia Nacional Constituinte. Com a pesquisa, algumas breves conclusões podem ser apontadas, conforme segue abaixo.

5 - Conclusões

A hipótese da pesquisa de que os direitos de propriedade imaterial representam ambivalência de tratamento restou confirmada. Reconhece-se que houve grande preocupação dos constituintes em garantir o acesso à informação e a cultura, direitos fundamentais do cidadão, no entanto, tendo em vista a dimensão econômica que esses direitos representam, pode-se concluir que foi essa a natureza atribuída pelos constituintes a esses direitos.

Esse choque de interesses foi debatido durante todo o processo constituinte, não com a intensidade que se imaginava, pois, conforme ficou relatado, o tema da propriedade imaterial despertou pouco interesse dos constituintes, pois, na época, não se dava tanta importância ao assunto, bem como, foram outros temas que nortearam, com mais vigor, os debates constituintes, como, por exemplo, a definição jurídica da organização do Estado.

No entanto, quando a temática foi debatida ficou comprovado que a regulação jurídica constitucional desses direitos representa a influência exercida pela pressão do poder econômico, evidenciando que tais direitos reproduzem esses valores em detrimento dos direitos fundamentais.

6 - Referencias

AFONSO, Otávio. Direito autoral. Barueri: Manole, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor e a internet. Em particular as recentes orientações da comunidade europeia. In: _____. Direito da sociedade da informação. Coimbra: Coimbra Ed., 2008a.

_____. Direito de autor sem autor e sem obra. In: _____. Direito da sociedade da informação. Coimbra: Coimbra Ed., 2008b.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor na obra publicitária. São Paulo: RT, 1981.

BRASIL. Diários do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: várias datas.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Direito posto e pressuposto. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, José Theodoro. Entrevista concedida, por telefone, a Carlo José Napolitano em 06 de julho de 2010. Bauru, Brasil, 2010.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno. Entrevista concedida a Carlo José Napolitano em 13 de julho de 2010. Rio de Janeiro, Brasil, 2010.

SILVA, Sonia Maria da. Entrevista concedida a Carlo José Napolitano em 15 de julho de 2010. Rio de Janeiro, Brasil.

VIANNA, Luis Werneck; et al. Corpo e alma da magistratura brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

5.3 - A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130

NAPOLITANO, Carlo José. A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, p. 258-268, 2011.

A liberdade de imprensa vista pelo Supremo Tribunal Federal: análise da ADPF n. 130. Carlo José Napolitano

Resumo: O presente trabalho objetiva apresentar e analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, que contestou a recepção da lei 5.250/67 pela Constituição Federal de 1988. Parte-se do pressuposto que os processos decisórios no judiciário diferem dos processos decisórios no âmbito do legislativo e do executivo, entendendo que há, no poder judiciário, um modo peculiar para a tomada de decisões, cercado de segredos, ritos, mistérios, pompa e cerimônia ininteligíveis para leigos. Para cumprir o objetivo proposto, analisar-se-á o relatório e o voto condutor proferido na ação pelo Ministro Carlos Brito. A opção por dar-se especial atenção ao voto favorável à declaração de não recepção da Lei 5.250/97 pela nova ordem jurídica constitucional se justifica, pois representa concordância com a alegação de desrespeito ao texto constitucional, conforme sugerido pelo Partido Democrático Trabalhista. Nesse sentido, analisar-se-ão os argumentos apresentados pelo relator no ato decisório, bem como, apresentar-se-ão algumas possíveis consequências decorrentes da decisão.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; processo decisório; ADPF 130; recepção constitucional; direitos fundamentais.

Sumário: 1 – Introdução; 2 - Método para a análise da ADPF 130; 3 - Análise da ADPF 130; 4 - Considerações sobre o decisório; referências.

Freedom of press view by Brazilian Supreme Court (STF): Analysis the ADPF 130.

Abstract: The present study aims to present and analyze the ruling of the Brazilian Supreme Court in the ADPF 130 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), proposed by Partido Democrático Trabalhista (PDT), which contest the reception of law 5.250/67 by the Federal Constitution of 1988. This work consider that the judicial ruling is different than the ruling in the Legislative and Executive, understanding that there is, in the judiciary, a peculiar way for ruling, surrounded by mysteries, rites, secrets, pomp and circumstances unintelligible to layman. To fulfill the aim proposed, will be analyze the Minister Carlos Brito's report and vote on ADPF 130. The option by giving special attention to the vote in favour of declaration of non-reception of the law 5.250/97 by the new constitutional legal order is justified, because its represents concordance with the allegation of disrespect to the constitutional text, as suggested by the Partido Democrático Trabalhista. In this way, will be analyse the arguments showed by the rapporteur on his ruling, as well, it will be made up some possible consequences of the decision.

Keywords: Brazilian Supreme Court; ruling process; ADPF 130; constitutional reception; fundamental rights.

Summary: 1 – Introduction; 2 - Method for the analysis of the ADPF 130; 3- Analysis of the ADPF 130; 4 – Ruling considerations; references.

1 - Introdução

O presente trabalho parte do pressuposto que os processos decisórios no judiciário diferem dos processos decisórios no âmbito do legislativo e do executivo. Considera-se que há, no poder judiciário, um modo peculiar para a tomada de decisões, sendo essas regras pré-estabelecidas pelas leis processuais. É bom observar, também, que “[...] o processo de decisão judicial é cercado por segredo e mistério [...]. Os procedimentos são ritualizados, acompanhados de pompa e cerimônia, e são conduzidos numa linguagem largamente ininteligível para os leigos.”⁸

Aqui será apresentada somente uma diferença desses processos decisórios, no intuito de clarear ao leitor a análise do julgamento que segue.⁹

Como nota característica do processo decisório judicial, indica-se que há, neste poder, a necessidade dos juízes e tribunais, ao proferirem suas decisões, exporem suas razões de decidir, ou nas palavras da constituição brasileira, o dever de fundamentar as decisões¹⁰. Para Cappelletti, essa técnica pode ser encarada como uma forma de convencimento do público da legitimidade das decisões proferidas pelo judiciário e de assegurar ao cidadão que as decisões jurídicas “[...] não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes”.¹¹

No mesmo sentido, Vieira aponta que

[...] o ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação de o magistrado fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. É esse imperativo – inexistente na esfera do legislativo.¹²

É uma regra de consistência que configura no dever de fundamentação substancial, que deve ser observado especialmente para declarar uma norma inconstitucional¹³, ou seja, incompatível com o ordenamento jurídico. Os juízes, desse modo, devem justificar e fundamentar suas decisões em todas as fases do processo decisório judicial.

Campilongo também aponta uma diferença na fundamentação das decisões judiciais em relação às decisões políticas. Para este autor “[...] o legislador está submetido a critérios de justificação de suas decisões completamente distintos daqueles a que se submete o juiz”¹⁴. A decisão política presta conta de suas opções ao eleitorado, o juiz presta conta de suas decisões pelos parâmetros legais levados ao processo, como as provas acolhidas e os argumentos utilizados na decisão.

Além disso, o juiz deve, em cada fase do processo, fundamentar suas decisões, ao passo que na arena decisória do político, nem sempre há necessidade de fundamentação, o juízo do parlamentar, por exemplo, pode ser arbitrário.

A necessidade da fundamentação da decisão do órgão judicial é muito mais rigorosa do que a fundamentação do órgão administrativo, muito embora se saiba que algumas vezes o judiciário primeiro toma a decisão e depois dá a razão de decidir, ou seja, demonstra os seus fundamentos “[...] dada a variedade das normas e o grande arsenal de técnicas argumentativas que

⁸ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). 2006, p. 18.

⁹ No capítulo quatro do meu trabalho de doutoramento apresentei outras diferenças entre os processos decisórios. NAPOLITANO, Carlo José. A judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: análise de julgamentos relacionados à reforma do Estado nos anos 90. 2008.

¹⁰ O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 98.

¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 216.

¹³ Nesse sentido, ver MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: RT, 2004 e HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1997.

¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 104.

séculos de dialética, jurídica ou não, forjaram, não é difícil motivar decisões, mesmo amplamente diversas sobre o mesmo objeto [...].”¹⁵.

O ex-Ministro do Supremo, Nelson Jobim, fez uma análise das diferenças de fundamentação na arena decisória do político e no âmbito do jurídico que merece ser transcrito:

[...] não se pode pretender [...] que a fundamentação da decisão do parlamento tenha a mesma contextura, a mesma forma ou a mesma densidade das decisões do Poder Judiciário. [...] o procedimento pelo qual agem os parlamentares é absolutamente distinto do procedimento judicial. [...] A fundamentação da decisão política se encontra em qualquer peça ou momento do procedimento. Pode se encontrar no próprio projeto, no requerimento, na indicação, no parecer e na emenda - que são os tipos de proposições parlamentares -. Pode decorrer do debate quando da votação da matéria. O certo é que as decisões parlamentares não estão sujeitas às regras que disciplinam as decisões judiciais que impõem relatório, fundamentos e dispositivo (CPC, art. 458). O procedimento parlamentar é outro. O procedimento de tomada de decisões é outro. Logo, não se lhe aplica as regras de processo judicial, que é diverso. [...] Para as decisões judiciais, a lei impõe uma topologia própria e específica para os seus fundamentos. Não é o caso das decisões parlamentares. A localização dos fundamentos pode e é difuso. Os fundamentos podem se encontrar em diversos *locus* do processo decisório [...].¹⁶

No mesmo sentido, Carvalho¹⁷ indica que o judiciário precisa justificar por escrito as suas decisões. Já os poderes políticos podem fazer escolhas sem explicações formais, podem apoiar-se em interesses e ideologias, ao passo que o judiciário só pode fundamentar suas decisões tendo em vista a base legal.

No processo decisório político, portanto, não há a necessidade de fundamentação rigorosa. Já no processo decisório judicial é caracterizado por ser amplamente fundamentado.

Contudo, é sempre bom ressaltar que essas diferenças não podem ser levadas ao absoluto, pois o poder judiciário também faz parte dos poderes políticos da república e não há decisões apolíticas dentro do aparato estatal. As diferenças são relacionadas aos procedimentos para a tomada de decisões.

Tendo em vista esse raciocínio, não se desconhece para fins desse trabalho a função política do judiciário e mais ainda do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da justiça brasileira, que ao lado do Congresso Nacional e da Presidência da República formam os três poderes políticos do país. Como menciona Lima¹⁸, não há poder apolítico dentro do aparelho estatal. Também, segundo esse autor, pelo fato de o judiciário tomar decisões e ser responsável pelo desempenho da jurisdição, não se pode falar em manifestações apolíticas desse poder. Entretanto, o que não se admite nas decisões judiciais são as decisões discricionárias ou

¹⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Brasília: Ed. UnB/Linha Gráfica, 1991. 2v. p. 1161. No mesmo sentido Luís Roberto Barroso reproduz um trecho do voto do Min. Marco Aurélio, do STF nos seguintes termos: “[...] ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanista. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formaliza-la [...]”. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 258. Essa fala do Ministro retrata bem o que foi exposto, ou seja, o judiciário primeiro decide, para depois fundamentar suas decisões.

¹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23575, 21 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2006.

¹⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Abstrata da Legislação e a Judicialização da Política no Brasil. 2005. 157 fls. Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

¹⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

meramente políticas. Tais decisões seriam aquelas que seguiriam os critérios de oportunidade e conveniência da autoridade política para a sua adoção.

No entanto, há autores, como Shapiro e Sweet¹⁹ que repudiam a ortodoxa distinção entre lei e política, entre o legislador e o juiz e entre as maneiras legais de decidir e outras formas de tomadas de decisão, como as políticas. Contudo, esses autores mencionam que nas modernas democracias a legitimidade dos poderes políticos é conquistada pelas eleições livres e pela responsabilização dos governantes, ao passo que para o judiciário a legitimidade é assentada na sua pretensa independência e neutralidade e pelo fato dos juízes não serem atores políticos. A atuação política do judiciário muitas vezes é camuflada pelo discurso legal e pela técnica da interpretação/argumentação. Os juízes sempre alegam que estão decidindo de acordo com a lei e amparados estritamente na lei, porém, a interpretação envolve escolhas e opções, sendo que escolhas e opções são decisões políticas.

Essa técnica argumentativa, segundo Habermas²⁰, está prevista no ordenamento jurídico para que “[...] os juristas possam entregar-se à ilusão de que não estão decidindo a seu bel-prazer.”.

Do que foi exposto, entende-se que o judiciário deve sim ser compreendido como um poder independente, contudo, não neutro, pois tem preferências e essas preferências algumas vezes se tornam claras e evidentes. Entretanto, não estão à disposição do processo decisório judicial outros critérios ou formas de decidir, senão aqueles pré-estabelecidos pela legislação vigente, em especial, a obrigatoriedade de fundamentar a decisão.

Esses apontamentos sobre essa diferença nos processos decisórios darão subsídios para a análise, a seguir da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 130²¹.

2 - Método para a análise da ADPF 130.²²

Para a análise da ADPF n. 130 foram lidos os argumentos utilizados pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres de Britto designado por sorteio para ser o relator do processo.

Ao decidir essa ação, apresentando relatório e voto, o Ministro relator foi seguido por sete dos onze colegas da corte, três deles discordaram de pontos específicos do voto proferido pelo relator e apenas um apresentou voto discordante na totalidade. Diante disso, é possível considerar que o STF decidiu em conformidade com os argumentos do relator e por maioria de votos a procedência da ação e consequente não recepção da lei 5.250/67 pela atual normatividade constitucional.

Para cumprir o objetivo do presente trabalho foram minuciosamente lidos o relatório, o voto e o acórdão proferidos pelo Supremo nesta ação.

Para a análise do julgado considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional; a época em que foi questionada a constitucionalidade da lei e quando a ação foi julgada, no intuito de analisar o lapso temporal entre a entrada em vigor da lei, o seu questionamento junto ao Supremo e a efetiva decisão proferida por esse órgão; decisão consensual ou não, ou em termos jurídicos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos.

¹⁹ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. On law, politics, and judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v. p. 225.

²¹ Segundo estudos da UNESCO alguns indicadores de um sistema regulatório favorável a liberdade de expressão, ao pluralismo e à diversidade na mídia passam, necessariamente, pelo levantamento e estudo da legislação nacional referente à liberdade de expressão e pode ser verificada através da análise de casos judiciais relacionados à temática. Nesse sentido, o presente trabalho está em consonância com esses indicativos da UNESCO. Ver: UNESCO. Indicadores de desenvolvimento da mídia: marco para a avaliação o desenvolvimento dos meios de comunicação. Brasília: UNESCO, 2010

²² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 01 de abril de 2009.

Deu-se especial atenção ao voto favorável à declaração de não recepção da lei 5.250/67, pois esses representam concordância com a alegação de desrespeito ao texto constitucional.

Na análise da ação, os argumentos do Ministro relator foram reproduzidos em trechos e na íntegra. Ao final da apresentação dos argumentos do Ministro, foram traçadas breves considerações sobre o julgado.

3 - Análise da ADPF 130

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em 19 de fevereiro de 2008.

O PDT questionou nessa ação a constitucionalidade da lei federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre liberdade de manifestação do pensamento e de informações.

O partido contestou, na arguição, inúmeros artigos da referida lei, alegando que os mesmos não foram recepcionados pela nova ordem constitucional instalada em 05 de outubro de 1988, em especial pelos artigos 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV e 220 a 223, fez alegação pontual de incompatibilidade para cada artigo da lei. Fez também pedido alternativo requerendo a declaração da incompatibilidade total da lei com a atual constituição. O cerne da discussão, portanto, estava relacionado à recepção ou não da lei de imprensa pela nova ordem constitucional.

O processamento da ação deve os seguintes acontecimentos processuais: a ação foi ajuizada em 19/02/2008, sendo distribuída, na mesma data, ao Ministro Carlos Ayres de Britto para relatoria.

Em 21/02/2008 foi concedida liminar, confirmada por maioria pelo plenário seis dias depois. Em 01/04/2009 foi apresentado o relatório e iniciado o julgamento, votando o relator pela procedência do pedido, acatando os argumentos do partido político. Nesta data, o Ministro Eros Grau antecipou seu voto, seguindo o relator. O julgamento foi interrompido, retornando à pauta em 30 de abril quando foi encerrado.

O Ministro relator Carlos Britto após apresentar o seu relatório, proferiu um extenso voto, por escrito, no sentido de admitir a alegada inconstitucionalidade, apresentando em resumo os seguintes argumentos:

Inicia o seu voto abordando questões conceituais sobre a imprensa e tecendo comentários sobre a importância de uma imprensa livre. Objetivamente, para o Ministro, imprensa é uma atividade, “uma diferenciada forma do agir e do fazer humano” ... “a mais rematada expressão do jornalismo”. Subjetivamente constitui a imprensa em um “conjunto de órgãos, veículos, ‘empresas’, ‘meios’ ... juridicamente personalizados”. Essa atividade pode ser executada através da mídia impressa, televisiva, radiofônica, etc... e segundo o Ministro relator essas atividades e os órgãos que exercem essas atividades foram previstos no texto constitucional no capítulo da Comunicação Social. Excluído desse conceito a internet, por falta de previsão no texto.

A imprensa mantém com a democracia uma relação mútua de dependência e retroalimentação.

A constituição federal de 1988 garante direitos relacionados à atividade da imprensa no artigo 5º e nos artigos 220 e 223. Para o Ministro os direitos previstos no artigo 5º configuram uma espécie de sobredireitos, sendo somente possível cobrar-se (definir) situações jurídicas decorrentes desses sobredireitos *a posteriori*. Nesse sentido diz o Ministro

“... para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico.”

Desta forma, somente se garante esses direitos em sua plenitude, “... colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros”. Completa o Ministro dizendo que em matéria constitucional “... quem quer que seja pode dizer o que quer que seja...” sem restrições *a priori*.

Diz o Ministro que a liberdade de imprensa constitui-se em um núcleo duro, do texto constitucional, não sendo permitido ao Estado legislar de antemão sobre tais direitos, muito menos no intuito de restringi-lo. Para Britto há uma proibição ao poder legislativo, não podendo a lei e a emenda à constituição interferir no exercício desse direito. Vai além, diz que a interação entre a sociedade civil e a imprensa não pode ser mediada pelo Estado.

Ainda segundo o Ministro Britto o texto constitucional garante aos direitos relacionados à liberdade de expressão uma “hierarquia axiológica”, uma “primazia político-filosófica”. Diante disso, para Britto não pode a lei “dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão [...]”, “[...] pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto.” Esses direitos são segundo o Ministro relator “normas irregulamentáveis”.

Outro argumento utilizado pelo relator para embasar o seu voto é o fato de que “A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como ‘anos de chumbo’ ou ‘regime de exceção’. Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988.”

Feito isso, o Ministro passa a analisar topicamente alguns dispositivos da Lei de Imprensa e justifica o porquê da não recepção dos mesmos. No entanto, ao final de seu voto, decide por acatar o pedido alternativo formulado pelo PDT e declara não recepcionada a lei em sua integralidade. O voto do Ministro relator foi acompanhado, na íntegra, pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, e Menezes Direito, e, parcialmente, pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que presidia o julgamento. O Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência total do pedido.²³

4 - Considerações sobre o decisório

Observe-se, em primeiro lugar, que a lei de imprensa permaneceu em vigor desde 05 de outubro de 1988, quando da promulgação do novo texto constitucional, e somente foi declarada, pelo STF, não recepcionada pela nova ordem constitucional em 30 de abril de 2009. Com isso, conclui-se que a lei de imprensa, mesmo sendo incompatível com o texto de 1988, foi aplicada a casos concretos por mais de vinte anos. Pela teoria da não recepção, as leis são ou não recepcionadas pelo texto constitucional desde o advento da nova ordem. O simples fato da não recepção ter sido declarada somente vinte anos após a promulgação do novo texto gerará injustiças, pois haverá, certamente, decisões conflitantes para casos idênticos.

Por hipótese, verifica-se também que, com a decisão, o Supremo inovou o ordenamento jurídico com algumas teses:

1 – a decisão sugere a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de sobredireitos. Pela decisão, a liberdade de expressão configura um direito fundamental que deve prevalecer sobre os demais. Essa tese contraria a teoria dos direitos fundamentais, em especial, o princípio da concordância prática ou harmonização. Esse princípio indica que, na aplicação do direito, devem ser utilizados critérios de proporcionalidade, buscando-se o máximo da aplicação do direito fundamental, com um mínimo de prejuízo dos demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto. Com a decisão, o STF criou um caso de cessão de direitos em prol da liberdade de imprensa, o que afronta esse princípio mencionado.²⁴

²³ As decisões no controle de constitucionalidade são tomadas pela maioria absoluta da casa. É necessário que pelo menos seis Ministros concordem com a alegação de inconstitucionalidade. As decisões nessas ações, portanto, são deliberações colegiadas, podendo delas participar todos os Ministros que compõem o Tribunal. No controle de constitucionalidade, contudo o quórum exigido para início dos trabalhos é de no mínimo oito, exige-se maioria qualificada para início das discussões pela própria natureza do processo em questão.

²⁴ Para aprofundamento da temática ver, dentre outros: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999 e ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 7, n. 29, out/dez de 1999, pg. 55/65.

Ademais, com essa interpretação o STF contraria a intenção do legislador constituinte. Em análise dos debates constituintes²⁵ encontrou-se um discurso proferido pelo deputado peemedebista gaúcho Antonio Britto que menciona a intenção da Assembleia Nacional Constituinte em relação à regulação da liberdade de expressão. Segundo o parlamentar, o artigo 5º trata de princípios gerais que devem nortear todo o arcabouço legal constitucional, garantindo-se a mais ampla liberdade possível.

No entanto, afirma o constituinte que no capítulo “das Comunicações, serão discutidas, definidas e votadas as eventuais restrições contra eventuais abusos cometidos na utilização daquela liberdade [...]”. Prossegue o parlamentar afirmando que o artigo 5º trata dos direitos fundamentais “fixando os princípios gerais, que não podem, sob pena de macular o texto constitucional, ser outros senão o da ampla liberdade: liberdade de expressão e de pensamento; liberdade de expressão na atividade intelectual, artística e científica; liberdade dos meios de comunicação.” No entanto, quando aborda a questão da Comunicação Social o deputado constituinte afirma que “a Constituição pode encontrar formas pelas quais a sociedade trate de defender-se contra eventuais abusos. Até porque [...] apenas quando se envolvem a utilização e a difusão pelos meios de comunicação de massa é que se estabelece algum mecanismo de defesa da sociedade.”²⁶

Deste modo, verifica-se que o constituinte almejou restringir a liberdade de expressão dos meios de comunicação, diferentemente do entendimento do STF no caso em tela. Diante disso, pode-se afirmar que o Supremo desconsiderou a vontade do poder constituinte originário.

2 – pode-se apontar ainda que com a decisão ao definir que a liberdade de imprensa constitui-se em um núcleo duro do texto constitucional e afirmando que o legislador ordinário está impedido de regular a imprensa, o STF inovou o sistema jurídico criando uma nova espécie de cláusula pétrea, além das previstas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal, extrapolando suas funções constitucionais.

3 – o STF firmou também a tese de que normas jurídicas produzidas em períodos autoritários anteriores à constituição não devem ser recepcionados pela constituição de 1988. Esse argumento é muito fraco pois, se fosse seguido à risca, grande parte da legislação infraconstitucional deveria ser declarada incompatível com o atual ordenamento constitucional. Como exemplo, podem ser citadas a Consolidação das Leis Trabalhistas e o Código Penal que foram produzidos no período autoritário varguista.

Além dessas teses, com a decisão criou-se uma inaceitável lacuna jurídica, em especial, na falta de previsão legal relacionada ao direito de resposta, antes regulamentado pela lei declarada não recepcionada pelo texto de 88.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UnB/Linha Gráfica, 1991. 2v.

BRASIL. Diários do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: várias datas.

²⁵ O referido discurso foi localizado em decorrência da pesquisa “A regulação da propriedade imaterial na constituinte de 87/88: direito à comunicação, direitos fundamentais e econômicos”, coordenado pelo autor e que conta com a colaboração das bolsistas de apoio técnico do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) Mirela Dias de Aguiar Peloso e de iniciação científica Gabriela Garcia Brandão, do programa “Primeiros Projetos”, da Pro-Reitoria de Pesquisa da Unesp. Também contou com financiamento da Fundunesp e da Pro-Reitoria de Pesquisa da Unesp.

²⁶ BRASIL. Diários do Congresso Nacional. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp>>. Acesso em: várias datas.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: várias datas.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23575, 21 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 de setembro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, 01 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: várias datas.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Porto Alegre: SAFE, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Revisão Abstrata da Legislação e a Judicialização da Política no Brasil. 2005. 157 fls. Doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

MORO, Sérgio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: RT, 2004.

NAPOLITANO, Carlo José. A judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: análise de julgamentos relacionados à reforma do Estado nos anos 90. Doutorado em Sociologia. Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2008.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justiça, profissionalismo e política: O Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil (1988-2003). 2006. 249 fls. Doutorado em Ciências Sociais – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 7, n. 29, out/dez de 1999, pg. 55/65.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. On law, politics, and judicialization. Oxford: Oxford University Press, 2002.

UNESCO. Indicadores de desenvolvimento da mídia: marco para a avaliação o desenvolvimento dos meios de comunicação. Brasília: UNESCO, 2010. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102por.pdf>>

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

5.4 - A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação e suas normas

NAPOLITANO, Carlo José. A regulação constitucional da comunicação social e a efetivação e suas normas. *Alceu* (PUCRJ), v. 12, p. 204-2015, 2012.

A REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL E A EFETIVAÇÃO DE SUAS NORMAS²⁷

Carlo José Napolitano²⁸

Resumo

A comunicação social recebeu da constituição federal, de 05 de outubro de 1988, um extenso rol normativo, no entanto, apesar da exigência constitucional, até os dias de hoje, mais de vinte anos após a promulgação do seu texto, o Congresso Nacional ainda não regulamentou todas as regras constitucionais para o setor. Ademais, algumas regras relacionadas à comunicação social que foram produzidas antes e depois de outubro de 88 foram expurgadas do sistema jurídico brasileiro, via decisões do Supremo Tribunal Federal. O presente texto é parte integrante de pesquisa²⁹ em andamento e visa apresentar a regulação constitucional acerca da comunicação social e a efetivação/concretização dessas normas via decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: regulação; constituição; comunicação social.

Abstract

The media received from Brazilian Constitution an extensive regulatory role, however, despite the constitutional requirement, until these days, over twenty years after its promulgation, the Brazilian Congress hasn't regulated all constitutional rules for the sector. In addition, some rules related to the media that were produced before and after the Constitution were expurgated by Brazilian Supreme Court decisions. This text is part of ongoing research that aims to present the constitutional regulation of the media and the development/implementation of these legal standards through decisions of the Supreme Court.

Keywords: regulation; constitution; social communication.

Introdução

O texto constitucional, elaborado durante o processo constituinte de 87/88, prevê inúmeras regras protetivas ao direito à comunicação. Como exemplos podem ser citados o artigo

²⁷ Uma versão preliminar deste texto foi apresentada no GP Políticas e Estratégias de Comunicação do XI Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

²⁸ Professor de Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Câmpus da Unesp - Bauru/SP. carlonapolitano@faac.unesp.br

²⁹ A pesquisa com o título “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal” conta com auxílio financeiro da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), processo n. 2011/00745-0 e com a participação da discente do curso de jornalismo da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da Unesp/Bauru Isadora de Moura Souza, Bolsista de Treinamento Técnico – Fapesp.

5º, em especial, os incisos IV, V, IX, XIII, XIV, XXVII, XXIX, o artigo 21, XII e os artigos 220 a 224, que direta ou indiretamente tratam de assuntos relacionados à comunicação social.

De acordo com Jambeiro (1999, p. 133/134), em trabalho que analisa a regulação da comunicação social nas constituições brasileiras do século XX, a constituição de 1988, se comparada às anteriores, no que se refere à comunicação social, “apresenta alterações substanciais relativas a este setor econômico-cultural”, no entanto, “expressam mais fortemente o pensamento conservador” do que propriamente vitórias sociais democratas³⁰.

Vicente (1999, p. 156), em texto que põe em xeque a regulação pós constitucional da comunicação social, tem a mesma compreensão sobre a constituição de 88, pois

houve um cuidado especial em formular com nitidez direitos e garantias para a liberdade de expressão e informação. Em tese, esse princípio norteador significou um avanço substancial se comparado com a censura e falta de garantias de informação ocasionadas pelos Atos Institucionais adotados no regime autoritário.

Vicente (1999, p. 156/157) conclui que “resulta difícil não aceitar e perceber os avanços provenientes da Constituição de 1988 na área da Comunicação”.

Importa observar que a regulação jurídica desses direitos garante o acesso à cultura, à educação e à informação, direitos fundamentais do cidadão, consubstanciando-se, desta forma, em um bem público, conforme preceituado pela UNESCO (MENDEL, 2009). No entanto, também configuram normativas de grande conotação econômica, em especial, nesse período de terceira revolução industrial (FARIA, 1993 e 1996 e GRAU, 2003), conhecido por sociedade da informação.

Na sociedade contemporânea, segundo Grau (2003, p. 114)

A informação assume a feição de mercadoria econômica – e política – de modo bem peculiar. O fato de as informações estarem acessíveis, ao imediato alcance de todos, não significa tenham elas deixado de consubstanciar um instrumento de poder.

Segundo o mesmo autor citado vivemos nitidamente “em um momento de transformação do modo de produção capitalista, transformação que decorre, fundamentalmente, da revolução da informática”. (GRAU, 1991, p. 52)

Ainda na mesma linha de raciocínio Gonçalves (2003, p. 7) aponta que

uma das características marcantes da sociedade contemporânea é a penetração das novas tecnologias da informação e da comunicação na vida econômica, social e política. Para além dos seus impactos na economia, estas tecnologias vêm afectando profundamente os modos de organização das relações sociais e as condições da realização de valores básicos das sociedades modernas, como a liberdade e a democracia. No centro desta transformação está a afirmação da informação como principal fonte de riqueza ou recurso estratégico na ‘sociedade pós-industrial’ ou ‘sociedade da informação’.

³⁰ Couto (1998), ao analisar o processo constituinte, informa que durante os trabalhos não houve na Assembleia Nacional Constituinte uma coalizão parlamentar que pudesse impor suas ideias, havendo um processo de barganhas para a aprovação de alguns temas constitucionais.

A economia atual, pós-industrial ou também conhecida como sociedade da informação, reconhece como bem econômico os bens imateriais, e na economia de mercado, a informação pode ser objeto de transações econômicas e é “entendida como recurso econômico estratégico” (GONÇALVES, 2003, p. 19). Nesse sentido, a informação e a comunicação são bens que o direito quer e deve regular.

A compreensão dos direitos relacionados à comunicação social, simultaneamente, como mercadoria e como direitos fundamentais geram conflitos de interesses, o que, por hipótese, acarreta repercussões na sua regulação jurídica.

O presente trabalho visa apresentar a regulação jurídica constitucional e infraconstitucional do direito à comunicação, em uma perspectiva histórica dogmática e analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização / efetivação desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa em andamento da qual extraiu-se esse trabalho, parte do pressuposto que a intenção constituinte foi a de impor restrições a alguns direitos relacionados ao direito à comunicação, em especial, aqueles relacionados à comunicação social, no entanto, o Estado brasileiro, através do executivo, legislativo e judiciário, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer restrição, por hipótese, prevista na constituição.

Conceito e importância da regulação jurídica no mundo contemporâneo

O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas.

São, portanto, medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam controlar e ou influenciar os comportamentos “dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos. (CARVALHO, 2002).

Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7), e esta ação, na contemporaneidade, está a cargo dos Estados que tem a função de compor os interesses individuais e sociais (GONÇALVES, 2003, p. 24).

Para Grau (1991, p. 49/50) a regulação das atividades, em especial, das econômicas tem por finalidade preservar os mercados, o qual “não seria possível sem uma legislação que o protegesse e uma racional intervenção, que assegurasse a sua existência”, pois deixar o capitalismo a própria sorte do mercado é inviável.

Ademais, a revolução tecnológica na qual está inserida a comunicação social, resultou na exigência por parte das empresas atuantes no setor de um quadro legal claro e estável dessas relações jurídicas empresariais. (GONÇALVES, 2003)

No constitucionalismo português, por exemplo, adepto à tradição jurídica romano-germânica e fonte inspiradora da nossa carta constitucional, há extensa regulação da comunicação social, com

abundantes disposições tendentes a garantir o seu exercício a promover o pluralismo e rigor da informação, a assegurar a transparência das empresas de comunicação social, a contrariar tendências para uma excessiva concentração e a prevenir e sancionar abusos. Além disso, há disposições dispersas por vários diplomas que disciplinam diversos aspectos do regime dos meios de comunicação social. (CORREIA, 2005, p. 153).

A constituição brasileira de 1988, como será apresentado a seguir, previu uma rigorosa regulação constitucional e infraconstitucional da comunicação social e neste aspecto, manteve-se atrelado à tradição acima apontada.

Regulação Constitucional e Legal da Comunicação Social

No que diz respeito especificamente à comunicação social a constituição de 05 de outubro de 1988 foi generosa na sua regulação. Em vários pontos do texto constitucional a temática da comunicação social, direta ou indiretamente, aparece.

No título II da constituição federal, no artigo 5º, estão elencados os direitos fundamentais, ou em outras palavras, o rol dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro.

São inúmeros os direitos e as garantias que podem estar relacionadas à comunicação social. Neste artigo estão previstos os direitos relacionados à liberdade de expressão, de informação, de opinião, de criação artística, a preservação do sigilo da fonte, a liberdade de trabalho, dentre outros.

O artigo 5º caracteriza-se por ser instrumento de previsão de direitos e de garantias cujo principal destinatário é o ser humano, a pessoa física, portanto, os assuntos tratados neste artigo têm nítido viés individual.

Um pouco mais adiante, no título III quando a constituição trata da organização do Estado e das atribuições das várias esferas do governo (federal, estadual, municipal), dispõe o artigo 21, que é de competência da União, ou seja, do governo federal, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Está aqui a regra constitucional que determina a necessidade das concessões pública para a operação de rádios e tevês. Diferentemente do ocorre para as mídias impressas para as quais a atividade econômica é livre.

Mais além, no título VIII quando a constituição trata da ordem social, ao lado da seguridade social, previdência, saúde, educação, cultura, há um capítulo específico sobre a comunicação social.

Trata-se do capítulo V, nos artigos 220 a 224. Nesse aspecto, os direitos aqui relacionados estão direcionados aos meios de comunicação, às atividades empresariais, trata-se, portanto, de direitos coletivos, diversamente dos individuais previstos no artigo 5º.

Essa é a panorâmica da regulação jurídica constitucional, nos artigos 5º, 21 e 220 a 224.

No entanto, observe-se que a constituição é um documento jurídico sintético que prevê apenas diretrizes e regras gerais. Ao passo que a regulação específica de determinados temas constitucionalmente previstos, fica a cargo da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a constituição prevê a exigência de leis que devem regulamentar determinados assuntos.

Como exemplo dessa exigência de regulação infraconstitucional verifica-se nos artigos 220 a 224 a previsão de elaboração de sete leis regulamentadoras da constituição. Exige a constituição leis federais para: 1 - regular as diversões e espetáculos públicos, com informações sobre a natureza dos espetáculos, as faixas etárias a que não se recomendem, os locais e os horários que sua apresentação se mostre inadequada; 2 - estabelecer mecanismos que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; 3 - regular a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias; 4 - definição de percentual quanto à regionalização da produção cultural, artística e jornalística; 5 - regular os meios de comunicação social eletrônica; 6 - disciplinar a participação de capital estrangeiro na propriedade de empresas jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; 7 - criação do conselho de comunicação social, órgão auxiliar do congresso nacional³¹.

Das sete exigências constitucionais de leis regulamentadoras do capítulo da comunicação social apenas três foram editadas: a lei 9.294/96, que regula o artigo 220, § 4º, a lei 10.610/2002,

³¹ Jambeiro (1999, p. 134) menciona que a criação do conselho foi uma falsa vitória dos setores progressistas da Assembleia Nacional Constituinte pois trata-se de letra morta, pois somente foi regulamentado em 2002, catorze anos após a promulgação do texto constitucional, sendo desativado logo em seguida. Alguns setores da sociedade civil, em especial, aqueles ligados às políticas de comunicação comemoraram a criação do conselho estadual de comunicação social na Bahia, no início de 2012, no entanto, aparentemente a criação de conselhos estaduais está eivada de inconstitucionalidade pois expressamente dispõe a constituição federal que a competência legislativa sobre a radiodifusão é privativa da União.

que trata da participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação e a lei 8.389/91, que criou o Conselho de Comunicação Social.

No entanto, mesmo com o advento de uma nova ordem constitucional, isso não quer dizer que toda a produção legislativa anterior deva ser desconsiderada.

Nesse sentido a própria teoria do direito constitucional reconhece o princípio da recepção³² ou da novação do direito antigo, produzido sob a vigência de outra ordem constitucional. Isso significa que leis produzidas anteriormente à entrada em vigor da nova constituição podem ser utilizadas mesmo com a criação de uma nova ordem jurídica.

Com a regra da recepção, leis relacionadas à comunicação social e que foram produzidas em período anterior a atual constituição, passaram a ser aplicadas, no todo ou em parte, após 05 de outubro de 1988.

Podem ser citadas três em especial, a Lei de imprensa (lei 5.250/67), o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei 4.117/62) e o Decreto-lei 972/69, que dispunha sobre a obrigatoriedade do diploma de jornalismo para o exercício profissional.

O Código Brasileiro de Telecomunicações, em 1997, com o advento da lei 9.472, que regulamentou o serviço de telefonia e criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) foi parcialmente revogado, deixando de ser aplicado na sua íntegra. A edição desta lei foi consequência das diversas alterações constitucionais efetivadas no primeiro ano do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, alterações que prepararam legalmente o processo de privatizações que viria³³.

Observe-se que até 1995 o serviço de radiodifusão de sons e imagens e os serviços de telecomunicação tinham tratamento legal similar, tanto no texto constitucional quanto no Código Brasileiro de Telecomunicações. A partir daquele ano, a telecomunicação, entendendo aí o setor de telefonia, passou a ter uma regulamentação jurídica distinta da comunicação social, sendo permitido, desde então, a privatização e a participação do capital estrangeiro nesse setor, antes proibido.³⁴

Com essa nova regulação, o Código Brasileiro de Telecomunicação, de 1997 para cá, apenas tem validade parcial, somente no que diz respeito à radiodifusão sonora e de sons e imagens.

De acordo com Sundefeld (2004), a regulação jurídica do setor ainda mantém falhas importantes. Dentre elas a existência da dicotomia já apontada, fato que gera uma pluralidade de leis e atores na regulação, como exemplo menciona que o “Ministério das Comunicações mantém seus poderes sobre o setor, cabendo à ANATEL apenas a administração do espectro de radiofrequência e a fiscalização técnica das estações” (SUNDEFELD, 2004, p. 115/116).

³² A teoria do direito constitucional reconhece o princípio da recepção ou da novação do direito antigo, produzido sob a vigência de outra ordem constitucional. Isso significa que leis produzidas anteriormente à entrada em vigor da nova constituição podem ser utilizadas mesmo com a criação de uma nova ordem jurídica se com elas forem compatíveis, caso contrário, devem ser expurgadas do sistema normativo. Para maiores informações sobre o conceito de recepção ver Barroso (1998).

³³ Essas alterações constitucionais tiveram seu ápice no primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995/1998), especificamente no primeiro ano do seu primeiro mandato, em 1995, quando cinco Emendas Constitucionais foram aprovadas e alteraram a ordem econômica. Nesse ano, foram aprovadas as Emendas Constitucionais n. 05, 06, 07 e 08, todas de 15.08.1995, que dispunham, respectivamente, sobre a quebra do monopólio do gás canalizado, a abertura do mercado mineral e de aproveitamento de potencial de energia elétrica e retirada dos conceitos de empresa nacional e empresa nacional de capital nacional, do texto constitucional, abertura do mercado de transportes e, por fim, a abertura de mercado no setor de telefonia. A Emenda n. 09 foi aprovada em 09 de novembro de 1995, abrindo o mercado de petróleo à iniciativa privada. Uma outra merece destaque e relaciona-se especificamente a este trabalho, trata-se da Emenda n. 36, de 28.05.02, que permitiu a participação de capital estrangeiro em empresas jornalísticas e de radiodifusão. (NAPOLITANO, p. 197/198, 2003).

³⁴ De acordo com Jambeiro (1999, p. 141) a constituição de 1967 unificou diversos serviços que estavam discriminados na constituição de 1946, os serviços de radiodifusão, telegrafia, radiocomunicação e telefonia “desapareceram, para dar lugar ao termo genérico Serviços de Telecomunicações, emprestado do Código Nacional das Telecomunicações que o Congresso aprovava em 1962.” Essa unificação foi desfeita com a Emenda Constitucional n. 08 que separou constitucionalmente os serviços de radiodifusão e telefonia.

Aponta ainda o autor mencionado, a dificuldade de regulação tendo em vista a convergência dos serviços, sendo que a existência de diversas regulações pode gerar problemas jurídicos sérios (SUNDEFELD, 2004).

Na mesma linha de raciocínio, Sankiewicz (2011, p. 124) aponta que o modelo jurídico brasileiro inicialmente pensado, tendo em vista a escassez do espectro eletromagnético, encontra atualmente

dificuldades para se adaptar a um mundo onde a TV a cabo, digital, por satélite, e a Internet possibilitam o aumento exponencial das possibilidades comunicativas. Hoje, a tecnologia digital possibilita a conversão de textos, sons e imagens em dígitos binários, propiciando a erosão, senão mesmo o colapso das antigas fronteiras tecnológicas e regulamentares antes existentes. As diferentes plataformas que antes eram necessárias para as várias transmissões analógicas – telefonia para voz, radiodifusão para sons e imagens, telégrafos para textos etc. – podem potencialmente ser convertidas para o mesmo código e, portanto, ser substituídas por redes digitais integradas de usos múltiplos.

Para Sankiewicz (2011, p. 167) a existência dessa dualidade de regulação para o setor afronta o princípio jurídico da isonomia e por isso

não haveria mais suporte para exigir da radiodifusão uma determinada disciplina jurídica, enquanto o concorrente que produz o mesmo tipo de produto estaria sujeito a regras bem mais flexíveis apenas por usar outra plataforma tecnológica.

Essas dificuldades apontadas por Sundfeld e Sankiewicz foram mantida pela lei 11.485/11 que regula os serviços de televisão por assinatura, havendo a urgência de nova regulação para o setor até mesmo para evitar-se questionamentos futuros junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a afronta ao princípio da igualdade acima mencionado.

As outras duas regulamentações mencionadas, a lei de imprensa de 67 e o decreto-lei de 69, no ano de 2009, após vinte e um anos de vigência, foram declaradas, pelo Supremo Tribunal Federal, como não recepcionadas pelo novo texto constitucional, conforme será relatado logo abaixo.

O Supremo Tribunal Federal e a efetivação das normas referentes à comunicação social

A lei de imprensa foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 130, como não recepcionada pela constituição de 1988. A ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT que questionou nessa ação a constitucionalidade da lei federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre liberdade de manifestação do pensamento e de informações. O partido alegou, na arguição, a não recepção da lei pela nova ordem constitucional.

O STF em 01/04/2009 acatou o pedido do PDT, com os seguintes argumentos: que os direitos relacionados à liberdade de expressão do pensamento configuram uma espécie de sobredireitos, sendo somente possível cobrar-se (definir) situações jurídicas decorrentes desses sobredireitos *a posteriori*.

Nesse sentido entende o STF (2009a, p. 46) que

para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de

sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico.

Desta forma, somente se garante esses direitos em sua plenitude

colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros (STF, 2009a, p. 47).

Para o STF a liberdade de imprensa constitui-se em um núcleo duro do texto constitucional, não sendo permitido ao Estado legislar, de antemão, sobre tais direitos, muito menos no intuito de restringi-lo, que há uma proibição ao poder legislativo, não podendo a lei e a emenda à constituição interferir no exercício desse direito e que a interação entre a sociedade civil e a imprensa não pode ser mediada pelo Estado.

Ainda segundo o STF o texto constitucional garante aos direitos relacionados à liberdade de expressão uma “hierarquia axiológica”, uma “primazia político-filosófica” (STF, 2009a, p. 61) e que, diante disso, não pode a lei “dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão [...]”, “[...] pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto” (STF, 2009a, pp. 63 e 66). Esses direitos seriam então “normas irregulamentáveis” (STF, 2009a, p. 66).

Em relação ao decreto-lei de 1969, que dispunha sobre a obrigatoriedade do diploma em curso superior de jornalismo para o exercício da profissão, o STF, em 17 de junho de 2006, reconheceu a não-recepção do Decreto-lei pela constituição de 1988.

A decisão do Supremo foi lastreada em dois argumentos: 1 – existência de uma linha jurisprudencial do STF e 2 – que a exigência do diploma contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos e decisão anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STF, 2009b, p. 732).

Em relação à linha jurisprudencial, o STF fundamenta sua decisão baseado em um único acórdão proferido pelo próprio Supremo em 05/05/1977. Tal decisão tratava da atividade de corretor de imóveis, regulamentada pela lei 4.116/62, que dispunha que somente corretores de imóveis e pessoas jurídicas legalmente habilitadas poderiam receber remuneração na mediação de compra, venda, etc. de imóveis. O STF entendeu, em 1977, que essa regulamentação legal era descabida e, portanto, julgou-a inconstitucional.

No entanto, no ano seguinte à decisão do STF, nova lei sobre corretores de imóveis foi aprovada no Congresso Nacional. Trata-se da lei 6.530/78. Em 1986 o STF julgou o Agravo de Instrumento n. 109272 e decidiu que esta lei, a de 1978, é constitucional. Referida lei dispõe dentre outras coisas que o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias e que para exercer a profissão o corretor deve estar devidamente inscrito no Conselho de Corretores de Imóveis.

Verifica-se com o que foi exposto, que o STF decidiu a questão do diploma de jornalismo baseado em uma decisão caduca do próprio Supremo. Também verifica-se que não há uma linha jurisprudencial, conforme alegado, pois para estabelecer-se jurisprudência é necessária a reiteração de julgados em um mesmo sentido, caso que não houve.

Quanto ao segundo argumento, o STF entendeu que o Decreto-lei contraria o disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Estado brasileiro é signatário, bem como decisão anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em relação à decisão da CIDH conclui o Supremo que a exigência de diploma contraria o entendimento daquela corte proferido na Opinião Consultiva 5/85, que decidiu, em 13 de novembro de 1988, que a “obrigatoriedade do diploma universitário ... para o exercício da profissão viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos” (STF, 2009b, p. 770).

Com todo o respeito a essa decisão da Corte Interamericana entendemos que o artigo 13 não diz respeito à exigência de formação profissional/acadêmica para o exercício da profissão. A princípio houve uma confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de trabalho. O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão não é absoluto, conforme dispõe o artigo 5º, XII da Constituição Federal. Ele pode e é restrito tendo em vista a qualificação/formação profissional necessária. Já a liberdade de expressão não requer prévias condições, no entanto, o exercício profissional sim, mesmo que este esteja relacionado diretamente à liberdade de expressão, como é o caso do jornalismo.

Por hipótese, verifica-se que, com a decisão proferida sobre a lei de imprensa, o STF inovou o ordenamento jurídico com a tese da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos absolutos.

Pela decisão, a liberdade de expressão configura um direito fundamental que deve prevalecer sobre os demais. Essa tese contraria a teoria dos direitos fundamentais, em especial, o princípio da concordância prática ou harmonização. Esse princípio indica que, na aplicação do direito, devem ser utilizados critérios de proporcionalidade, buscando-se o máximo da aplicação do direito fundamental, com um mínimo de prejuízo dos demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto (ROTHENBURG, 1999). Com a decisão, o STF estabeleceu um caso de cessão de direitos em prol da liberdade de imprensa, o que afronta esse princípio mencionado.

Em relação ao segundo julgado, verifica-se que o STF inventou jurisprudência para decidir a questão do diploma de jornalismo, ao utilizar uma decisão pretérita caduca para justificar a não recepção do decreto-lei.

Com essas decisões do Supremo e contando com a revogação parcial do Código Brasileiro de Telecomunicações, a normatividade produzida antes de 1988 deixou de ser aplicada, criando-se uma lacuna na regulamentação jurídica da comunicação social.

Para se ter uma ideia dessa lacuna, em se tratando da mídia tradicional, para a imprensa escrita há apenas um parágrafo de um artigo de uma lei específica. Trata-se da lei 6.015/73, que dispõe sobre a obrigatoriedade de registrar os atos constitutivos de uma empresa jornalística em cartório de registro das pessoas jurídicas (artigo 114, Parágrafo Único).

Em relação à radiodifusão, a única lei existente é a que dispõe sobre a participação do capital estrangeiro na propriedade das empresas, além dos retalhos remanescentes do Código Brasileiro de Telecomunicação.

Considerações finais

Os apontamentos até aqui apresentados permitem levantar algumas considerações, mesmo que preliminares à pesquisa em desenvolvimento.

Conclui-se que não há interesse do legislativo brasileiro em regular as atividades econômicas relacionadas à comunicação social, haja vista que das sete exigências constitucionais de elaboração legislativa referente a este setor da atividade econômica, apenas três foram efetivadas até os dias de hoje.

Houve um enfrentamento brutal do poder judiciário brasileiro contra a normatividade produzida anteriormente à constituição de 1988, enfrentamento este que resultou em lacunas na regulação dessa atividade econômica.

Há uma passividade do executivo brasileiro em encaminhar projetos de leis para regular normativamente o setor.

Conclui-se, por fim, que há necessidade urgente de nova regulação jurídica para o setor da comunicação social, inclusive para evitar tratamentos diferenciados, não isonômicos e, portanto, inconstitucionais para empreendedores de um mesmo serviço, no entanto, oferecidos em plataformas tecnológicas diversas.

Referências

AGUILLAR, F. H. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2006.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

CORREIA, L. B. *Direito da comunicação social*. v. 1. Coimbra: Almeida, 2005.

COUTO, C. G. A longa constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil. *Dados*, v. 41, n. 1, 1998, pp. 51/86.

FARIA, J. E. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Direito e globalização econômica – implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GONCALVES, M. E. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Direito posto e pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

JAMBEIRO, O. A comunicação na Constituição de 1988. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

MENDEL, T. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2 ed. Brasília: UNESCO, 2009.

NAPOLITANO, C. J. *A liberdade de iniciativa e os empreendedores econômicos estrangeiros na Constituição Federal*. Mestrado em Direito. Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2003.

ROTHENBURG, W. C. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. (Ano 7, n. 29, out/dez, pp. 146-157). São Paulo, 1999.

SANKIEVICZ, A. *Liberdade de expressão e pluralismo. Perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDEFELD, C. A. A regulação das telecomunicações – papel atual e tendências futuras. In: FIGUEIREDO, M. *Direito e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 111/122.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130*. Recuperado em várias datas, de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>, 2009a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 511.961*. Recuperado em várias datas, de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>, 2009b.

VICENTE, M. M. Comunicação em xeque: o debate na regulamentação pós-constituição. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

5.5 - Regulação do Direito à Comunicação e sua efetivação pelo Supremo Tribunal Federal

NAPOLITANO, Carlo José. Regulação do Direito à Comunicação e sua efetivação pelo Supremo Tribunal Federal. *Cadernos jurídicos*: curso de direito Unisal, Campinas, v. 1, p. 83-107, 2012.

REGULAÇÃO DO DIREITO À COMUNICAÇÃO E SUA EFETIVAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carlo José Napolitano³⁵

Resumo: O presente trabalho trata-se de um relato parcial de pesquisa em andamento que pretende verificar a regulação do direito à comunicação, elaborado durante o processo constituinte de 87/88. Analisa também a concretização/efetivação desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e, por fim, compara a intenção do constituinte com a decisão judicial. Por hipótese, a pesquisa considera que a intenção constituinte era de regular os direitos relacionados à comunicação e que, ao analisar casos referentes à temática, o STF amplia a aplicação desses direitos, retirando qualquer possibilidade de regulação. Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte, relativos à regulação do direito à comunicação, e alguns julgados do STF que trataram direta ou indiretamente desses direitos. Os resultados parciais da pesquisa apontam que a constituinte pretendeu impor um controle social ao direito à comunicação, almejando a mudança do *status quo*, no entanto, a pesquisa constatou que quando o STF julgou a ADPF 130 e o REX 511.961 impôs orientação jurisprudencial para a liberdade de imprensa, de expressão, opinião e do exercício profissional no jornalismo, corroborando deste modo a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: regulação jurídica; direito à comunicação; processo constituinte; Supremo Tribunal Federal.

THE REGULATION OF THE COMMUNICATION RIGHTS AND ITS IMPLEMENTATION BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Abstract: This text is part of ongoing research that aims to verify the constitutional regulation of the communication rights, elaborated by constituent process on 87/88. Also analyzes the implementation of these rights by Brazilian Supreme Court (STF) e, finally, compares the intention of the constituent with the judicial decision. For hypothesis, the research considers that was the intention of the constituent regulate the rights related to the communication and that, when analyzing the referring cases to this thematic, the STF extends the application of these rights, removing any possibility of regulation. To fulfill to these objectives the research analyzes the legislative proposals and debates during the constituent process, related to the regulation of communication rights, and some decisions of the STF that had treated direct or indirectly of this right. The partial results of the research point that the constituent intended to impose a social control to the communication rights, longing the change of the *status quo*, however, the research also evidenced that when the STF judged ADPF 130 and REX 511.961 imposed jurisprudencial orientation for the freedom of the press, of expression, opinion and of the professional exercise of the journalism, corroborating in this way the hypothesis of the research.

³⁵ Doutor em Sociologia, mestre em Direito, professor assistente doutor do Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da UNESP/Bauru.

Keywords: legal regulation; communication rights; constituent process; Brazilian Supreme Court.

Resumo do projeto e metodologia de análise dos dados

Trata-se o presente de divulgação de resultados parciais de pesquisa³⁶ em andamento que visa investigar a regulação³⁷ jurídica constitucional do direito à comunicação³⁸ e para tanto propõe a revisitação ao processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para o direito à comunicação. Além disso, pretende analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), comparando a intenção constituinte com a concretização judicial. A intenção da pesquisa, nesse sentido, é fazer uma análise comparativa entre a intenção da ANC e a concretização judicial, no intuito de verificar se as decisões do STF são ou não coincidentes com a vontade constituinte. Não é objetivo, portanto, da pesquisa defender a tese dos originalistas norte americanos de vinculação da interpretação do texto constitucional à intenção constituinte³⁹. Parte a pesquisa de alguns pressupostos: que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Sendo um desses valores substantivos almejados à proteção e a concretização dos direitos fundamentais; que o direito à comunicação, com a constituição de 88, ganhou *status* de direito fundamental⁴⁰, aplicando-se assim a teoria desses direitos na interpretação e aplicação daqueles e, por fim, que a constituição de 88 atribui ao judiciário o papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Por hipótese, a pesquisa partiu do pressuposto que a intenção constituinte foi a de regular alguns direitos relacionados ao direito à comunicação⁴¹, e que ao analisar casos referentes à temática, o STF, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer forma ou possibilidade de regulação. É importante observar que a proposta da pesquisa considera que o texto constitucional impõe a necessidade de regulação do setor, no entanto, não tem como objetivo defender a tese da regulação ou de controle social dos meios de comunicação, o foco da pesquisa, portanto, está centrado no relato do que está contido nos anais da ANC.

Para cumprir os objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte de 87/88, relativos à regulação do direito à comunicação. A pesquisa é

³⁶ A pesquisa intitulada “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal” conta com auxílio financeiro da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), processo n. 2011/00745-0. Uma versão reduzida deste trabalho foi apresentada na ALAIC/2012.

³⁷ O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas. Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7).

³⁸ A pesquisa considera que o direito à comunicação é composto por um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que reunidos se transformam naquele, dentre eles a liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a propriedade dos meios, a liberdade de imprensa, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial, dentre outros, conforme Brant e Kameoka (2005).

³⁹ Para maior detalhamento sobre as diversas correntes de interpretação jurídica constitucional (subjetivismo, que busca identificar a *mens legislatoris* e objetivismo que busca revelar a *mens legis*) ver Barroso (1998), especialmente, Parte II, capítulo I.

⁴⁰ A teoria dos direitos fundamentais enfoca o mesmo tema com expressões diversas. A título de observação Bonavides (2000) menciona que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é mais utilizada pelos teóricos alemães.

⁴¹ Algumas hipóteses de regulação estão previstas nos artigos 5º, IV; V; XIII; XIV; XXXIII; 93, IX e artigo 220, especialmente, nos parágrafos 3º e 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

realizada nos Diários do Congresso Nacional (DCN), organizados em CD-ROM, em 2008, pela Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Congresso Nacional, que contém na íntegra os debates constituintes.

Inicialmente pensou-se, tendo em vista a imensidão⁴² das informações contidas nos DCN, a realização da pesquisa através de buscas por palavras-chave relacionadas à temática da investigação.

No entanto, no início das investigações percebeu-se que não houve sistematização nas atividades da ANC, por essa razão optou-se em analisar os pareceres dos relatores da Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação e da Comissão Temática da Família, Educação, Cultura e Esportes, Ciência e Tecnologia e Comunicação onde foram, inicialmente, discutidas as questões referentes à comunicação social.

Essa alteração ocorreu após a leitura integral das atas das reuniões das comissões referidas. Após essa análise e tendo sido verificado que não havia sistematização dos trabalhos, decidiu-se não mais pesquisar na íntegra as atas, passando-se somente a leitura dos pareceres dos relatores dessas comissões. Ademais, essa decisão se justifica tendo em vista a importância dos relatores durante o processo constituinte.

Segundo Pilatti (2008, p. 52) o regimento interno da ANC garantiu amplo poder de agenda “aos relatores das subcomissões, os únicos que, além de apresentar substitutivos, elaborariam também os textos-base”.

Essa opção também se justifica, tendo por base trabalho de Souza (2003, p. 43), que analisou o processo decisório durante a constituinte, para quem os relatores, no âmbito congressual, exercem um

papel importante nos processos decisórios na medida que influem sobremaneira na elaboração dos anteprojetos encaminhados à votação. Como centralizadores de todas as informações disponíveis no âmbito de sua atuação formal, os relatores dispõem de um amplo raio de intervenção no que se refere ao conteúdo mesmo das proposições contidas em seus pareceres.

Levou-se ainda em consideração o roteiro de elaboração constitucional que “devia começar pelas 24 subcomissões temáticas, que entregariam seus anteprojetos a 8 comissões temáticas e estas, seus anteprojetos à Comissão de Sistematização, que por sua vez entregaria ao Plenário da ANC o Projeto de Constituição” (PILATTI, 2008, p. 57).

A dificuldade de tratar essa fonte primária de informação também foi percebida por Pilatti (2008, p. 5), que em trabalho pioneiro sobre a ANC relatou que “a grande dificuldade de escrever uma ‘história da Constituinte de 1987-88’ reside justamente na gigantesca dimensão daquele processo decisório, seja no que se refere à temporalidade (20 meses), seja no que se refere ao espaço decisório (34 foros)”.

Ademais, constatou-se que a divisão inicial dos trabalhos constituintes reflete, com algumas poucas alterações, o resultado final do processo constituinte. Como exemplo, a comunicação social foi alocada na oitava comissão. Na redação final da constituição essa temática ficou alocada no Título VIII (Da Ordem Social), havendo, desta forma, a fusão das comissões temáticas de número 8 e 7. Esta tratava especificamente das questões relacionadas à ordem social, como os direitos dos trabalhadores, dos servidores públicos, da saúde, seguridade e meio ambiente, negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias. Como dito, de maneira geral, a estrutura dos trabalhos da constituinte reflete a redação final do texto constitucional. Algumas exceções podem ser apontadas como a transposição dos direitos trabalhistas para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais e a transferência dos direitos dos servidores públicos para o Título III, que dispõe sobre a organização do Estado.

⁴² Para se ter uma ideia da dimensão dos dados a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 02 de fevereiro de 1987 e terminou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova constituição. Nesse período (um ano, oito meses e três dias), foram realizadas 341 sessões plenárias. Para cada sessão há um diário com o registro de todas as falas e proposições.

Como exemplo de simetria entre os trabalhos das comissões e o texto final, fato que justifica essa opção de análise dos Diários, observe-se que vários itens propostos no primeiro parecer da subcomissão estão presentes no texto constitucional, com algumas poucas alterações. Como exemplos: a reserva de mercado para brasileiros natos na propriedade das empresas de comunicação; a proposta de criação de um conselho, inicialmente denominado Conselho Nacional de Comunicação; a previsão de princípios para a radiodifusão, tais como a finalidade educativa e a regionalização, dentre outras, conforme proposta da relatora da subcomissão. (Secretaria Especial de Editoração e Publicações - SEEP, 2008a).

Concomitante a pesquisa nos DCN, são analisados julgados do STF que tratam direta ou indiretamente do direito à comunicação. Especial atenção está sendo dada às ações constitucionais⁴³, justificando-se essa forma de análise, pois esse é o *locus* privilegiado do confronto entre a ordem constitucional estabelecida e a legislação infraconstitucional produzida, antes ou depois do advento de uma nova constituição. A metodologia utilizada na análise dos julgados segue o seguinte roteiro: leitura minuciosa do relatório e do voto condutor nos julgados selecionados⁴⁴. Considera-se ainda: quem foi o proponente da ação e qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores são reproduzidos e ao final da apresentação, são traçadas breves considerações sobre o julgado.

As pesquisas de jurisprudência estão sendo realizadas no site do STF⁴⁵. No presente trabalho serão apresentados dois julgados que já foram analisados no decorrer da pesquisa: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, que teve por objeto a lei de imprensa e o Recurso Extraordinário (REX) 511.961, que tratou da exigibilidade do diploma de jornalismo para o exercício profissional.

Por fim, pretende-se comparar as propostas da ANC com as decisões do STF para confirmar ou não a hipótese da pesquisa.

Resultados parciais da pesquisa

Análise do relatório da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação

No parecer da relatora da subcomissão, Deputada Cristina Tavares, especial destaque foi dado para as Políticas Democráticas de Comunicação.

Verifica-se no parecer que a ideia inicial da ANC era tratar a informação como um “um recurso social vital” (SEEP, 2008a, p. 152), por isso o

acesso à informação, ... seu processamento pelos mais variados meios, ... sua distribuição eficiente, depende toda e qualquer decisão de grupos ou instituições sociais nas sociedades modernas. [...] Quanto mais amplos, diversificados, plurais forem os meios e as tecnologias, maior será a quantidade, logo o valor, da informação socialmente produzida e recebida. Maiores serão as alternativas para as decisões sociais. Logo, maiores e melhores serão as oportunidades para que uma sociedade pratique verdadeiramente a democracia (SEEP, 2008a, p. 153).

Ainda para a relatora a comunicação social exerce fundamental papel para o acesso e difusão da informação, pois “é essencial na construção das formas pelas quais a sociedade, como um todo, pensa a respeito de si mesma, define seus projetos estratégicos, estabelece seus padrões morais, éticos, políticos, etc.” (SEEP, 2008a, p. 153).

⁴³ Em especial as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais e recursos ao STF.

⁴⁴ As razões apontadas acima referentes ao papel dos relatores no âmbito congressual também podem ser aplicadas para os relatores de um processo judicial.

⁴⁵ No portal do Supremo Tribunal Federal há um sofisticado sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Também adverte a relatora que “o papel da imprensa escrita na construção e consolidação das democracias é sobejamente conhecido, bem como sua importância, nas fermentações revolucionárias” (SEEP, 2008a, p. 153).

Quanto à radiodifusão assevera que “o rádio e, depois, a televisão foram e continuam sendo fundamentais na construção do imaginário fáustico do moderno homem ocidental. No Brasil, estes dois meios foram de grande importância como veículos de integração cultural e política da Nação” (SEEP, 2008a, p. 153).

Também menciona que não há “dúvidas de que devemos reafirmar os princípios da liberdade de imprensa e de opinião como um dos mais importantes direitos do cidadão. A liberdade de informar tem sua contrapartida na liberdade de ser informado” (SEEP, 2008a, p. 153).

Segundo ainda a relatora

Do exame das muitas idéias trazidas a esta Sub-comissão por diferentes entidades e personalidades ouvidas⁴⁶, surge a convicção de estar madura em nosso País, a possibilidade de introduzirmos constitucionalmente novas regras para assegurar o funcionamento democrático dos meios de comunicação. Assegurada a liberdade de iniciativa empresarial, considerou-se, também, importante subordinar essa liberdade aos objetivos sociais, o que aliás, está perfeitamente coerente com uma visão moderna de capitalismo social. Para tanto foram criados dois instrumentos de ação social sobre os meios de comunicação: **a)** O Conselho Nacional de Comunicação, formado por representantes do Estado e da sociedade civil, solução já adotada em vários países democráticos do mundo, a começar pelos Estados Unidos da América, que, desde 1934, possui a sua Comissão Federal de Comunicação (Federal Communication Commission); **b)** O Conselho Editorial, formado nas empresas de comunicação social, por representantes dos proprietários e dos corpos de redação, mecanismo iniciado com sucesso na França e repercutindo em vários países da Europa (SEEP, 2008a, p. 153). (grifos meus)

A proposta da relatora atribuía ao Conselho Nacional de Comunicação a competência de outorgar e renovar as concessões para exploração dos serviços de radiodifusão, devendo essa decisão ser referendada pelo Congresso Nacional. Tratava-se de inovação no direito constitucional brasileiro. Verifica-se aqui que a proposta de atribuir-se ao conselho, “*ad referendum*” do Congresso Nacional a competência decisória para as concessões estava em consonância com os ideais parlamentaristas que vigoraram no início dos trabalhos constituintes.

Quanto à propriedade dos meios a relatora entende que

em todos os países industriais avançados, as telecomunicações desenvolveram-se sob o regime de monopólio. Tal é necessário para assegurar a compatibilidade entre tecnologias industriais diferentes e, também, possibilitar o financiamento de serviços deficitários mas socialmente necessários pelos mais rentáveis. No Brasil de hoje, existem grandes e consolidados sistemas de comunicação social, privados (em sua maioria) ou estatais, com os quais o projeto constitucional ora apresentado não pretende interferir, mantendo-se, inclusive, regras já consagradas e aceitas como, por exemplo, a exigência de serem as empresas e veículos dirigidos por brasileiros natos. Vislumbra-se um novo cenário, dentro do qual grandes organizações empresariais conviverão com produtores mantidos por entidades culturais ou

⁴⁶ Na subcomissão foram ouvidas 17 entidades, com especial menção para a Associação Nacional dos Jornais; Associação Nacional dos Editores de Revistas; Associação Nacional dos Jornalistas; Federação Nacional dos Radialistas; Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão; Frente Nacional de Lutas por Políticas Democráticas de Comunicação. Também foram recebidas 5.585 propostas populares.

comunitárias, num ambiente verdadeiramente democrático (SEEP, 2008a, p. 153).

Diz ainda a relatora que “o projeto constitucional sugere que aproveitemos este momento de mudanças sociopolíticas coincidindo com transformações tecnológicas para multiplicarmos os meios pelos quais a sociedade poderá falar” (SEEP, 2008a, p. 153).

Conclui a relatora que as ideias que convergiram para a subcomissão apontavam para “obter-se o maior controle da sociedade sobre os conteúdos dos meios de comunicação que colocam em suas casas; agregar um caráter social ao uso que se faz dos meios de comunicação, fazendo servir à população e ao seu real interesse” (SEEP, 2008a, p. 155).

Verifica-se no parecer da relatora que a força motriz na constituinte para a comunicação social era o reconhecimento da sua importância para as práticas democráticas e para a consolidação da democracia, reconhece-se a liberdade de imprensa e de opinião como direitos fundamentais do cidadão.

No entanto, percebe-se a preocupação com a produção e difusão da informação, reconhecida como recurso vital da sociedade, bem como com a concentração da propriedade dos meios, almejando a ANC a pluralidade de meios para a difusão de informações. Nessa linha, sugere a inovação constitucional para introduzir no sistema jurídico pátrio mecanismos para garantir o funcionamento democrático dos meios de comunicação, subordinando a sua atuação aos objetivos sociais e não mais somente aos empresariais, propondo, conforme visto a criação do Conselho Nacional de Comunicação e de conselhos editoriais nos meios.

Das propostas apresentadas no relatório da subcomissão as inovações referentes à criação dos conselhos foram rejeitadas pelo plenário, no entanto, conforme Pilatti (2008, p. 177) as concessões deixariam de ser atos exclusivos do Executivo e passariam “a ser controladas pelo Congresso, configurando um “novo avanço em face do *status quo*.”

Análise do relatório da Comissão Temática da família, educação, cultura e esportes, ciência e tecnologia e comunicação.

Na comissão temática o relator Artur da Távola, a despeito da decisão do plenário da subcomissão de vetar a criação dos dois conselhos, conforme acima mencionado, reapresenta as propostas, conforme atas da subcomissão (SEEP, 2008a) e Pilatti (2008).

Quanto à criação do conselho editorial nas empresas de comunicação reconhece o relator que é de competência das empresas “organizar o exercício da liberdade, porém esse exercício da liberdade não é atribuição exclusiva do empresário, é uma atribuição a ser compartilhada com os profissionais que nela trabalham” (SEEP, 2008b, p. 178).

Inova o texto atribuindo às empresas a decisão para organizar os seus próprios conselhos editoriais, com a participação dos profissionais. Reconhece que o conselho pode ser um mecanismo para que todos os profissionais participem “do processo de elaboração, de manipulação, de expressão, de redação, de edição da matéria informativa.” (SEEP, 2008b, p. 178). Retira da proposta o caráter compulsório dos conselhos editoriais, conforme previsto anteriormente na subcomissão.

Quanto ao Conselho Nacional de Comunicação diz o relator que a proposta de criação do conselho

apenas pretende ser o organismo que liberte as concessões da manipulação fechada do gabinete exclusiva do Poder Executivo o que é fonte de corrupção, é fonte de mal uso, é fonte de fortalecimento direto da máquina do Estado, atrelada a interesses particulares, caracterizando verdadeiras capitâneas hereditárias do ar, que não têm haver com o esforço de democratização da sociedade brasileira que estamos todos nós a fazer nesta Assembléia Nacional Constituinte (SEEP, 2008b, p. 180).

Segundo o relator a criação do conselho ajudaria no processo de democratização dos meios, alegando que na época 95% das concessões estavam nas mãos da iniciativa privada. (SEEP, 2008b, p. 211).

No entanto, retira a competência originária atribuída pela subcomissão ao conselho de outorgar e renovar as concessões. Segundo a proposta, as concessões voltariam a ser de competência do Poder Executivo, devendo a decisão ser referendada pelo Congresso Nacional, após a oitiva do Conselho.⁴⁷

De acordo com o relator

cabe ao Poder Executivo outorgar, porque o ato da outorga é do Poder Executivo, porquanto ele possui o Ministério das Comunicações. A decisão sobre a outorga está dividida entre o Conselho Nacional de Comunicação e o **referendum** do Congresso Nacional. Parece-me a forma mais consensual possível. Não aceitar essa forma é não aceitar a forma plural (SEEP, 2008b, p. 214).

O parecer do relator também tenta introduz na ordem constitucional brasileira a permissão para que brasileiros naturalizados a mais de dez anos possam ser proprietários de empresas jornalísticas e de radiodifusão. (SEEP, 2008b, p. 178)

O relator apresenta ideia inovadora, no debate constituinte, acerca da complementaridade tripartite da concessão dos serviços de telecomunicações, em privado, estatal e público.

Segundo o relator o direcionamento estatal para as atividades privadas, que vigorou no período autoritário, deve ser superado, pois

o País pretendeu fazer um desenvolvimento capitalista rápido, conseguiu, porém, contra o seu povo, à custa do seu povo. Isso, tem muita importância na delimitação dessa matéria, porque é daí que nasceu a destinação praticamente exclusiva dos meios de comunicação social à instituições do capital. Temos, no Brasil, cerca de 95% das concessões em mãos do capital e perto de 5% em mãos do Estado. Ora, uma democracia não possui apenas o capital e o Estado como instituições sociais. O capital é importante, é presença indispensável, o Estado é o organismo que representa as aspirações coletivas. Mas, Estado e capital não são as duas únicas instâncias sociais de um país (SEEP, 2008b, p. 178).

Por essa razão propõe um sistema tripartite de concessões. Alega que este é o sistema usado nos países desenvolvidos e justifica a proposta da seguinte maneira:

concessão ao sistema privado que possui dinâmica própria, que atua, com muita eficácia, no setor de entretenimento, que é um acicate ao desenvolvimento econômico, que é campo adequado para a publicidade, para o desenvolvimento da economia que advém da aceleração do consumo, que atende à população nas suas necessidades de lazer, que consulta, constantemente, o mercado, para elaboração dos seus produtos. Eu acho que a iniciativa privada tem um papel fundamental nas comunicações. Não tem direito ao papel monopolista, como ocorre, hoje, no Brasil. Cabe-lhes ter o seu espaço preservado, até porque o Brasil realiza uma televisão de qualidade. Do outro lado, o Estado, que deve continuar a merecer um tipo de concessão, porque cabe ao Estado uma série de tarefas que não podem ser realizadas no campo da comunicação, pela iniciativa privada, até porque não são rentáveis, e que são, também, fundamentais: o auxílio a programas de ensino, a inserção nos currículos escolares, a complementação no tocante à matéria de natureza educativa e cultural à organização de cursos de intercâmbio universitário,

⁴⁷ Aparentemente retomavam-se aqui as ideias presidencialistas.

enfim, um sem número de atividades que cabem ao Estado na área da comunicação, e, juntamente com esses dois sistemas, a oferta de um sistema de comunicação. Trata-se de um sistema organizado por instituições da sociedade e que funciona independente do Estado e do capital. Se esta Nação tiver, oriunda dos meios de comunicação, essas três propostas de comunicação convivendo no campo social, seguramente ela terá encontrado o caminho da democratização. A comunicação não funcionará como aparelho ideológico exclusivo do Estado e terá na instituição pública, como é a BBC, como é o sistema da República Federativa da Alemanha e tantos outros sistemas europeus, uma terceira forma de oferta de produtos. A questão central é encontrar os princípios pelos quais faremos a concessão de canais (SEEP, 2008b, p. 178).

Justifica ainda a proposta ao afirmar que “trata-se de um sistema organizado por instituições da sociedade e que funciona independente do Estado e do capital”. (SEEP, 2008b, p. 178) e que funcionaria “como um corpo paralelo ao estado e às entidades privadas” (SEEP, 2008b, p. 179)

Quanto à liberdade de manifestação do pensamento o relator menciona que

o que nós fizemos foi proibir na Constituição a ação da censura, segundo, foi garantir a liberdade de pensamento de manifestação, terceiro, retirar do Estado o direito de censurar. Isso vem ao longo de todo o substitutivo aqui encontra a contrapartida. Não se trata de consagrar a impunidade, trata-se de impedir que haja a censura na origem da criação, na origem da informação, garantindo o direito da liberdade de expressão. É evidente que a todo direito correspondem deveres (SEEP, 2008b, p. 180).

Verificou-se nas atas da comissão que as votações do parecer do relator foram extremamente tumultuadas, sendo o resultado final da comissão a não aprovação de nenhum anteprojeto, conforme SEEP (2008b, pp. 279/280).

No entanto, para a fase seguinte da constituinte, para a Comissão de Sistematização, o presidente da comissão Marcondes Gradilha encaminhou documento elaborado pela maioria, que dentre outras propostas: eliminava o Conselho Nacional de Comunicação, mantinha o controle do Congresso Nacional sobre as concessões de rádio e televisão e exigia decisão judicial fundamentada para a suspensão, a cassação e a não renovação das concessões de rádio e televisão (PILATTI, 2008).

Muito embora a comissão nada tenha decidido algumas conclusões podem ser extraídas das propostas: as propostas de criação dos conselhos foram novamente rejeitadas; não havia consenso sobre a competência para as concessões, ora se atribuía ao Congresso ora ao Executivo; a semente lançada sobre a concessão tripartite surte efeitos tanto é que o texto final contempla essa questão; a proposta da impossibilidade de censura prévia, que foi apresentada pelo relator também prosperou.

Análise da ADPF 130⁴⁸

A ADPF 130 foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, que questionou nessa ação a constitucionalidade da lei federal n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, conhecida como lei de imprensa, que dispõe sobre liberdade de manifestação do pensamento e de

⁴⁸ As informações contidas no presente relato referentes à ADPF 130 e ao REX 511.961 tratam-se de resumos das análises já efetuadas na pesquisa. É importante mencionar, inclusive, que a análise completa da ADPF foi publicada na revista *Direitos Fundamentais e Justiça*, em 2011.

informações. O partido alegou, na arguição, a não recepção⁴⁹ da lei pela nova ordem constitucional.

Em 01/04/2009 foi apresentado o relatório pelo Ministro Carlos Britto e iniciado o julgamento, votando o relator pela procedência do pedido, acatando os argumentos do PDT. O voto do Ministro relator foi acompanhado, na íntegra, pelos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, e Menezes Direito, e, parcialmente, pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que presidia o julgamento. O Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência total do pedido.⁵⁰

O Ministro relator Carlos Britto após apresentar o seu relatório, proferiu seu voto no sentido de admitir a alegada incompatibilidade (não recepção) da lei de imprensa com a nova ordem constitucional.

Para o relator a constituição federal de 1988 garante direitos relacionados à atividade da imprensa no artigo 5º e nos artigos 220 e 223 e que os direitos previstos no artigo 5º configuram uma espécie de sobredireitos, sendo somente possível cobrar-se (definir) situações jurídicas decorrentes desses sobredireitos *a posteriori*. Nesse sentido alega que “para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico” (STF, 2009a, p. 46).

Desta forma, somente se garante esses direitos em sua plenitude, “... colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros” (STF, 2009a, p. 47).

Para o relator a liberdade de imprensa constitui-se em um núcleo duro do texto constitucional, não sendo permitido ao Estado legislar, de antemão, sobre tais direitos, muito menos no intuito de restringi-lo, que há uma proibição ao poder legislativo, não podendo a lei e a emenda à constituição interferir no exercício desse direito e que a interação entre a sociedade civil e a imprensa não pode ser mediada pelo Estado.

Ainda segundo o Ministro o texto constitucional garante aos direitos relacionados à liberdade de expressão uma “hierarquia axiológica”, uma “primazia político-filosófica” (STF, 2009a, p. 61) e que, diante disso, não pode a lei “dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão [...]”, “[...] pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto” (STF, 2009a, pp. 63 e 66). Esses direitos seriam então “normas irregulamentáveis” (STF, 2009a, p. 66).

Por hipótese, verifica-se que, com a decisão, o STF inovou o ordenamento jurídico com a tese da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos absolutos.

Pela decisão, a liberdade de expressão configura um direito fundamental que deve prevalecer sobre os demais. Essa tese contraria a teoria dos direitos fundamentais, em especial, o princípio da concordância prática ou harmonização. Esse princípio indica que, na aplicação do direito, devem ser utilizados critérios de proporcionalidade, buscando-se o máximo da aplicação do direito fundamental, com um mínimo de prejuízo dos demais direitos fundamentais envolvidos no caso concreto (ROTHENBURG, 1999). Com a decisão, o STF criou um caso de cessão de direitos em prol da liberdade de imprensa, o que afronta esse princípio mencionado.

No entanto, pode-se dizer que a decisão do STF está de acordo com a vontade constituinte ao definir a liberdade de manifestação do pensamento como uma espécie de sobredireito. Conforme visto acima, a proposta do relator da Comissão Temática visava impedir a censura “na origem da criação, na origem da informação, garantindo o direito da liberdade de expressão”

⁴⁹ A teoria do direito constitucional reconhece o princípio da recepção ou da novação do direito antigo, produzido sob a vigência de outra ordem constitucional. Isso significa que leis produzidas anteriormente à entrada em vigor da nova constituição podem ser utilizadas mesmo com a criação de uma nova ordem jurídica se com elas forem compatíveis, caso contrário, devem ser expurgadas do sistema normativo. Para maiores informações sobre o conceito de recepção ver Barroso (1998).

⁵⁰ As decisões no controle de constitucionalidade são tomadas pela maioria absoluta da casa. É necessário que pelo menos seis Ministros concordem com a alegação de inconstitucionalidade.

(SEEP, 2008b, p. 180), mencionando que qualquer dano a direitos somente pode ser cobrado *a posteriore*, seguindo o STF, a princípio, essa orientação.

Deste modo, verifica-se que o entendimento do STF, em parte, não está condizente com a intenção constituinte, pois como visto a ANC almejou restringir a liberdade de expressão dos meios de comunicação, diferentemente do entendimento do STF no caso em tela, que aparentemente confundiu liberdade de expressão com liberdade de empresa.

Análise do REX 511.961

O julgado em análise foi o resultado de um processo que teve início com o ajuizamento de Ação Civil Pública, pelo Ministério Público Federal (MPF), em relação à União, na 16ª Vara Cível Federal de São Paulo, solicitando o reconhecimento, dentre outras questões, da “não-recepção, pela Constituição de 1988, do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n. 972 de 1969, o qual exige o diploma de curso de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista” (STF, 2009b, p. 696).

Ingressaram no processo como litisconsorte ativo o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão do Estado de São Paulo (SERTESP) e como litisconsorte passivo a Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ).

A decisão proferida em primeira instância acatou parcialmente o pedido determinando “que a União não mais exija ... o diploma de curso de jornalismo ... para o exercício da profissão de jornalista ...” (STF, 2009b, p. 698).

Essa decisão foi revista pelo Tribunal Federal Regional (TRF), da 3ª Região em São Paulo, em virtude de recursos, propostos pela União e pela FENAJ. O TRF reformou a sentença entendendo ser constitucional a exigência do diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalismo.

Contra essa decisão do TRF foi interposto recurso extraordinário pelo MPF e pela SERTESP no STF.

Em 17 de junho de 2009, o STF julgou o recurso extraordinário, reconhecendo a não recepção do Decreto-lei pela constituição de 1988.

Sete Ministros do STF (Celso de Mello, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia) acompanharam o voto do relator Ministro Gilmar Mendes. O único voto contrário foi do Ministro Marco Aurélio. Estavam ausentes da decisão os ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

No mérito da ação o Ministro relator baseou sua decisão em dois argumentos: 1 – alegou a existência de uma linha jurisprudencial do STF e 2 – que a exigência do diploma contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos e decisão anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STF, 2009b, p. 732).

Em relação à linha jurisprudencial, o relator fundamenta sua decisão baseado em um único acórdão proferido pelo Supremo em 05/05/1977. Tal decisão tratava da atividade de corretor de imóveis, regulamentada pela lei 4.116/62, que dispunha que somente corretores de imóveis e pessoas jurídicas legalmente habilitadas poderiam receber remuneração na mediação de compra, venda, etc... de imóveis. O STF entendeu, em 1977, que essa regulamentação legal era descabida e, portanto, julgou-a inconstitucional.

No entanto, no ano seguinte à decisão do STF nova lei sobre corretores de imóveis foi aprovada no Congresso Nacional. Trata-se da lei 6.530/78. Em 1986 o STF julgou o Agravo de Instrumento n. 109272 e decidiu que esta lei, a de 1978, é constitucional. Referida lei dispõe dentre outras coisas que o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitido ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias e que para exercer a profissão o corretor deve estar devidamente inscrito no Conselho de Corretores de Imóveis.

Verifica-se com o que foi exposto que o STF decidiu a questão do diploma de jornalismo baseado em uma decisão caduca do próprio Supremo. Também verifica-se que não há uma linha jurisprudencial, conforme alegado pelo relator, pois para estabelecer-se jurisprudência é necessária a reiteração de julgados em um mesmo sentido, caso que não houve.

Quanto ao segundo argumento, o relator alega que o Decreto-lei contraria o disposto no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Estado brasileiro é signatário, bem como decisão anterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Quanto à decisão da CIDH alega o relator que a exigência de diploma contraria o entendimento daquela corte proferido na Opinião Consultiva 5/85, que decidiu, em 13 de novembro de 1985, que a “obrigatoriedade do diploma universitário ... para o exercício da profissão viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos” (STF, 2009b, p. 770).

Com todo o respeito a essa decisão da Corte Interamericana entendemos que o artigo 13 não diz respeito à exigência de formação profissional/acadêmica para o exercício da profissão. A princípio houve uma confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de trabalho. O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão não é absoluto⁵¹. Ele pode e é restrito tendo em vista a qualificação/formação profissional necessária. Já a liberdade de expressão não requer prévias condições, no entanto, o exercício profissional sim, mesmo que este esteja relacionado diretamente à liberdade de expressão, como é o caso do jornalismo.

A leitura das atas dos Diários da Assembleia Nacional Constituinte sugere que o legislador constituinte almejou impor algum tipo de regulamentação ao exercício profissional do jornalismo. Essa sugestão está contida na apresentação do relatório do constituinte Artur da Távola, relator da comissão temática que tratava da comunicação social.

Quanto apresentou à comissão o seu parecer sobre o direito à informação, propôs a seguinte redação: “A informação é um bem social e um direito fundamental da pessoa humana. Todo cidadão tem direito, sem restrições de qualquer natureza, à liberdade de receber e transmitir informações, idéias e opiniões, por quaisquer meios e veículos de comunicação”.

Após a apresentação da proposta do dispositivo legal, comenta que

pode haver alguma dúvida por parte dos setores profissionais da imprensa em saber se isso não está abrindo o direito de cada pessoa a processar material jornalístico. Não sendo essa a intenção, e sim a de garantir a liberdade de receber e transmitir informações. (SEEP, 2008b, p. 177).

Diante disso, conclui-se, preliminarmente, que o STF, no presente caso, interpretou a sua maneira a vontade constituinte.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, pode-se preliminarmente, até mesmo pelo fato do presente trabalho tratar-se de resultado parcial de pesquisa, concluir que a ANC, ao menos na subcomissão e na comissão que tratou da comunicação social pretendeu impor restrições ao exercício dos direitos relacionados à comunicação social, uma espécie de controle social, intencionando a mudança do *status quo*, democratizando a propriedade dos meios e nos meios, prevendo o conceito de pluralidade nas concessões, em especial, com a proposta da complementaridade tripartite, propondo uma forma mais plural no processo de concessão, atribuindo-se a competência para o Congresso para as concessões, dentre outras hipóteses apresentadas.

No entanto, verificou-se também que quando o STF julgou a ADPF 130 e o REX 511.961 impôs orientação jurisprudencial no sentido da ampla liberdade de imprensa, de expressão, opinião e do exercício profissional no jornalismo.

Somente na questão da impossibilidade da censura prévia a vontade constituinte parece ter sido acatada pela interpretação do STF, nas demais questões aparentemente os julgados corroboram a hipótese da pesquisa.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.

⁵¹ Conforme artigo 5º, XIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANT, João; KAMEOKA, Márcio (Coord.). **Direito à comunicação no Brasil**. Disponível em: < www.scribd.com/doc/5619429/Direito-a-comunicacao-no-Brasil-Intervozes>. Acesso em: várias datas, 2005.

GONCALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Ano 7, n. 29, out/dez, pp. 146-157, 1999.

SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. Secretaria de Anais. **Assembleia Nacional Constituinte – 20 anos: Atas da Subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação**. Brasília, 2008a.

SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. Secretaria de Anais. **Assembleia Nacional Constituinte – 20 anos: Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação**. Brasília, 2008b.

SOUZA, Marcia Teixeira. O processo decisório na constituição de 1988: práticas institucionais. **Lua Nova**. São Paulo, n. 58, p. 37-60, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: várias datas. 2009a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 511.961**. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> . Acesso em: várias datas. 2009b.

5.6 - Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger

NAPOLITANO, Carlo José. Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger. In: BRITTES, J. (Org.). *Saber militante: teoria e crítica nas políticas de comunicação do Brasil*. 1ed. São Paulo: Intercom, 2013, p. 177-193.

Regulação Jurídica Constitucional da Liberdade de Expressão e a sua Concretização pelo Supremo Tribunal Federal: análise do caso Siegfried Ellwanger⁵²

Carlo José Napolitano⁵³

Resumo

O presente trabalho visa à apresentação da regulação jurídica constitucional do direito à liberdade de expressão do pensamento, almejada pelo processo constituinte de 87/88, bem como objetiva analisar a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a esse direito fundamental, tendo por referência a decisão proferida no Habeas Corpus 82.424-2. O presente texto é parte integrante de pesquisa em andamento que objetiva analisar a regulação constitucional e a concretização pelo STF do direito à comunicação.

Palavras-chave: Regulação. Constituição. Liberdade de expressão. Relatividade dos direitos fundamentais.

Constitutional regulation of the freedom of speech and its implementation by the Brazilian Supreme Court: A analysis of the Siegfried Ellwanger case.

Abstract

This text aims to introduce the constitutional regulation of the freedom of speech, desired by the constituent process of 87/88, and also aims to analyze the interpretation imputed by the Brazilian Supreme Court (STF) to this fundamental right in the judgment of the Habeas Corpus 82.424-2. This text is a part of ongoing research that aims to verify the constitutional regulation and the implementation by the STF of the right to communication.

Keywords: Legal regulation. Constitution. Freedom of speech. Relativity of fundamental rights.

Regulación jurídica constitucional de la libertad de expresión y su aplicación por la Corte Suprema: análisis de la acción judicial de Siegfried Ellwanger

Resumen

⁵² Uma primeira versão deste trabalho foi apresentada no GP Políticas e Estratégias de Comunicação do XII Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, evento realizado em Fortaleza/CE, em setembro de 2012.

⁵³ Professor de Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Câmpus da UNESP - Bauru/SP, doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras – Unesp – Araraquara/SP. carlonapolitano@faac.unesp.br

El presente trabajo presenta la regulación jurídica constitucional del derecho relacionada con la libertad de expresión del pensamiento, tal como fue entendida en el proceso constituyente de 87/88, así como objetiva analizar la interpretación atribuida por el Supremo Tribunal Federal (STF) a ese derecho fundamental, tiendo por referencia la decisión proferida en el Habeas Corpus 82.424-2. El presente texto es parte integrante de una investigación en desarrollo que objetiva analizar la regulación constitucional y la concretización por el STF del derecho a la comunicación. **Palabras Clave:** Regulación jurídica. Constitución. Libertad de expresión. Relatividad de los derechos fundamentales

Introdução

O presente texto foi extraído de uma pesquisa em andamento⁵⁴ que visa investigar a regulação⁵⁵ jurídica constitucional do direito à comunicação⁵⁶ e para tanto propõe a revisitação ao processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para o direito à comunicação. Além disso, pretende analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), comparando a intenção constituinte com a concretização judicial. Parte a pesquisa de alguns pressupostos: que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Sendo um desses valores substantivos almejados à proteção e a concretização dos direitos fundamentais⁵⁷; que o direito à comunicação, com a constituição de 88, ganhou *status* de direito fundamental, aplicando-se assim a teoria desses direitos na interpretação e aplicação daqueles e, por fim, que a constituição de 88 atribui ao judiciário o papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Por hipótese, a pesquisa partiu do pressuposto que a intenção constituinte foi a de regular alguns direitos relacionados ao direito à comunicação e que ao analisar casos referentes à temática

⁵⁴ A pesquisa denominada “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal” conta com auxílio financeiro da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), processo n. 2011/00745-0.

⁵⁵ O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas. São, portanto, medidas estatais, tanto legislativas como administrativas, que visam controlar e ou influenciar os comportamentos “dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos (CARVALHO, 2002). Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7).

⁵⁶ A pesquisa considera que o direito à comunicação é composto por um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que reunidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação podem ser relacionados: o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a propriedade dos meios, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial, dentre outros, conforme Brant e Kameoka (2005).

⁵⁷ A teoria dos direitos fundamentais enfoca o mesmo tema com expressões diversas, tais como, direitos fundamentais, direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, além de outras tantas. A expressão “direitos fundamentais” é tida como a mais adequada, pela teoria jurídica brasileira, pois foi a adotada no texto da constituição federal. A título de observação Bonavides (2000) menciona que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é mais utilizada pelos teóricos alemães. Já para Schäfer (2001), direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e previstos nas constituições, enquanto os direitos humanos são aqueles previstos nos documentos de direito internacional, como os casos dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

o STF, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer forma ou possibilidade de regulação desse direito.

Como exemplos de possibilidade de regulação podem ser citados os seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, IV que dispõe ser livre a manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato; artigo 5º, V que garante o direito de resposta; artigo 5º, XIV que assegura o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte; artigo 5º, XXXIII que garante o acesso às informações públicas, ressalvadas aquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado; art. 220, parágrafo 3º que prevê a edição de lei federal para regular as diversões e espetáculos públicos, no que diz respeito a sua natureza e faixa etária indicada e adequação de local e horário de apresentação (inciso I) e regular a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II, segunda parte); e art. 220, parágrafo 4º, que prevê a restrição à propaganda comercial de tabaco, bebida alcoólica, agrotóxicos, medicamentos e terapias, dentre outras previsões constitucionais.

Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte de 87/88, relativos à regulação do direito à comunicação. A pesquisa é realizada nos Diários do Congresso Nacional (DCN), organizados em CD-Rom, em 2008, pela Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Congresso Nacional, que contém na íntegra os debates constituintes.

Concomitante a pesquisa nos DCN, são analisados os julgados do STF que tratam direta ou indiretamente do direito à comunicação. Especial atenção está sendo dada às ações constitucionais, justificando-se essa forma de análise, pois esse é o *locus* privilegiado do confronto entre a ordem constitucional estabelecida e a legislação infraconstitucional produzida, antes ou depois do advento de uma nova constituição. A metodologia utilizada na análise dos julgados segue o seguinte roteiro: leitura minuciosa do relatório e do voto condutor nos julgados selecionados. Considera-se ainda: quem foi o proponente da ação e qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores são reproduzidos e ao final da apresentação, são traçadas breves considerações sobre o julgado.

As pesquisas de jurisprudência estão sendo realizadas no site do STF e pretende-se analisar, dentre outros, os seguintes casos: a ADPF 130 que tratou da lei de imprensa; o Rex 511.961 que analisou a necessidade de diploma em curso superior para o exercício da profissão de jornalista⁵⁸; Reclamação n. 9.428 que tratou da liberdade de imprensa envolvendo o jornal O Estado de São Paulo e Fernando José Macieira Sarney; as Adins n. 3987 e 4077 que tratavam do direito à informação; o HC 82.424-2.

Por fim, a pesquisa pretende comparar as propostas da ANC com as decisões do STF para confirmar ou não a hipótese da pesquisa.

Este trabalho tratará especificamente da regulação constitucional da liberdade de expressão e apresentará uma análise do HC 82.424-2 relacionado a essa questão jurídica.

Definição e regulação constitucional da liberdade de expressão

De acordo com a clássica teoria do direito constitucional brasileiro, a liberdade de expressão do pensamento é o direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto. (SILVA, 2010).

Na liberdade de expressão está contida a liberdade de opinião, reconhecida como a liberdade de expressão primária, que consiste na prerrogativa da pessoa de adotar a postura intelectual que quiser e, se for da sua vontade, exteriorizar essa opinião por qualquer meio, através dos meios de comunicação⁵⁹, das artes, das ciências, das religiões, etc. Esse direito garante até mesmo a liberdade do indivíduo, se desejar, de não expressar a sua opinião.

⁵⁸ A ADPF 130 e o REX 511.961 já foram analisados e os resultados divulgados no XI Congresso da ALAIC/2012.

⁵⁹ Para Comparato (2010), no sistema capitalista, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa foram transformadas em liberdade de empresa, ou da empresa midiática. No mesmo sentido para Kucinski (2011, p. 16) “os proprietários da grande mídia identificam liberdade de expressão, um dos direitos humanos

A liberdade de expressão considerada de forma ampla, segundo Stroppa (2010, p. 60) engloba a possibilidade de difundir livremente crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, por meio da palavra, oral, escrita, da imagem, do gesto e até do silêncio.

Configura então “a possibilidade de exteriorização do pensamento no que toca aos sentimentos, sensações, manifestações criativas, enfim, à circulação das mais variadas mensagens sobre os mais diversos temas” (STROPPA, 2010, p. 61). A liberdade de expressão protege os mais diversos tipos de discursos, no entanto, esses discursos encontram limitações se atentarem contra outros direitos protegidos pela constituição. (STROPPA, 2010, p. 62).⁶⁰

Observe-se que em diversos dispositivos o texto constitucional brasileiro faz referência à liberdade de expressão do pensamento. No artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dois incisos tratam do tema. O inciso IV dispõe que é livre a manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato e no IX está disposto que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Já o artigo 220, no capítulo da Comunicação Social, disciplina que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Fundamentação teórica da liberdade de expressão

Segundo Binenbojm e Pereira Neto (2005), em prefácio a obra de Owen Fiss sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos, há duas correntes teóricas predominantes acerca desse direito fundamental naquele país.

Uma conhecida como *proteção da autonomia discursiva* e também denominada *teoria libertária*, que orbita na esfera do autor da mensagem, visando à proteção da autonomia privada e a liberdade de expressão do pensamento, sem interferências externas. Essa corrente teórica defende a abstenção do Estado e quando ocorrer interferência, esta deve limitar-se à proteção dos direitos do emissor da mensagem. A corrente apregoa que qualquer tentativa de cercear os direitos do emissor pode ser considerada como inconstitucional⁶¹.

E uma segunda corrente, denominada *teoria democrática*, que entende a liberdade de expressão como “instrumento para a promoção de diversidade na esfera pública, exigindo uma atuação positiva do Estado na abertura e/ou ampliação do espaço conferido a diversos grupos no debate democrático” (BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005, p. 2). Para essa matriz, a preocupação maior é com os receptores das mensagens e estaria identificada com a cidadania e com a vontade comum, visando à “construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública”, (BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005, p. 6) sendo a regulação estatal estratégica para a criação de uma “cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno”.

fundamentais, com liberdade da indústria de comunicação, que é um direito empresarial. Como se as empresas fossem as detentoras exclusivas do direito de expressão.”

⁶⁰ A teoria dos direitos fundamentais enfoca o mesmo tema com expressões diversas, tais como, direitos fundamentais, direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, além de outras tantas. A expressão “direitos fundamentais” é tida como a mais adequada, pela teoria jurídica brasileira, pois foi a adotada no texto da constituição federal. A título de observação Bonavides (2000) menciona que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é mais utilizada pelos teóricos alemães. Já para Schäfer (2001), direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e previstos nas constituições, enquanto os direitos humanos são aqueles previstos nos documentos de direito internacional, como os casos dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

⁶¹ Para os adeptos da corrente liberal o remédio clássico para minimizar falhas no ambiente discursivo seria mais discurso e não a regulação estatal. No entanto, Fiss (2005) advoga que esse remédio em alguns casos soaria no vazio. O exemplo dado pelo autor é da incitação ao ódio. Nesses casos, a vítima teria diminuída a sua auto-estima, eliminando a participação desta no debate público, portanto, mais discurso sobre essas ações seria inócuo. (FISS, 2005, p. 47).

(BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005, p. 7), atribuindo-se ao Estado o papel de curador do discurso público⁶².

Binenbojm e Pereira Neto (2005, p. 10 e p. 13) indicam que Fiss é um teórico da ideia de que o Estado pode ser um grande defensor da liberdade de expressão e não o seu algoz, da mesma forma defende que grupos privados também “podem restringir a liberdade de expressão tanto quanto o Estado”, por isso, a atuação estatal em relação à liberdade de expressão é uma intervenção a favor e não contra essa liberdade.

No entanto, indicam que o excesso de atuação pode levar ao Estado controlador, totalitário e, por sua vez, a falta de regulação levaria a exclusão de determinados setores da sociedade do uso da liberdade de expressão (BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005, p. 4), sendo essas as ironias relacionadas a esse direito fundamental⁶³.

Reconhecem os autores citados que no Brasil a regulação estatal da liberdade de expressão é um verdadeiro tabu, em especial, pela lembrança do período militar autoritário e que qualquer tentativa de atuação do Estado, nesta seara, é vista como censura.

Nesse mesmo sentido para Lima (2010, p. 21), no Brasil, em relação a qualquer tentativa de regulação jurídica da liberdade de expressão, há “uma interdição não declarada a esse tema, cuja mera lembrança sempre provoca rotulações de autoritarismo e retorno à censura”.

E como reflexo desse entendimento, de acordo com Comparato (2010, p. 10), mesmo havendo a exigência constitucional de elaboração de legislação ordinária regulamentadora desse direito, o que se verifica é que o “Congresso Nacional é sistematicamente paralisado pela pressão dominante das empresas de comunicação”⁶⁴.

Em outro trabalho (NAPOLITANO, 2011) ficou concluído, do mesmo modo que Comparato, que não há interesse do legislativo brasileiro em regular as atividades econômicas relacionadas à comunicação social, haja vista que das sete exigências constitucionais de elaboração legislativa referente a este setor da atividade econômica, previstas no Título VIII, capítulo V da constituição federal, que regula a comunicação social, apenas três leis ordinárias foram aprovadas até os dias de hoje.

Limitabilidade dos Direitos Fundamentais

A teoria dos direitos fundamentais compreende que estes direito caracterizam-se pela limitabilidade. Entende-se que não há direito fundamental absoluto. Quando houver um choque envolvendo dois direitos fundamentais poderá ocorrer a invasão “do âmbito de proteção de outro”. (ARAUJO E NUNES JUNIOR, 2001, p. 81). Nesses casos, será necessária a aplicação da regra da cedência recíproca, sendo necessária a harmonização dos direitos em conflito.

Para Araujo e Nunes Junior (2001, p. 81) o próprio direito constitucional brasileiro⁶⁵ já previu algumas hipóteses de conflito e, de antemão, harmonizou-os, como é o caso da propriedade

⁶² Quando o Estado regula a liberdade de expressão está “exercendo o seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade no trânsito”. (FISS, 2005, p. 47).

⁶³ O principal argumento de Fiss (2005), que reconhece que o Estado pode tanto ser um agente opressor quanto uma fonte de liberdade, quando a concentração do poder privado inibe a liberdade de expressão, está centrado na garantia da igualdade, sendo esse direito uma das vigas mestras do ordenamento jurídico ao lado do direito à liberdade. Segundo Fiss (2005, p. 43), no embate judicial norte americano tem prevalecido a liberdade em detrimento da igualdade, no entanto, acrescenta que “a Constituição não oferece qualquer guia sobre como tal escolha deveria ser feita.”

⁶⁴ Ainda de acordo com Comparato (2010, p. 12) hoje no Brasil há uma “absoluta convergência na defesa do capitalismo e na desregulamentação do setor de comunicação social”.

⁶⁵ A ideia da limitabilidade dos direitos fundamentais já estava presente nos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 87/88. Especificamente em relação à liberdade de manifestação do pensamento, o relator da Comissão Temática da Família, Educação, Cultura e Esportes, Ciência e Tecnologia e Comunicação, deputado Artur da Távola menciona que “o que nós fizemos foi proibir na Constituição a ação da censura, segundo, foi garantir a liberdade de pensamento de manifestação, terceiro, retirar do Estado o direito de censurar [...]. Não se trata de consagrar a impunidade, trata-se de impedir que haja a censura na origem da criação, na origem da informação, garantindo o direito da liberdade de expressão. É evidente que a todo direito correspondem deveres” (SEEP, 2008, p. 180). Essa manifestação que correlaciona direitos e

privada e da desapropriação, prevendo o legislador constitucional a regra da prévia e justa indenização nos casos de desapropriação. Pode ser mencionada também, como exemplo, a regra sobre a liberdade de manifestação do pensamento, limitada pela necessária identificação do autor da manifestação, vedando-se constitucionalmente o anonimato.

No entanto, segundo Araujo e Nunes Junior (2001, p. 82) pode haver conflito de interesse sem prévia regulação constitucional. Mencionam como exemplo o conflito entre o direito à informação e a proteção à privacidade. Para esses casos não há regra hermenêutica a ser observada, pois o conflito localiza-se no plano da realidade concreta e não no plano jurídico normativo. Diante disso, não é possível fixar um padrão de interpretação em abstrato, de antemão, *a priori*, tendo em vista que o conflito é uma realidade concreta. Para esses casos, indicam que o critério interpretativo a ser seguido é a regra proposta por Canotilho e Vital Moreira “da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e de sua mínima restrição”, regra também conhecida como concordância prática.

Utilizando-se desse critério interpretativo o aplicador do direito, de acordo com Moraes (2009, p. 33), em um caso concreto de conflito entre direitos fundamentais, coordena e combina “bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros”.

Diante disso, compreende-se que a limitabilidade de um direito fundamental, nesses casos onde não há previsão constitucional somente pode ocorrer após um conflito concreto de direitos, observando-se que a limitação de um direito fundamental é apenas momentânea, para aquele caso concreto em análise.

Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o caso Sigfried Ellwanger

O Habeas Corpus (HC) em análise foi o resultado de um processo que teve início com o ajuizamento de Ação Penal, perante a justiça gaúcha, em relação a Sigfried Ellwanger.

A denúncia, recebida em 14 de novembro de 1991, acusava Sigfried Ellwanger pela prática de racismo contra os judeus, manifestada pela publicação e edição de livros de conteúdo antissemita.

O réu foi absolvido em primeira instância, tendo sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a dois anos de reclusão, em 31 de outubro de 1996. Contra esta decisão, o réu interpôs Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça que manteve a condenação. Insatisfeito, novamente o condenado recorreu da decisão, desta vez, impetrando o Habeas Corpus n. 82.424-2 no Supremo Tribunal Federal.

O Habeas Corpus visava à absolvição do réu sob o argumento de que não houve crime de racismo, pois judeu não é raça e também pela prescrição da condenação.

Em 12 de setembro de 2002 o HC foi distribuído ao Ministro do STF Moreira Alves, designado relator do processo. O julgamento teve início em 12 de dezembro de 2002, com a apresentação do relatório e do voto do Ministro Alves concedendo a ordem de habeas corpus, fundamentando a sua decisão no argumento de que judeu não é raça e pela extinção da punibilidade pela prescrição.

O Ministro Maurício Corrêa divergindo do voto do relator, solicita vista dos autos, adiando o julgamento. O mesmo é retomado em 09 de abril de 2003, com a apresentação do voto vista do Ministro Corrêa. O julgamento após mais duas sessões é finalizado em 17 de novembro de 2003.

O Supremo por maioria negou o habeas corpus. Votaram pelo indeferimento do pedido os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Pelluso que acompanharam o voto divergente do Ministro Maurício Corrêa, designado para lavrar o acórdão. Votaram pela concessão do HC os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto.

Muito embora a questão da liberdade de expressão tenha sido um tema reflexo no julgamento, para fins deste trabalho interessa-nos a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca desse direito.

deveres revela o caráter limitado dos direitos fundamentais que devem ser sopesados quando confrontarem outros.

Ficou assentada na ementa do acórdão, a seguinte interpretação pelo STF (2003, p. 526):

liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

No voto condutor proferido pelo Ministro Maurício Correa e que foi seguido pela maioria dos Ministros do STF restou reafirmada a ideia da limitabilidade dos direitos fundamentais, portanto, considerada jurídica, no caso analisado, a restrição à liberdade de expressão do pensamento. Sobre a questão assim se manifestou o Ministro Correa (STF, 2003, p. 584)

penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

Neste caso, pode-se observar que a decisão do Supremo está alinhada a teoria dos direitos fundamentais, em especial, como o princípio hermenêutico da concordância prática, conforme trecho abaixo do voto condutor (STF, 2003, p. 584)

A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente.

Também a decisão alinha-se a teoria dos direitos fundamentais que dispõe não ser possível fixar-se um padrão de interpretação em abstrato, de antemão, *a priori*, tendo em vista que o conflito é uma realidade concreta. Nesse sentido, no voto, o Ministro Corrêa assim se manifestou

Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’, a que se refere a doutrina. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se um jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco”. (STF, 2003, p. 584/585)

Considerações finais

Os apontamentos até aqui apresentados permitem levantar algumas considerações, mesmo que preliminares à pesquisa em desenvolvimento.

Conclui-se que a constituição federal de 1988 adotou a teoria dos direitos fundamentais que prevê a possibilidade de limitação desses direitos quando em choque com outros na mesma natureza.

Extraí-se também com a análise do HC 82.424-4 que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, neste caso concreto, a limitabilidade dos direitos fundamentais, aplicando-se essa regra para a liberdade de expressão.

Diante disso, conclui-se que a liberdade de expressão do pensamento não é um direito absoluto, podendo ser limitado em casos concretos pelo judiciário.

Referências

AGUILLAR, F. H. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAÚJO, L. A., NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, G.; PEREIRA NETO, C. M. da S. Prefácio de: FISS, O. M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANT, J.; KAMEOKA, M. (Coord.). **Direito à comunicação no Brasil**. Entrevistas – Coletivo Brasil de Comunicação Social, junho de 2005. Disponível em: <www.scribd.com/doc/5619429/Direito-a-comunicacao-no-Brasil-Entrevistas>. Acesso em: vários acessos.

CARVALHO, V. M. de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

COMPARATO, F. K. Prefácio de: LIMA, V. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010.

FISS, O. M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONCALVES, M. E. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

KUCINSKI, B. Prefácio de: LIMA, V. A. de. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011.

LIMA, V. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NAPOLITANO, C. J. A regulação constitucional da Comunicação Social e a efetivação de suas normas. **ALCEU**: Revista de Comunicação, Cultura e Política, n. 24, jan/jul. Rio de Janeiro, 2012.

SCHÄFER, J. G. **Direitos fundamentais, proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. Secretaria de Anais. **Assembleia Nacional Constituinte – 20 anos**: Atas da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação. Brasília, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STROPPIA, T. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.424-2**, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em várias datas, 2003.

5.7 - O direito à comunicação no plenário da Assembleia Nacional Constituinte

NAPOLITANO, Carlo José. O direito à comunicação no plenário da Assembleia Nacional Constituinte. *Animus* (Santa Maria. Online), v. 13, p. 253-271, 2014.

O DIREITO À COMUNICAÇÃO NO PLENÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE⁶⁶

Carlo José Napolitano

RESUMO

O presente trabalho trata-se de um relato parcial de pesquisa em andamento que pretende verificar a regulação do direito à comunicação, elaborado durante o processo constituinte de 87/88. Por hipótese, a pesquisa considera que a intenção constituinte era de regular os direitos relacionados à comunicação. Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte, relativos à regulação do direito à comunicação. Neste trabalho especificamente serão apresentados os resultados da pesquisa nos debates parlamentares que ocorreram no plenário da Assembleia Nacional Constituinte. Os resultados parciais da pesquisa apontam que a constituinte pretendeu impor um controle social ao direito à comunicação, corroborando deste modo esta hipótese da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: direito à comunicação; processo constituinte; regulação jurídica.

THE RIGHT TO COMMUNICATION IN THE PLENARY OF THE NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY

ABSTRACT

This text is part of ongoing research that aims to verify the constitutional regulation of the communication rights, elaborated by constituent process on 87/88. For hypothesis, the research considers that was the intention of the constituent regulate the rights related to the communication. To fulfill to these objectives the research analyzes the legislative proposals and debates during the constituent process, related to the regulation of communication rights. In this text specifically will be presented the results of the research the parliamentary debates that had occurred in the plenary of the National Constituent Assembly. The partial results of the research point that the constituent intended to impose a social control to the communication rights, corroborating in this way this hypothesis of the research.

KEYWORDS: communication rights; constituent process; legal regulation.

EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN EN EL PLENARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

RESUMEN

El presente trabajo es un informe parcial de la investigación en curso que tiene como objetivo examinar la regulación del derecho a la comunicación, redactado durante el proceso constitucional de 87/88. Por hipótesis, la investigación concluye que la intención era la de regular los derechos constitucionales relacionados con la comunicación. Para cumplir con estos objetivos, la investigación examina las propuestas y los debates legislativos durante el proceso constitucional, relativo a la regulación del derecho a la comunicación. Este trabajo será presentado específicamente los resultados de búsqueda en los debates parlamentarios que se produjeron en el plenario de la Asamblea Nacional Constituyente. Los resultados parciales de la investigación

⁶⁶ Uma primeira versão do presente artigo foi apresentado no XXI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em novembro de 2012.

muestran que la constituyente trató de imponer el control social sobre el derecho a la comunicación, lo que corrobora la hipótesis de la investigación.

PALABRAS CLAVE: derecho a la comunicación; proceso constitucional; regulación legal.

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de relato parcial de pesquisa⁶⁷ em andamento que visa investigar a regulação jurídica constitucional do direito à comunicação⁶⁸ e para tanto propõe a revisitação ao processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante o processo constituinte para o direito à comunicação. Além disso, pretende analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização / efetivação desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal, comparando a intenção constituinte com a concretização judicial.

Parte a pesquisa de alguns pressupostos: que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Sendo um desses valores substantivos almejados no processo constituinte à proteção e a concretização dos direitos fundamentais; que o direito à comunicação, com a constituição de 88, ganhou *status* de direito fundamental⁶⁹ e assim deve ser compreendido, aplicando-se a teoria dos direitos fundamentais na interpretação e aplicação desse direito e, por fim, que a constituição de 88 atribui ao judiciário o papel de garantidor dos direitos fundamentais.

A pesquisa que se apresenta visa, então, dois objetivos: investigar a regulação constitucional do direito fundamental à comunicação e para tanto revisita o processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação constitucional do direito fundamental à comunicação elaborado durante o processo constituinte de 87/88 e analisa e interpreta, também em uma visão histórica dogmática, a concretização / efetivação desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal, para, por fim, compará-las.

Para tanto, analisa as propostas e os debates legislativos travados durante o processo constituinte de 87/88, relativos à regulação do direito à comunicação. Essa parte da investigação é realizada nos Diários do Congresso Nacional, disponíveis *on line* e em CD (*compact disc*), organizados, em 2008, pela Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Congresso Nacional, e que contém na íntegra os debates constituintes. Concomitante a essa investigação, estão sendo analisados julgados do Supremo Tribunal Federal, em ações constitucionais⁷⁰, que

⁶⁷ A pesquisa intitulada “Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal” conta com auxílio financeiro da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), processo n. 2011/00745-0.

⁶⁸ A pesquisa considera que o direito à comunicação é composto por um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que reunidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito fundamental à comunicação podem ser relacionados: o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a propriedade dos meios, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial, dentre outros, conforme Brant e Kameoka (2005).

⁶⁹ A teoria dos direitos fundamentais enfoca o mesmo tema com expressões diversas, tais como, direitos fundamentais, direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, além de outras tantas. A expressão “direitos fundamentais” é tida como a mais adequada, pela teoria jurídica brasileira, pois foi a adotada no texto da constituição federal. A título de observação Bonavides (2000) menciona que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada entre os autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão “direitos fundamentais” é mais utilizada pelos teóricos alemães. Já para Schäfer (2001), direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e previstos nas constituições, enquanto os direitos humanos são aqueles previstos nos documentos de direito internacional, como os casos dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Na presente pesquisa a terminologia utilizada será “direitos fundamentais”.

⁷⁰ Por ações constitucionais entende-se as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade, arguições de descumprimento de preceitos fundamentais; recursos extraordinários. Como exemplos de ações constitucionais relacionadas ao direito à comunicação podem ser mencionadas: a ADPF 130 que tratou da lei de imprensa; o Rex 511.961 que analisou a necessidade de diploma em curso superior para o exercício da profissão de jornalista; Reclamação n. 9.428 que tratou da liberdade de

tem por objeto temas relacionados ao direito à comunicação. A investigação jurisprudencial é realizada no site do Supremo Tribunal Federal⁷¹.

Por hipótese, a pesquisa partiu do pressuposto que a intenção constituinte foi a de regular⁷² alguns direitos relacionados ao direito à comunicação⁷³, em especial, aqueles relacionados à comunicação social, e que ao analisar casos referentes à temática, o Supremo, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos⁷⁴, extirpando qualquer possibilidade de regulação da interpretação e consequente aplicação das normas constitucionais.

Neste texto serão apresentados os resultados da pesquisa realizada nos Diários da Constituinte, especificamente, os debates parlamentares que ocorreram em plenário na Assembleia Nacional Constituinte e para tanto está assim estruturado: apresentação de um breve resumo do processo decisório da ANC, metodologia da pesquisa, resultados dos achados no plenário da ANC e conclusões.

BREVE RESUMO DO PROCESSO DECISÓRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 02 de fevereiro de 1987 e terminou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova constituição.

No intuito de racionalização dos trabalhos os 559 deputados e senadores constituintes foram subdivididos em 34 foros decisórios, sendo que a elaboração do novo texto constitucional “devia começar pelas 24 subcomissões temáticas, que entregariam seus anteprojetos a 8 comissões temáticas e estas, seus anteprojetos à Comissão de Sistematização, que por sua vez entregaria ao Plenário da ANC o Projeto de Constituição” (PILATTI, 2008, p. 57)⁷⁵.

imprensa envolvendo o jornal O Estado de São Paulo e Fernando José Macieira Sarney; as Adins n. 3987 e 4077 que tratavam do direito à informação; dentre inúmeras outras.

⁷¹ No portal do Supremo Tribunal Federal há um sofisticado sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Utilizamos desse recurso quando da elaboração da pesquisa para a tese de doutoramento.

⁷² O termo regulação está sendo usado no presente trabalho no sentido de regulação normativa que compreende, segundo Aguillar (2006), a regulamentação legal e as atividades acessórias de fiscalização e imposição de sanções para as condutas ilícitas. Regular, em outras palavras, seria definir direitos e deveres, delimitar o exercício de direitos, clarificar as suas condições de uso, defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dos direitos (GONÇALVES, 2003, p. 7).

⁷³ Essas restrições podem ser verificadas nos seguintes comandos constitucionais: artigo 5º, IV; V; XIII; XIV; XXXIII; artigo 93, IX e artigo 220, especialmente, nos parágrafos 3º e 4º.

⁷⁴ Alguns julgados, como a ADPF 130 e o Rex 511.961 já foram analisados e os resultados divulgados em eventos científicos e em publicações científicas.

⁷⁵ I) COMISSÃO DA SOBERANIA E DOS DIREITOS E GARANTIAS DO HOMEM E DA MULHER: I-A) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; I-B) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; I-C) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. II) COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO: II-A) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; II-B) Subcomissão dos Estados; II-C) Subcomissão dos Municípios e Regiões. III) COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO: III-A) Subcomissão do Poder Legislativo; III-B) Subcomissão do Poder Executivo; III-C) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. IV) COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO ELEITORAL, PARTIDÁRIA E GARANTIA DAS INSTITUIÇÕES: IV-A) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; IV-B) Subcomissão da Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; IV-C) Subcomissão de Garantia da Instituição, Reformas e Emendas. V) COMISSÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO, ORÇAMENTO E FINANÇAS: V-A) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas; V-B) Subcomissão de Orçamentos e Fiscalização Financeira; V-C) Subcomissão do Sistema Financeiro. VI) COMISSÃO DA ORDEM ECONÔMICA: VI-A) Subcomissão Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e Atividade Econômica; VI-B) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; VI-C) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. VII) COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL: VII-A) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; VII-B) Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente; VII-C) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. VIII) COMISSÃO DA FAMÍLIA, DA EDUCAÇÃO, CULTURA E ESPORTES, DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA E DA COMUNICAÇÃO: VIII-A) Subcomissão da

Em trabalho pioneiro sobre a constituinte, Pilatti (2008, p. 5) relatou que “a grande dificuldade de escrever uma ‘história da Constituinte de 1987-88’ reside justamente na gigantesca dimensão daquele processo decisório, seja no que se refere à temporalidade (quatro fases, além da preliminar, todas percorridas em 20 meses), seja no que se refere ao espaço decisório (34 foros)”.

Ainda segundo Pilatti (2008, p. 52), devido a essa divisão de trabalhos, a sociedade brasileira presenciou uma extensa “agenda constitucional”.

Verificou-se, também, que a divisão inicial dos trabalhos constituintes reflete, com algumas poucas alterações, o resultado final do processo constituinte. Como exemplo, a comunicação social foi alocada na oitava comissão que tinha por objeto tratar das questões relacionadas à família, à educação, à cultura e esportes, à ciência e tecnologia e à comunicação. Na divisão das subcomissões a comunicação social foi alocada juntamente com a ciência e tecnologia na subcomissão 8B. A redação final da constituição alocou a comunicação social no Título VIII (Da Ordem Social), havendo, desta forma, a fusão das comissões temáticas de número 8 e 7, esta última tratava especificamente das questões relacionadas à ordem social, como os direitos dos trabalhadores, dos servidores públicos, da saúde, seguridade e meio ambiente, negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias. Como dito, de maneira geral, a estrutura dos trabalhos da constituinte, desde o início, reflete a redação final do texto constitucional. Algumas exceções podem ser apontadas como a transposição dos direitos trabalhistas para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais e a transferência dos direitos dos servidores públicos para o Título III, que dispõe sobre a organização do Estado.

Os trabalhos das subcomissões efetivamente tiveram início em 07 de abril de 1987 e terminaram em 22 de maio de 1987. As comissões iniciaram as atividades em 25 de maio, finalizando em 15 de junho de 1987. A comissão de sistematização vigorou de 26 de junho a 18 de novembro 1987, enquanto o plenário esteve reunido de 27 de janeiro a 22 de setembro de 1988 (primeiro e segundo turnos de votação e votação da redação final), quando “o conjunto dos 559 constituintes reassumiu o papel antes delegado às Subcomissões, Comissões Temáticas e à Comissão de Sistematização nas sucessivas fases anteriores.” (PILATTI, 2008, p. 229).

Observe-se, no entanto, que o plenário do Congresso Nacional também funcionou durante todo o processo constituinte e relata-se que durante a ANC, somente no plenário, foram realizadas 341 sessões dedicadas a discussões sobre os temas constitucionais, os trabalhos nas Subcomissões e as questões de política ordinária.

METODOLOGIA DAS PESQUISAS NO PLENÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Inicialmente pensou-se, tendo em vista a imensidão⁷⁶ das informações contidas nos DCN, a realização da pesquisa através de buscas por palavras-chave relacionadas à temática da investigação, buscando-se as seguintes expressões: “comunicação social”; “meios de comunicação”; “liberdade de imprensa”; “direito à informação”; “oligopólio dos meios”; “monopólio dos meios”, para posterior leitura dos achados.

Com a seleção quantitativa separou-se os relatos, debates e proposições relacionados à temática, efetivando-se a leitura dos mesmos.

Os achados nos diários serão transcritos a seguir, em ordem cronológica, mencionando-se qual o constituinte que proferiu o discurso, o partido e estado de origem, os argumentos do parlamentar, no intuito de verificar a sua linha ideológica. Na sequência serão traçados breves comentários sobre a manifestação do constituinte em sede de conclusões.

Educação, Cultura e Esportes; VIII-B) Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; VIII-C) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso. COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO. PLENÁRIO. No trabalho de Pilatti (2008) há a indicação dessa divisão, inclusive com os nomes dos constituintes que integravam cada uma delas.

⁷⁶ Para se ter uma ideia da dimensão dos dados a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 02 de fevereiro de 1987 e terminou em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova constituição. Nesse período (um ano, oito meses e três dias), foram realizadas 341 sessões plenárias. Para cada sessão há um diário com o registro de todas as falas e proposições.

RESULTADOS DAS PESQUISAS NO PLENÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Quantitativamente a pesquisa nas atas das reuniões do plenário chegou aos seguintes resultados: 124 aparições da expressão comunicação social, 421 para meios de comunicação, 56 para liberdade de imprensa, 14 para direito à informação, 3 para oligopólio dos meios e nenhuma para monopólio dos meios.

Verificou-se que desde o início dos trabalhos constituintes o direito a comunicação recebeu destaque durante o processo, como se observa na análise qualitativa.

No mês de abril de 1987 o deputado Vladimir Palmeira (PT/RJ) profere discurso alegando que a liberdade de expressão somente é assegurada na sua plenitude se houver uma verdadeira “democratização dos meios de comunicação”, não sendo possível, desta forma, tolerar-se o monopólio na propriedade dos meios, tornando-se esse um instrumento de poder. (SEEP, 2008, p. 178/179).

No mesmo sentido, o deputado Airton Cordeiro (PDT/PR) se manifesta acerca da futura regulação dos meios de comunicação social, compreendendo ser este um dos mais sensíveis e polêmicos assuntos a serem tratados no futuro texto constitucional, pois “a concessão dos direitos de exploração dos canais de rádio e televisão se transformou, através dos anos, em instrumento poderoso de ação política, em instrumento cerceador da voz daqueles compromissados com os princípios democráticos do País”, bem como o uso das emissoras de rádio e televisão podem transformar-se em instrumentos de doutrinação, verdadeira catequese ideológica e, por isso, “a concessão de emissoras de rádio e televisão não pode ser um trampolim pura e simplesmente para objetivos políticos, não pode ser o cerceamento do direito à opinião, à livre manifestação de todos os cidadãos deste País”. (SEEP, 2008, p. 214/215)

Em maio de 1987 o constituinte Gonzaga Patriota (PMDB/PE), retoma a temática em plenário, alegando que o direito de comunicação deve ser livre e garantido a todos os brasileiros, no entanto, propõe restrições à propaganda de remédios, fumo e bebidas alcoólicas, bem como sugere a definição de “um percentual mínimo de programas culturais, musicais e educativos nos meios de comunicação”. Ademais, propõe a possibilidade de lei estabelecer “formas de controle da sociedade civil sobre os meios de comunicação”, sugere ainda a revogação de leis, dentre outras, da lei de imprensa. No entanto, discursa o constituinte que

para a construção de uma sociedade democrática, se faz mister que se assegure, amplamente, a liberdade dos meios de comunicação social, e acreditamos que será mantida a tradição existente desde a Carta Política de 1824, que proclamou a liberdade de imprensa. O direito social da comunicação não pode servir para a criação de monopólios da informação e do controle da opinião pública nacional por grupos econômicos, devendo, por isso mesmo, a União adotar critérios mais adequados à defesa do povo, quando da concessão pública de canais de rádio e de TV (SEEP, 2008, p.128-131)

O deputado Sólon Borges dos Reis (PTB/SP) afirma em plenário que não há democracia sem imprensa livre, pois “a opinião pública se constitui e se consolida com a informação e a imprensa concorre para sua formação e deve ser sua intérprete. E a opinião pública é instituição essencial ao regime democrático”, defende “a abolição de toda e qualquer censura à imprensa, que deve ter liberdade irrestrita”, mas relembra que não há liberdade de imprensa irresponsável e que “a irresponsabilidade nos meios de comunicação não pode merecer a solidariedade de ninguém”. (SEEP, 2008, p. 284).

Ainda no mês de maio, o constituinte Jorge Vianna (PMDB/BA), pronuncia extenso discurso, sugerindo, dentre inúmeras outras propostas, que a nação brasileira, através da nova constituição, deve definir “com clareza a natureza nacional de seus meios de comunicação de massa, suas finalidades sociais, seus limites e suas responsabilidades sociais, dando ao povo a competência para propor a cassação de concessões, quando fugindo ao que por ele foi definido”. (SEEP, 2008, p. 318/320)

Vladimir Palmeira (PT/ RJ) retorna à tribuna, em junho, afirmando que (SEEP, 2008, p. 73/74)⁷⁷

A cabeça do País passa hoje pela TV e pelo rádio, em particular, pela primeira. O antigo preceito de liberdade de expressão não tem, hoje, sentido se não há acesso aos meios de comunicação de massa. Já foi o tempo em que ser livre era dizer o que quiséssemos no botequim da esquina, ou em reunião seleta. Hoje, qualquer manifestação toca uma parte pequena da população, salvo se divulgada pela TV. E esta é, sem si, um instrumento poderoso de cultura, política e ideologia. Não queremos estes poderosos meios de comunicação nas mãos do Estado. Mas também não os queremos em mãos monopólicas de qualquer espécie, singulares ou globais.

Antonio Mariz (PMDB/PB) defende a definição de diretrizes para o uso dos meios de comunicação, a regulação jurídica para proibição de monopólios ou oligopólios na área, bem como regras que assegurem “aos partidos e às entidades representativas da sociedade o acesso à comunicação”. (SEEP, 2008, p. 395/397).

O deputado carioca Carlos Alberto Caó (PDT), um dos constituintes que mais atuaram em prol da regulação do direito à comunicação, sendo inclusive dele a proposta originária de proibição de monopólio e oligopólio sobre a propriedade dos meios, profere discurso em junho de 1997, alegando que os meios de comunicação de massa “constituem uma poderosa arma política. E se eles são utilizados simplesmente pela lógica dos interesses econômicos privados de arma política, poderão atribuir aos seus titulares, aos seus donos, a posição de atores políticos que pretenderam até substituir o papel que os partidos políticos exercem na democracia” e reconhecendo que no mundo moderno “a comunicação se tomou um direito fundamental da pessoa humana, e a informação um bem da sociedade”, conclui que “o acesso aos meios de informação é hoje, sem dúvida, não só uma das faces do exercício da liberdade de imprensa, como parte constitutiva da cidadania, dentro da dinâmica do Estado e sociedades democráticas”, diante disso, propõe juntamente com seu partido que:

1) Aos meios de comunicação devem ser atribuídos o papel de atuar a serviço da verdade, da eliminação das desigualdades e injustiças sociais, da independência econômica, política e cultural do povo brasileiro. 2) A base dessa atuação deve residir no pluralismo ideológico. A pluralidade de opiniões, idéias, visões e concepções do mundo deve presidir a transmissão e divulgação de informações. Essa destinação torna-se, portanto, incompatível com centralização e concentração dos meios de comunicação de massa. 3)

⁷⁷ Também propõe algumas ideias inovadoras, mas que, no entanto, não surtiram efeitos na redação final: “Defendermos a criação de um Conselho Comunitário de Comunicação, que traçará a política de telecomunicações e concederá os canais de rádio e TV, **ad referendum** do Congresso Nacional. Este conselho deverá ser composto por representantes do Estado e da sociedade civil: partidos, centrais sindicais, centrais de moradores, representantes sindicais dos jornalistas e dos empresários do setor, representantes dos sindicatos de artistas. Será proibido a qualquer pessoa, física ou jurídica, ter mais de uma emissora de TV, ou ter participação acionária em outra empresa. Não poderá cada emissora emitir mais que para seu próprio Estado, sendo autorizada rede nacional, em um máximo de duas horas diárias. A reposição de programas de outro Estado se limitará a 10% da programação. Vinte por cento, pelo menos da programação de cada emissora serão produzidos no próprio Estado. Tudo isto evita a pasteurização cultural e preserva a diversidade regional. As emissoras só poderão produzir até cinquenta por cento de sua programação, abrindo espaço para produção independente e ampliando o mercado de trabalho. O Conselho Comunitário Nacional disciplinará o acesso ao rádio e TV locais, reservando esta faixa para a comunidade. Um fundo nacional será criado para estimular a rádio e a TV comunitárias, extraído da receita bruta de propaganda das emissoras comerciais. Partidos políticos, centrais sindicais e de moradores terão um mínimo de quatro horas anuais nas emissoras comerciais para colocar suas propostas e expor seu trabalho. Sem democratização dos meios de comunicação, não há liberdade. (SEEP, 2008, p. 73/74).

Impõe-se, dessa forma, que os meios de comunicação e serviços relacionados com a liberdade de expressão não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio, oligopólio, por parte de empresas privadas ou públicas. 4) É preciso, no entanto, sob pena de pôr em risco a segurança e a soberania do Estado-Nação brasileiro, que a nova Constituição expressamente estabeleça que constitui monopólio da União a exploração de serviços públicos de telecomunicações, comunicação postal, telegráfica e de dados. 5) Independe de licença da autoridade a publicação de veículo impresso, assim como a lei não poderá restringir a liberdade de imprensa exercida por qualquer meio de comunicação. É preciso, no tanto, para assegurar a liberdade de informação, que o direito de resposta seja respeitado. Que a transgressão ao direito de resposta implique na definição de responsabilidades penais, na forma que a lei determinar. 6) Sabidamente, a atual estrutura do sistema de radiodifusão (canais de rádio e de televisão) engendra graves violações às liberdades democráticas, aos direitos civis e à cidadania, transgredindo, com regularidade, a liberdade de informação. Profundas transformações se impõem para que a democratização se concretize: **a)** A começar pelo processo decisório na outorga e concessão de canais de rádio e televisão, atualmente confiada à decisão solitária do Chefe do Poder Executivo. A distribuição de canais influencia de tal sorte a informação de idéias e deforma manifestações culturais, que se tomou uma imposição da democratização do próprio Estado que a sociedade civil intervenha na formação das decisões, através da instituição do Conselho Nacional de Comunicações. **b)** ao Conselho Nacional de Comunicação seriam reservadas as competências de elaborar uma política nacional de comunicação e outorgar, conceder, autorizar e renovar, **ad referendum** do Congresso Nacional, concessões de rádio e televisão. De fato e de direito, o Conselho representa simultaneamente o papel de um órgão auxiliar do Poder Legislativo e, pela sua composição a ser definida pelo Congresso, expressaria os interesses da sociedade civil. **c)** Na elaboração da política nacional de comunicação que se submeteria ao Congresso Nacional, reconhece-se como essencial que o Conselho trace diretrizes capazes de transformarem – ao contrário do que hoje se verifica – canais de rádio e televisão em instrumentos de promoção da cultura brasileira e das culturas regionais. (SEEP, 2008, p. 609/610).

O deputado constituinte paulista Geraldo Alckmin Filho (PMDB), em agosto de 1987, profere discurso no plenário defendendo “que a informação constitui base essencial para o progresso da civilização e das sociedades, constituindo, como observou, com propriedade, a UNESCO, em recente obra sobre o assunto, um elemento chave para a tomada de decisões políticas.” Diante disso, reconhece “a importância dos meios de comunicação no contexto da vida contemporânea, seja como cenário capaz de fazer florescer a semente da liberdade, seja como fator de renovação espiritual e social das diversas comunidades” e aduz que por esta razão a regulação das concessões de emissoras de rádio e TV tornou-se, naquele momento histórico, um tema polêmico que gerou mais conflitos do que as propostas de reforma agrária, por exemplo. (SEEP, 2008, p. 162-163).

Até o final de 1987 os trabalhos do plenário, como já dito anteriormente, ocorriam simultaneamente aos trabalhos desenvolvidos pelas subcomissões, comissões temáticas e pela comissão de sistematização. Cumpre ressaltar que nas fases anteriores a do plenário, em relação à regulação do direito à comunicação nada foi decidido, sendo as votações nessas fases polarizadas entre progressistas e conservadores, saindo vencedores estes últimos, sem que houvesse aprovação de qualquer proposta ou encaminhamento de proposta de texto a ser deliberado em plenário⁷⁸.

⁷⁸ Conforme fala em plenário do deputado Carlos Alberto Caó em março de 88 (SEEP, 2008, p. 199/201). “Sr. Presidente, nobres Constituintes, dentro de algumas semanas, a Assembléia Nacional Constituinte será

Em 1988 o plenário da ANC voltou a se reunir agora também para deliberar sobre a proposta oriunda da comissão de sistematização.⁷⁹ Nesta fase, diferentemente das anteriores houve deliberações.

Em fevereiro de 88, o deputado gaúcho Mendes Ribeiro (PMDB) pronuncia discurso para defender proposta de sua autoria sobre a proibição do anonimato nas manifestações do pensamento, alegando que deve haver uma “bendita mistura” entre liberdade e responsabilidade, inexistindo a primeira sem a segunda, pois se não fosse assim “assistiríamos ao reinado da anarquia”. A necessidade de identificação da autoria tem, segundo o seu proponente, a intenção de fixação das responsabilidades pela divulgação de fatos inverídicos, desairosos, sem fundamento, por isso, a necessidade de “identificação do responsável pela informação”. (SEEP, 2008, p.15).

Na sequência dos trabalhos do plenário, em março, o constituinte Pompeu de Sousa (PMDB/DF) sobe à tribuna do Congresso Nacional para convocar a ANC a adotar para a liberdade de imprensa e para a liberdade de informação pública o *status* de cláusula pétrea, tal como estava sendo previsto e foi confirmado para a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, pois segundo o constituinte esses direitos “transcendem em muito o âmbito das liberdades e garantias individuais, porque representam a própria liberdade e garantia da comunidade nacional. A liberdade de imprensa não é apenas um direito do jornalista e do veículo de informação; a liberdade de informação pública também não é apenas um direito de veículo de informação pública, elas são uma obrigação, porque se constituem um direito da Nação e do povo brasileiro”. (SEEP, 2008, p. 249).

chamada a adotar decisões de fundamental importância para a construção do Estado democrático, ao discutir o capítulo das Comunicações no Projeto da Comissão de Sistematização. Esse tema – pleno de aspectos polêmicos – não tem sido realmente votado nas diversas fases do processo constituinte – desde as Subcomissões até à Comissão de Sistematização, onde por decurso de prazo deixou de ser votado”.

⁷⁹ Era a seguinte proposta encaminhada pela comissão de sistematização para ser apreciada pelo plenário: **“DA COMUNICAÇÃO - Art. 249 – É assegurada aos meios de comunicação ampla liberdade, nos termos da lei. § 1º – É vedada toda censura de natureza política e ideológica. A lei criará os instrumentos necessários para defender a pessoa: I – da exibição, e veiculação de programas e mensagens comerciais, do rádio e da televisão, que utilizem temas ou imagens que atentem contra a moral, os bons costumes, e incitem à violência; II – da propaganda comercial de bens e serviços que possam ser nocivos à saúde. § 2º – Os meios de comunicação não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio, público ou privado. § 3º – A publicação de veículo impresso de comunicação não depende de licença de autoridade. § 4º – É assegurada a prestação de serviços de transmissão de informações por entidades de direito privado, através de rede pública. Art. 250 – As emissoras de rádio e televisão promoverão o desenvolvimento integral da pessoa e da sociedade, observados os seguintes princípios: I – preferência às finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e da regional, e preferência à regionalização da produção cultural e artística; III – complementariedade dos sistemas público, privado e estatal; Art. 251 – A propriedade das empresas jornalísticas e de radiodifusão é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade principal pela sua administração e orientação intelectual. § 1º – É vedada a participação acionária de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partidos políticos e de sociedades de capital exclusivamente nacional. § 2º – A participação referida no parágrafo anterior, que só se efetivará através de ações sem direito a voto e não conversíveis, não poderá exceder a trinta por cento do capital social. Art. 252 – Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. § 1º – Compete ao Congresso Nacional apreciar o ato, em regime de urgência, a partir de sua publicação, no prazo do § 4º do artigo 74. § 2º – A não renovação da concessão ou permissão dependerá da manifestação expressa da maioria absoluta do Congresso Nacional. § 3º – O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo depende de decisão judicial. § 4º – O prazo da concessão e da permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as emissoras de televisão. Art. 253 – Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, na forma da lei, como seu órgão auxiliar, o Conselho Nacional de Comunicação, com participação paritária de representantes indicados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Art. 254 – A lei incentivará medidas que levem à adaptação progressiva do rádio e da televisão, a fim de permitir que as pessoas portadoras de deficiência sensorial tenham acesso à informação e à comunicação.”** Observe-se que à despeito de algumas diferenças na redação final do texto constitucional e do quorum para a não renovação, a maioria dessas propostas foram aprovadas em plenário, a exceção das que estão sublinhadas.

O deputado Carlos Alberto Caó (SEEP, 2008, p. 199/201) discursa atribuindo um papel de vital importância aos meios de comunicação de massa, para o fortalecimento e consolidação da convivência democrática. Para o constituinte “nos Estados democráticos, através de medidas legais, disposições constitucionais e mecanismos institucionais, tem-se imposto a diretriz de – mantida em toda a linha da liberdade de expressão – estabelecer a vinculação/subordinação dos meios de comunicação de massa (radiodifusão, em especial) à sociedade civil.” Faz referência a Duverger que reconhece a força política dos meios e para quem a pluralidade desses é condição para a pluralidade do próprio regime político e, segundo o deputado, a democratização dos meios é um imperativo histórico para a consolidação da democracia e para o fim da experiência autoritária no Estado brasileiro.

O deputado Artur da Távola (PMDB – RJ), que tinha exercido a função de relator na comissão temática que tratou da comunicação social, propôs, em março/88, emenda ao texto encaminhado pela comissão de sistematização para incluir na redação final da constituição regra proibitiva para os parlamentares receber concessões de rádio e TV, pois como uma concessão necessariamente deve ser aprovada pelo Congresso esse fato, por si só, pode ser gerador de corrupção, segundo o constituinte a

proposta é saneadora, no sentido de preservar o Congresso e seus membros da sedução de usar o poder em proveito próprio. Jamais optaremos com liberdade, equidistância e justiça se formos parte interessada na decisão. A medida que ora proponho não possui caráter moralista no sentido restrito do termo. Filia-se, sim, a altos propósitos éticos ao preservar a incolumidade do Parlamento no momento de decidir sobre matéria tão grave e profunda. Hoje, a penetração e o efeito dos meios de comunicação na sociedade impõem revisão completa das finalidades e formas de uso de quem os comanda. Só poderemos nos atribuir o poder de decidir se ele jamais servir a beneficiar-nos. Não podemos arrojá-los à posição de árbitros se nos transformarmos em partes interessadas. (SEEP, 2008, p. 211).

No dia 07 de abril, dia dos jornalistas, o constituinte Edmilson Valentim (PC do B/RJ) (SEEP, 2008, p. 234/235) usa a tribuna para, além de homenagear esses profissionais, incitar os colegas a aprovarem o texto constitucional, com mudanças objetivas para o campo da liberdade de imprensa que viabilizem o “conceito da informação como um bem social”.

Farabulini Júnior (PTB/SP) (SEEP, 2008, p. 95/96) apresenta em plenário um manifesto do intitulado “Movimento pela Defesa da Cultura”⁸⁰, para quem as emissoras de rádio e TV deveriam constituir-se em um bem social e as concessões e utilizações desses canais de comunicação deveriam “estar subordinados aos interesses e necessidades da comunidade”. De acordo com o manifesto “a atual filosofia da rede de radiodifusão concentra quase que totalmente a produção em um único pólo gerador, desempregando milhares de profissionais de todas as áreas, favorecendo a manifestação de informações e descaracterizando culturalmente o País”. O movimento defende a obrigatoriedade da regionalização da produção cultural e artística nas emissoras de rádio e televisão, pois “os meios de comunicação não podem, diretamente ou indiretamente, ser instrumento de monopólio ou oligopólio, público ou privado”, sendo certo que “a democratização dos meios de comunicação social deve ser garantida por esta Constituição”. Para os representantes do movimento “o desenvolvimento cultural do Brasil implica no livre

⁸⁰ Compunham o MOVIMENTO PELA DEFESA DA CULTURA as seguintes entidades: Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo – SATED/SP. – União Brasileira dos Escritores – UBE – Federação Paulista de Cineclubes – FPCc – Cooperativa Paulista de Teatro – CPT – Associação dos Produtores Espetáculos Teatrais do Estado de São Paulo – APETE – Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de São Paulo – Associação Paulista dos Autores Teatrais – APART – União dos Fotógrafos do Estado de São Paulo – Associação Paulista dos Críticos de Arte – APCA – Associação Brasileira dos Críticos de Arte – ABCA Associação Ecológica Fiscais da Natureza – Sindicato dos Escritores no Estado de São Paulo – Sindicato dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica – Associação Paulista de Cineastas (APACI) – Associação Profissional dos Artistas Plásticos – Associação Brasileira de Imprensa (ABI) – Movimento Nacional pela Democratização da Comunicação.

acesso à informação e aos meios necessários à criação, produção e apropriação dos bens culturais” e “no reconhecimento e respeito às especificações culturais dos múltiplos universos e modos de vida da sociedade brasileira, e na preservação e ampliação da função predominantemente cultural dos meios de comunicação social e seu uso democrático”. Diante disso, propõe o movimento que:

as rádios e televisões sejam obrigadas legalmente a ter no mínimo 70% de sua programação feita no Brasil, com um percentual gerado regionalmente que deverá ser definido em lei. A produção regional deve ser equitativamente distribuída pelos diversos horários, garantindo-se a regionalização da produção artística, conceituada diferentemente do setor educativo ou propagandístico, ampliando, assim, o mercado de trabalho. Os atores, autores, diretores e técnicos brasileiros devem ter assegurado legalmente o direito de trabalhar no seu estado de origem. Além disso, o fundamental é que, uma vez implantadas, estas medidas garantirão a auto-expressão da sociedade brasileira; **seja garantida a utilização gratuita do rádio e da televisão às entidades sindicais e organizações populares.** Sendo estabelecidas constitucionalmente a liberdade de manifestação, de pensamento e de concepções político-religiosas, é imprescindível que os meios de comunicação tenham seu uso democratizado e socializado (acréscimo ao art. 256).

Em maio de 88 o presidente da ANC, deputado Ulysses Guimarães coloca em votação o texto constitucional sobre a comunicação social. A redação foi uma proposta do Centrão e incorporava várias fusões de emendas⁸¹. A proposta foi aprovada com 415 votos a favor, 10 contra e duas abstenções.

Ainda no mês de maio, nova proposta sobre a regulação da comunicação social foi colocada em votação pelo presidente da ANC (SEEP, 2008, p. 589), desta vez, oriunda de um

⁸¹ Proposta do Centrão: **Da Comunicação:** Art. 251. É assegurada aos meios de comunicação ampla liberdade, nos termos da lei. § 1º É vedada a censura de natureza política e ideológica. A lei criará os instrumentos necessários para defender a pessoa humana: I – da exibição e veiculação de programas e mensagens comerciais, no rádio e na televisão, que utilizem temas ou Imagens que atentem contra a moral, os bons costumes e incitem à violência. II – da propaganda comercial de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde. § 2º Os meios de comunicação de massa não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio, público ou privado. § 3º A publicação de veículo impresso de comunicação não depende de licença de autoridade. Art. 252. As emissoras de rádio e de televisão, resguardado o dever de bem informar, cooperarão para o aprimoramento da sociedade, mediante a valorização de suas finalidades educativas, artísticas, culturais e promocionais dos valores humanos, levando sempre em conta, na sua programação, as peculiaridades regionais do País. Art. 253. A propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, a **sua administração e orientação intelectual**. § 1º É vedada a participação acionária de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partidos políticos e de sociedades de capital exclusivamente nacional. § 2º A participação referida no parágrafo anterior, que só se efetivará através de ações não conversíveis e sem direito a voto, não poderá exceder a trinta por cento do capital social. Art. 254. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. § 1º Compete ao Congresso Nacional apreciar o ato de outorga, no prazo do artigo 78, parágrafo 4º § 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de manifestação expressa da maioria absoluta do Congresso Nacional. § 3º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 4º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as emissoras de televisão. Art. 255. Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, na forma da lei, como órgão auxiliar, o Conselho Nacional de Comunicação, com participação partidária de representantes indicados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Art. 256. A lei incentivará medidas que levem à adaptação progressiva dos meios de comunicação, a fim de permitir que pessoas portadoras de deficiências tenham acesso à informação.

amplo acordo entre os constituintes. A nova proposta foi aprovada⁸² com 443 votos a favor, 8 contra e sete abstenções.

A proposta aprovada em Primeiro Turno, no que diz respeito à comunicação social, originou-se, segundo Pilatti (2008, p. 274), de um acordo partidário, subscrito por 50 constituintes de todos os partidos e “apresentava as seguintes diferenças em face do texto do Centrão: previa a complementaridade dos sistemas privado, público e estatal de comunicação; reduzia de maioria absoluta para dois quintos o quórum necessário para não-renovação de concessão de rádio ou TV pelo Congresso, e estendia o mesmo quórum às decisões sobre outorga e renovação de concessões; eliminava a previsão de composição paritária Executivo/Legislativo para o Conselho Nacional de Comunicação”

Ainda segundo Pilatti (2008, p. 274) “com o acordo, pela primeira vez uma constituição brasileira teria, como pretendiam os progressistas, um capítulo sobre comunicação social que, embora estabelecesse o controle do Congresso Nacional sobre as concessões de rádio e televisão, tinha seu conteúdo geral mais próximo das preferências dos conservadores”.⁸³

O início das votações no plenário foi caracterizado por forte tensão entre os constituintes. Essa tensão fez com que as primeiras votações continuassem no impasse, mas os constituintes logo perceberam que para conseguir a maioria suficiente para aprovação do texto era necessário estabelecer acordos. Com isso as votações começaram a fluir.

De acordo com Pilatti (2008, p. 272)

⁸² Proposta do acordo: **Da Comunicação:** Art. 251. A manifestação do pensamento, da criação e expressão, bem como a informação, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 6º, §§ 5º e 10. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza dos mesmos e as faixas etárias, locais e horários nos quais sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 252 e incisos, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 3º Os meios de comunicação social não pode, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 4º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. Art. 252. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência por finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive a sua divulgação; III – regionalização da produção cultural e artística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Art. 253. A propriedade de empresas jornalísticas e de radiodifusão é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade pela sua administração e orientação intelectual. § 1º É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partidos políticos e de sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros. § 2º A participação referida no parágrafo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social. Art. 254. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º Compete ao Congresso Nacional apreciar o ato, em regime de urgência, a partir do recebimento da mensagem, no prazo do art 78, §§ 2º e 4º. § 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá da manifestação de dois quintos do Congresso Nacional em votação nominal. § 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos §§ 1º e 2º deste artigo. § 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º O prazo de concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as emissoras de televisão. Art. 255. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

⁸³ Couto (1998), ao analisar o processo constituinte, informa que durante os trabalhos não houve na Assembleia Nacional Constituinte uma coalizão parlamentar que pudesse impor suas ideias, havendo um processo de barganhas para a aprovação de alguns temas constitucionais.

Ao contrário do que acontecera em todas as fases anteriores com os temas relativos aos Capítulos IV (Ciência e Tecnologia) e V (Comunicação) do Título VIII, a votação em Plenário das respectivas emendas substitutivas apresentadas pelo *Centrão* foi marcada pelo entendimento [...]. A rigor, sobre esses temas o entendimento tinha se iniciado com a votação do monopólio das telecomunicações, no Título II.

Graças a esse acordo, pela primeira vez uma constituição brasileira teria um capítulo sobre comunicação social. Esse capítulo agregaria várias questões discutidas e apresentadas desde a subcomissão de Ciência e Tecnologia e da Comunicação, mas ao mesmo tempo em diversos pontos o texto aprovado não se deu nos termos desejados nas etapas anteriores.

Essas observações ilustram que enquanto o assunto da regulação da comunicação estava nos pequenos foros da subcomissão e da comissão temática a oposição, amparada por entidades representativas da sociedade, teve forças para levar a discussão adiante, mas no plenário, contudo, os interesses dos majoritários parlamentares concessionários ou aliados de concessionários de emissoras de rádio e TV fizeram impor sua vontade. (JAMBEIRO, 2009).

De acordo com Jambeiro (1999, p. 133/134), em trabalho que analisa a regulação da comunicação social nas constituições brasileiras do século XX, a constituição de 1988, se comparada às anteriores, no que se refere à comunicação social, “apresenta alterações substanciais relativas a este setor econômico-cultural”, no entanto, “expressam mais fortemente o pensamento conservador” do que propriamente vitórias sociais democratas”.

Vicente (1999, p. 156), em texto que põe em xeque a regulação pós constitucional da comunicação social, tem a mesma compreensão sobre a constituição de 88, pois

houve um cuidado especial em formular com nitidez direitos e garantias para a liberdade de expressão e informação. Em tese, esse princípio norteador significou um avanço substancial se comparado com a censura e falta de garantias de informação ocasionadas pelos Atos Institucionais adotados no regime autoritário.

Vicente (1999, p. 156/157) conclui que “resulta difícil não aceitar e perceber os avanços provenientes da Constituição de 1988 na área da Comunicação”.

CONCLUSÕES

Pelo que foi exposto, pode-se preliminarmente, até mesmo pelo fato do presente texto tratar-se de resultado parcial de pesquisa, concluir que durante os trabalhos do plenário da ANC havia uma orientação no sentido de compreender os meios de comunicação como instrumentos essenciais para a democracia e para a construção da cidadania, reconhecendo-se que os meios são poderosos instrumentos de poder político e por isso essas atividades econômicas necessitariam de regulação jurídica.

A regulação estaria centrada, em apertada síntese, segundo as propostas parlamentares: na proibição do monopólio/oligopólio da propriedade dos meios; na restrição a algumas formas de publicidade e propaganda; na previsão das suas responsabilidades sociais; na subordinação dessas atividades aos interesses da sociedade, propondo-se formas de controle social sobre a atividade dos meios e regras que garantissem o acesso aos meios de comunicação por entidades representativas da sociedade civil, através do direito de antena.

Propunha-se também a definição de regras jurídicas para garantir a regionalização da produção cultural, reconhecendo-se a importância dos meios como instrumento para a difusão desse bem imaterial.

Extraí-se também que era voz comum no plenário que a comunicação deveria ser reconhecida como um direito fundamental e um bem social e por essa razão as liberdades relacionadas à comunicação deveriam ser dosadas com responsabilidades, relativizando-se aquelas.

Conclui-se que a grande maioria das propostas foram adotadas pela ANC, no entanto, algumas deixaram de ser, como exemplos: a ampliação do direito de antena, hoje restrito aos partidos políticos; regras que garantam o controle social dos meios; não reconhecimento expresso dos direitos relacionados à comunicação como bens sociais.

Por fim, reconhece a pesquisa que no plano da realidade várias regras jurídicas previstas no texto constitucional aprovado pelo plenário da ANC ainda não foram concretizadas, como exemplos: as regras proibitivas da monopolização / oligopolização do setor; a regionalização da produção cultural, representando essas práticas uma afronta ao desejo manifestado pela ANC e conhecido expressamente no texto da constituição de 1.988.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, F. H. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2006.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 10 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANT, J.; KAMEOKA, M. (Coord.). *Direito à comunicação no Brasil*. Disponível em: <www.scribd.com/doc/5619429/Direito-a-comunicacao-no-Brasil-Intervozes>. Acesso em: várias datas, 2005.

COUTO, C. G. A longa constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil. *Dados*, v. 41, n. 1, 1998, pp. 51/86.

GONÇALVES, M. E. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

JAMBEIRO, O. A comunicação na Constituição de 1988. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SECRETARIA ESPECIAL DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES. *Secretaria de Anais. Assembleia Nacional Constituinte – 20 anos: Atas do Plenário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, 2008.

SCHÄFER, J. G. *Direitos fundamentais, proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

VICENTE, M. M. Comunicação em xeque: o debate na regulamentação pós-constituição. In: GOULART, J. O. *As múltiplas faces da constituição cidadã*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

5.8 - Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito

NAPOLITANO, Carlo José; VANZINI, K. V. da S. Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito. *Revista Comunicação Midiática* (Online), v. 9, p. 120-133, 2014.

Direito à Comunicação: Contribuições Para a Definição de um Conceito
Derecho a la Comunicación: Contribuciones para la definición de un concepto
Right to Communication: Contributions to the Definition of a Concept
 Carlo José Napolitano e Kátia Viviane da Silva Vanzini

Resumo

O presente trabalho visa apresentar as tentativas teóricas doutrinárias, nacionais e estrangeiras, de definição do termo direito à comunicação, considerando que a ausência de uma definição precisa e consensual pode constituir-se em um obstáculo para a sua compreensão. Para cumprir os objetivos propostos pesquisou-se teorias, nacionais e estrangeiras, bem como as produções dos pesquisadores vinculados ao GP – Políticas e Estratégias de Comunicação, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM, apresentados nos congressos nacionais da INTERCOM no período de 2003 a 2013. Em sede de conclusão propõe-se uma definição conceitual para o termo.

Palavras-chave: direito à comunicação; definição; políticas e estratégias de comunicação; INTERCOM.

RESUMEN

El presente trabajo pretende presentar las tentativas teóricas doctrinarias, nacionales y extranjeras, de definición del término derecho a la comunicación, considerando que la ausencia de una definición precisa y consensual puede constituirse en un obstáculo para su comprensión. Para cumplir los objetivos propuestos se investigaron las teorías, nacionales y extranjeras, así como los trabajos de los investigadores vinculados al Grupo de Investigación – Políticas y Estrategias de Comunicación, de la Sociedad Brasileña de Estudios Interdisciplinares de la Comunicación – INTERCOM, presentados en los congresos nacionales de INTERCOM en el periodo de 2003 al 2013. A forma de conclusión se propone una definición conceptual para el término.

Palabras-clave: derecho a la comunicación; definición; políticas y estrategias de comunicación; INTERCOM

ABSTRACT

This article aims to present the doctrinal theoretical attempts, national and foreign, about the definition of the right to communication term, considering that the absence of a precise and consensus definition may constitute an obstacle to its understanding. To fulfill the proposed objectives of this paper, national and foreign theories were researched, as well the productions of researchers associated at Research Group – Policies and Communication Strategies, of the Brazilian Association of Interdisciplinary Studies in Communication – INTERCOM, presented at the national congresses of the INTERCOM, from 2003 to 2013. In conclusion was proposed a conceptual definition for the term.

Keywords: right to communication; definition; policies and communication strategies; INTERCOM.

Introdução

O presente trabalho partiu da premissa que ainda inexistente tanto na teoria jurídica brasileira quanto na área da Comunicação Social uma definição conceitual, consensual e precisa do termo direito à comunicação e este fato dificulta sobremaneira a compreensão da regulação jurídica da Comunicação Social.

Para tanto foram pesquisadas as teorias jurídica e da comunicação social, nacionais e estrangeiras, em suas tentativas de se estabelecer um conceito específico do direito à comunicação. Também, e em especial, investigou-se no portal eletrônico da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM os trabalhos apresentados pelos pesquisadores do GP – Políticas e Estratégias de Comunicação, nos anos de 2003 a 2013, no intuito de identificar a contribuição desse importante grupo de pesquisa acerca da temática.

No período analisado (2003-2013) foram localizados 27 trabalhos referentes à temática direito à comunicação. Dos 27 trabalhos, 6 apresentaram uma tentativa de definição conceitual do termo direito à comunicação.

O presente trabalho está assim configurado: na primeira seção foram apresentadas as tentativas teóricas, nacionais e estrangeiras, de definição e delimitação do termo direito à comunicação; na segunda seção trata-se das dificuldades jurídicas encontradas para uma delimitação precisa do termo e da necessidade dessa definição; na terceira seção são apresentadas as contribuições dos pesquisadores do GT: Políticas e estratégias de comunicação, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM para uma conceituação do direito à comunicação; e, por fim, algumas considerações são apontadas e uma definição para o termo é apresentada em sede de conclusão ao presente trabalho.

Ausência de definição consensual

Muito embora se considere, para fins do presente trabalho, que atualmente há uma lacuna teórica devido à ausência de uma definição consensual, precisa, coesa e consolidada sobre o significado do termo direito à comunicação, esse assunto tem sido motivo de estudos e debates na comunidade nacional e internacional há mais de três décadas.

A tentativa de abordagem mais precisa sobre o direito à comunicação passou a ser debatida após a divulgação do relatório MacBride (1993) no início da década de 1980, prevendo uma participação mais ativa dos cidadãos em assuntos de seu interesse colocados em debates públicos.

Para Ramos (2005: 246), o relatório MacBride foi “o mais completo relato já produzido sobre a importância da comunicação na contemporaneidade”.

Também no âmbito internacional, Correia (2005: 50) enfrenta a tentativa de conceituação do termo no direito português, pontuando que o direito à comunicação é um “conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades de comunicação social” e que invariavelmente as definições estão centradas no objeto, valendo-se de um critério institucional.

No âmbito local, Brittos (2008) cita a Campanha *Communication Rights in the Information Society* (CRIS) como uma das tentativas de revitalização dos debates sobre o direito à comunicação. O relatório da pesquisa da campanha CRIS BRASIL, coordenado por Brant e Kameoka (2005: 5) pretendeu revelar a situação atual no Brasil dos diversos elementos que formam, em conjunto, o direito à comunicação. São abordados temas como liberdade de expressão, pluralidade dos meios, propriedade intelectual, respeito à diversidade cultural, privacidade nas comunicações, acesso às Tecnologias de Informação e Comunicação e participação da sociedade civil nas decisões sobre essas questões.

No entanto, essa definição não é muito precisa, por englobar assuntos e regras jurídicas de naturezas variadas e talvez uma das chaves explicativas para a ausência de uma definição precisa sobre o termo esteja relacionada à própria regulação jurídica da temática. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê diversos dispositivos relacionados ao direito à comunicação, como, por exemplo, os incisos IV, V, VI, IX e X do artigo 5º, autênticos direitos fundamentais individuais, além obviamente do Capítulo V, do Título VIII, da Ordem Social, específico para a Comunicação Social. No entanto, apesar da abundância de dispositivos constitucionais relacionados à matéria, o termo direito à comunicação não consta na Constituição brasileira. (PAULINO; GOMES, 2012).

A previsão constitucional de direitos relacionados à comunicação, ora como direitos individuais, ora como direitos sociais pode ser um fator complicador para a ausência de uma definição precisa sobre o termo e isso se reflete nas tentativas teóricas de definição.

Ramos (2005), por exemplo, considera o direito à comunicação como um direito de quarta geração, embora o direito à informação, constitutivo do direito à comunicação, “– na forma de liberdade de pensamento, de expressão, de culto e de reunião – enquanto insumo fundamental para a cidadania, faz parte da primeira geração dos direitos humanos” (RAMOS, 2005: 246).

Brittos (2008: 73 e 78) concorda com Ramos (2005) sobre a classificação e complementa que a “a posse dessa informação sempre foi sinônimo de poder, bem como o controle dos meios pelos quais ela é posta em circulação” e enumera as três teorias principais sobre o direito à comunicação. Teoria legalista, a qual “deseja ver o direito de comunicação como lei internacional positivada”; teoria liberal, como “novo rótulo para os direitos de liberdade de informação e expressão, vitais e em constante evolução”; e o terceiro posicionamento, chamado de “*normative-tactical*”, cujo objetivo é garantir a todos os cidadãos o direito de comunicar.

Para Wimmer (2009: 153) os aspectos previstos na CF de 1988 sobre direito à comunicação estão relacionados à dimensão individual “ligadas primordialmente à posição subjetiva do indivíduo face ao Estado, relativas à informação e à expressão pessoal” e na dimensão social, que compreende normas referentes aos meios de comunicação e o direito à participação.

Brittos (2008: 72) também acentua que a concepção do direito à comunicação se dá comumente a partir de duas vertentes: o direito à informação e o direito à liberdade de expressão. O autor considera o atual estágio de discussões sobre o tema como insipiente, pois “muito pouco ou nada se faz, por parte do Estado, para efetivação desse direito, não obstante os esforços realizados por diversas organizações da sociedade civil”.

Wimmer (2009: 146) acredita que o direito à comunicação seja um direito básico, “pressuposto para o exercício de outros direitos fundamentais e indissociavelmente ligado à democracia”.

Bertrand (1999: 58) aponta o direito à comunicação como “direito reconhecido aos indivíduos, aos grupos e às nações de trocar qualquer mensagem por qualquer meio de expressão. E consequentemente, a obrigação para a coletividade de fornecer meios desta troca”.

Essa possibilidade de troca, em ambientes que envolvam toda a sociedade, confere, portanto, um caráter social, coletivo ao direito à comunicação, pois “o direito à comunicação pode ser também compreendido como sendo um direito fundamental de terceira geração, pois não pertence somente aos indivíduos, mas sim a toda coletividade” (NAPOLITANO, 2009: 25), o que também é considerado por Wimmer (2009).

Paulino e Gomes (2012: 73) pontuam que o direito à comunicação merece ações mais efetivas se pensarmos numa sociedade onde a mídia e as tecnologias de informação e comunicação adquirem centralidade na vida das pessoas, o que faz com que “a noção de direito à comunicação passa a abranger, a informação e as capacidades de colher, receber e comunicar, buscando viabilizar a interação entre a coletividade e uma realidade cada vez mais dinâmica e inter-relacionada”.

Wimmer (2009) também acentua a necessária bidirecionalidade dos processos de comunicação, “que permite aos cidadãos não apenas receber estaticamente informações selecionadas por terceiros, mas, sobretudo, interagir, participar e decidir com liberdade sobre as informações que desejam acessar e as opiniões que desejam emitir” (WIMMER, 2009: 147).

Duarte (2009: 106) estabelece a comunicação como importante papel no processo de efetivação da cidadania, destacando a amplitude de temas relacionados ao direito à comunicação, que não deve ser limitado à liberdade de acesso e recebimento das mensagens pela mídia, mas que “passa necessariamente pela participação do cidadão como sujeito em todas as fases do processo de comunicação, tornando-se também, emissor”.

A autora cita alguns avanços nesse sentido, como a criação de mídias alternativas, como emissoras de rádio e TVs comunitárias ou canais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; os sites, entre outras possibilidades, promovendo o que ela denomina de “diversificação de emissores e de conteúdos, o que representa avanços na busca do desenvolvimento integral da sociedade” (DUARTE, 2009: 106).

No entanto, como aspectos negativos quanto à efetivação dos direitos à comunicação no país, Duarte (2009: 108) aponta o modelo de radiodifusão brasileiro, que, cujos serviços de radiodifusão dependem de concessão pública, mas são dominados por empresas privadas, que

utilizam de canais públicos. Como resultado dessa situação, a autora aponta a “ausência de pluralidade de opiniões e diversidade cultural, uma relação da mídia com as elites políticas regionais e locais, a ausência de participação da sociedade na definição de políticas públicas para o setor e a inexistência de mecanismos sociais eficientes de interferência do cidadão”.

Wimmer (2009: 159) salienta a necessidade de efetivar os dispositivos constitucionais que envolvem os debates sobre direito à comunicação, pois a “legislação infraconstitucional relativa à comunicação é ultrapassada e absolutamente desguarnecida para lidar com um cenário de convergência tecnológica”, e, aponta que o primeiro passo a ser dado é o reconhecimento do direito à comunicação, pensando nas TIC e nesse novo cidadão e consumidor.

Para Paulino e Gomes (2012: 77) se faz necessário a definição de políticas públicas e propostas de leis que apresentem instrumentos para que o direito à comunicação tenha efetividade, pois este “não é mais entendido como um mero direito de defesa, mas um direito trivalente, que reúne elementos de direitos fundamentais de liberdade, prestação e participação” (PAULINO; GOMES, 2012: 76-77).

A necessidade de reconhecimento do direito à comunicação enquanto política pública também é acentuada por Ramos (2005: 251) o qual salienta a necessidade de reconhecer a comunicação como política social, “derivada do direito à comunicação. Tal direito, decisivo para a democratização das sociedades contemporâneas, que tem na informação e na comunicação seus principais motores políticos, econômicos e culturais”.

Como visto, há na teoria jurídica e da comunicação social uma pluralidade de definições do termo direito à comunicação, na seção que segue são apresentados alguns apontamentos relacionados às dificuldades jurídicas encontradas para uma delimitação precisa do termo e da necessidade dessa definição.

Necessidade de definição e delimitação

Ao analisar o direito da comunicação social em Portugal, Correia (2005:21) aponta que o direito à comunicação é um ramo do direito ainda em formação, com a identificação de princípios norteadores e ainda em fase de formulação de teorias. Considera ainda o autor que esse ramo do direito é “relativamente desprezado pela doutrina portuguesa, a pretexto da sua falta de unidade dogmática”.

Ainda de acordo com Correia (2005: 49)

A delimitação de uma disciplina científica costuma suscitar dificuldades e controvérsias. Em relação a uma disciplina nova, as dificuldades são maiores, sobretudo quando as fronteiras com as matérias vizinhas são imprecisas. Quem se propõe a fazer um estudo pode delimitar o objecto do seu trabalho como quer. A delimitação não deve, porém, ser arbitrária. Tratando-se de uma disciplina jurídica, é importante que o tema abranja todas e só as normas que apresentam determinadas características comuns.

Correia (2005: 49) ainda considera que no campo da comunicação social essas dificuldades aumentam, tendo em vista a “natureza assumidamente heterogênea ou pluridisciplinar das normas de comunicação social”.

A natureza das normas do direito à comunicação são consideradas pluridisciplinares, pois há regras jurídicas que regulamentam a comunicação social e que estão relacionadas ao direito constitucional, administrativo, internacional, comercial/empresarial, o trabalhista, dentre outros, sendo que essas regras pertencem tanto ao ramo do direito público, como do privado. São, portanto, normativas de naturezas variadas. Estão também dispersas em todo o ordenamento jurídico, desde o âmbito constitucional até o regulamentar, é portanto

um conjunto de normas jurídicas dispersas (não codificadas) e de natureza variada, que muitos ainda não reconhecem como um ramo de direito. É um ramo de direito à procura dos seus fundamentos, da sua

coerência e da sua unidade. O seu conteúdo e limites são susceptíveis de evoluções e adaptações em consequência de opções políticas ou didácticas. É um direito em formação, nos seus princípios e na sua teoria, abrangendo um conjunto rico e variado de normas jurídicas necessárias às actividades da comunicação social. (CORREIA, 2005: 54)

Contudo, Correia (2005) menciona que o núcleo central da regulação jurídica do direito à comunicação, em Portugal, está na Constituição.

A despeito dessa dificuldade apontada, Correia (2005: 50) indica uma tentativa de delimitação

Numa primeira aproximação e a benefício de ulteriores esclarecimentos e aperfeiçoamentos, pode partir-se da noção de direito da comunicação social como o conjunto de normas jurídicas que regulam as actividades de comunicação social: o estatuto das pessoas nelas envolvidas, os direitos e obrigações entre elas, o regime dos meios, das actividades de que eles são objecto e dos resultados dessas actividades.

Correia (2005) apresenta também alguns pontos principais da regulação jurídica. O direito à comunicação tem um núcleo central que é a liberdade, em especial, a de liberdade de imprensa, considerada pelo autor manifestação específica da liberdade de expressão do pensamento. Esse direito é exercido por um objeto mediato, que são os meios de comunicação e destinados ao público em geral.

Da mesma forma que em Portugal, o direito à comunicação no Brasil está centrado no texto constitucional. O artigo 22, IV, da Constituição brasileira especifica, por exemplo, que é competência privativa da União legislar sobre informática, telecomunicações e radiodifusão, assuntos intimamente ligados ao direito à comunicação, constituindo-se, desta forma, o Congresso Nacional em fonte material desse novo ramo do direito.

O artigo 21, XI, XII, a, também dispõe que é de competência da União a exploração dos serviços de telecomunicação e de radiodifusão sonora, de sons e imagens sendo que a execução desses serviços pode ser delegada para a iniciativa privada.

No artigo 5º, estão elencados os direitos fundamentais, ou em outras palavras, o rol dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro. São inúmeros os direitos e as garantias que podem estar relacionadas ao direito à comunicação, como, por exemplo, os direitos relacionados à liberdade de expressão, de informação, de opinião, de criação artística, a preservação do sigilo da fonte, a liberdade de trabalho, dentre outros. Além, obviamente, do título VIII, capítulo V, nos artigos 220 a 224 que trata especificamente da Comunicação Social.

Em termos de legislação infraconstitucional, inúmeras leis esparsas podem ser citadas e que têm nítida relação com o direito à comunicação, relacionadas a diversos ramos do direito, como, por exemplo, o administrativo e o comercial/empresarial.

A lei 4.117/62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicações, o decreto que a regulamentou (52.795/63), a lei 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicação, a lei 9612/98 que regulamenta a radiodifusão comunitária e a lei 8.389/91 que estabelece o Conselho de Comunicação Social possuem nítido caráter de direito administrativo, pertencente ao ramo do direito público, tal como o direito constitucional acima mencionado.

Por sua vez, a lei 9.294/96 que restringe propagandas, a lei 10.610/02 que regulamenta a participação do capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e a portaria do Ministério da Justiça (MJ 1220) que estabelece a classificação indicativa para programas de rádio e televisão têm nítido caráter de legislação comercial/empresarial, pertencente ao ramo do direito privado.

Verifica-se com esse breve levantamento das regras jurídicas relacionadas ao direito à comunicação que tal como em Portugal, o regramento jurídico brasileiro é disperso e variado, pois está contido na constituição, em leis ordinárias e regras regulamentares, além de pertencerem a ramos distintos do direito.

Por esses motivos é necessária uma definição conceitual, consensual e precisa, por parte tanto da teoria jurídica quanto da comunicação social. O grupo de pesquisa Políticas e estratégias de comunicação, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM há anos trata dessa temática. As propostas dos pesquisadores estão indicadas abaixo.

Contribuições do GT: Políticas e estratégias de comunicação da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - INTERCOM

Conforme mencionado na introdução, ao longo dos 11 anos pesquisados (2003/2013), seis trabalhos de pesquisadores do GT: Políticas e estratégias de comunicação, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM apresentaram uma tentativa de conceituação do direito à Comunicação.

A apresentação desses trabalhos e dos respectivos conceitos será feita em ordem cronológica inversa, iniciando-se em 2013 e terminando em 2003.

Em 2013, na cidade de Manaus, Brittes (2013) tratou da conceituação do termo direito à comunicação, relembando seus referenciais históricos presentes nos documentos internacionais de direitos humanos como: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1879), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e a Declaração de San Jose da Costa Rica (1976).

O direito à comunicação é abordado conforme sua complexidade assim exige, chegando à conclusão de que o mesmo engloba diversos outros direitos fundamentais, se encontrando tanto no campo dos direitos individuais quanto no de direitos da sociedade. Para Brittes (2013: 07) “O direito à comunicação constitui, desse modo, o elo aglutinador de uma série de direitos, liberdades e deveres envolvendo os indivíduos em sua esfera comunitária, no âmbito da comunicação social.”

Esse direito, consagrado na Constituição brasileira de 1988, se intersecciona com diversos outras liberdades também contidas na CF, como a liberdade de opinião, de expressão, liberdade de imprensa, encontrando, em alguns momentos, limitações relacionadas à honra ou à intimidade, por exemplo.

A liberdade garantida pelo direito à comunicação deve obedecer a princípios fulcrais da democracia em seu exercício pelos profissionais da imprensa: como o dever de fornecer a informação verdadeira, e a pluralidade de informações, bem como deve ser incentivado pelo Estado, com intervenções que visem efetivar políticas públicas para a democratização da comunicação.

No encontro de Fortaleza, em 2012, a pesquisa de Gentilli (2012: 13) enfrentou a questão. Para o autor,

O direito à comunicação, portanto, pode ser pensando também como um direito-meio, da mesma forma que o direito à informação. O direito à comunicação é, no entanto, um direito social. Tanto por exigir que o Estado assuma determinadas tarefas como o seu próprio caráter, quando visto enquanto um direito que possibilita a inserção de grupos desprivilegiados ao universo da comunicação social.

Em 2011, no Recife, Napolitano (2011: 1-2), baseando-se no relato coordenado por Brant e Kameoka (2005), abordou a conceituação do direito à comunicação, considerando-o

como um conjunto de direitos isolados, relacionados à regulação jurídica da comunicação, que unidos se transformam naquele. Dentro desses direitos que compreendem o direito à comunicação podem ser citados o direito à liberdade de expressão, a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a liberdade de imprensa, o direito de informação, o direito à informação, a liberdade de opinião, os direitos relacionados à propriedade imaterial (direitos autorais, direito da propriedade industrial, direitos sobre os programas de computadores), a

regulamentação dos meios de comunicação comunitária e a regulamentação dos meios de comunicação social, objeto desse trabalho, dentre outros direitos que direta ou indiretamente estão relacionados à comunicação social. Esse conjunto de direitos, na teoria jurídica, passou a ser reconhecido como direitos humanos, ou na expressão da constituição brasileira atual, autênticos direitos fundamentais. A princípio concebeu-se que tais direitos relacionam-se aos direitos humanos de primeira geração, direitos civis e políticos, intimamente relacionados ao direito à liberdade, às liberdades clássicas, negativas e formais. Contudo, o direito à comunicação pode ser também compreendido como um direito de terceira geração, pois não pertence somente aos indivíduos, mas sim a coletividade, relacionando-se à democracia e à cidadania, entre outros.

No encontro de 2008, realizado em Natal, Gois (2008: 02) apresentou um conceito de direito à comunicação, para a pesquisadora, o direito à comunicação se refere a vários direitos que se interseccionam, a fim de permitir a cada cidadão a possibilidade de informar, informar-se e ser informado, nesse sentido, “A comunicação implica em direito à participação e auto-expressão, englobando o direito à informação – que, por sua vez desdobra-se em direitos fundamentais de informar, de informar-se e de ser informado”.

Todavia, os direitos à informação e à comunicação não são exclusividade do jornalista, fazendo parte de um conjunto de titularidade social, constituindo direitos fundamentais difusos, por atingirem todos os indivíduos. De acordo com Góis (2008: 07)

O direito à informação caracteriza-se como direito difuso, ou seja, de gozo por titulares indeterminados e numerosos, a saber, todo o corpo social. A manifestação de pensamento atende a um direito de meio, o acesso à informação, a um direito de fim, que atinge o corpo social de forma indiscriminada. O interesse público está imbricado com os direitos de terceira e quarta geração, sendo direitos de coletividades que ultrapassam o aspecto individualista legado pelo liberalismo burguês.

As garantias constitucionais inerentes a estes direitos de informação são várias, abrangendo desde os direitos de acesso à informação, a livre manifestação da informação, vedação do anonimato, bem como o sigilo da fonte jornalística e a proibição da censura prévia. Além das proteções materiais, ainda são previstos mecanismos processuais de efetivação do direito informacional.

As garantias processuais de cunho coletivista envolvem o direito de resposta, que poderia ser utilizado coletivamente, o mandado de segurança coletivo, e a ação civil pública, com objeto de obrigação de fazer. A ação civil pública reveste-se de máxima importância, por se adequar às demandas contemporâneas e futuristas, com intuito de firmar a tutela específica do direito de ser informado com base na prestação de serviços noticiosos dos jornalistas – que, além do direito de informar, possuem o dever de informar. (GÓIS, 2008: 13)

Em 2007, na cidade de Santos, Ferreira Júnior (2007) apresenta pesquisa específica sobre o direito à comunicação. O objetivo do texto é a composição de um conceito multidisciplinar sobre direito à comunicação.

A importância da definição e discussão do tópico se faz necessária, já que a CF não definiu pormenorizadamente o conceito de direito à comunicação.

A temática de direitos relacionados à comunicação tem sido proposta, recentemente no Brasil, nos meios acadêmicos, por estudiosos de comunicação, bem como por alguns organismos de militância tais como: CRIS Brasil (Articulação Nacional pelo Direito à Comunicação) e também no âmbito internacional se observam diversas questões que se relacionam com as políticas de implantação e intervenção nos mídias, bem como a proteção do indivíduo na relação que mantém com os mesmos. (FERREIRA JÚNIOR, 2007: 02)

Neste sentido, o estudo sobre o direito à comunicação deve levar em consideração todo o histórico da luta e conquista dos direitos fundamentais do homem, como elementos essenciais da constituição do Estado democrático de direito.

Independente destas concepções acerca da natureza essencial dos direitos dos homens, é importante para uma compreensão acerca da real existência de um direito à comunicação, considerar sua inserção, determinação e justificação a partir da consagrada tipificação diacrônica dos direitos, que se traduz na concepção de gerações de direitos. (FERREIRA JÚNIOR, 2007: 05)

Os direitos envolvidos no processo de comunicação devem ser tutelados pelo Estado para que se alcance a efetividade social dos mesmos, levando em conta que o poder econômico e político da iniciativa privada podem comprometer o real sentido do direito à comunicação.

Contudo, não basta a delimitação de controles internos institucionais do Estado, a sociedade, os cidadãos têm de se investir controlando, fiscalizando e buscando mudanças, se não o que se tem é com o tempo a estabilização da cultura de relacionamento entre as esferas de poder, ainda que difusas na sua estrutura, mas unidas em propósitos concentrados que podem comprometer as liberdades e interesses populares, ou seja, dos representados diante de uma elite política. (FERREIRA JÚNIOR, 2007: 08)

Esses mecanismos de atuação do Estado devem ser revitalizados, de modo a incluírem os cidadãos nos debates políticos e sociais da vida em comunidade, visando que os direitos não fiquem apenas restritos ao campo formal, mas sim que se viabilizem nos aspectos materiais.

Devemos perceber que não podemos mais nos submeter à noção de direito como interesse que o Estado traduziu em norma, porque nisto não se tem garantia de efetividade de direito. E o problema maior é que os administradores públicos e o judiciário em razão da hermenêutica jurídica e interesses econômicos dos grupos detentores dos meios de produção, se contentam com uma efetividade formal, mas não material do cumprimento da lei. (FERREIRA JÚNIOR, 2007: 09)

Por fim, Godoi (2004) tratou da temática no encontro de Porto Alegre em 2004. De acordo com o autor, a legislação referente à comunicação hoje é confusa, e tratada em documentos esparsos, o que faz com que se construa uma indecisão e confusão regulatória. Ou seja, nos poucos pontos em que há realmente uma tentativa de regular, ocorrem equívocos.

Na falta de uma regulamentação atualizada, o que temos é um emaranhado de leis, decretos, portarias e normatizações. Esta confusão jurídica e o caráter ultrapassado de nossa legislação acabaram por concretizar uma situação de vazio regulatório. (GODOI, 2004: 10)

Como se pode verificar, o GT: Políticas e estratégias de comunicação, da Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação – INTERCOM aportou inúmeras e oportunas contribuições para uma definição teórica conceitual sobre o termo direito à comunicação. Na seção que segue serão apresentadas algumas conclusões acerca da temática.

Conclusões

Nos trabalhos pesquisados para a elaboração do presente texto podem ser verificados alguns pontos de convergência e outros de divergência em relação às tentativas de conceituar o termo direito à comunicação.

O ponto principal de convergência de vários trabalhos pesquisados é o atrelamento do direito à comunicação aos direitos humanos fundamentais, em especial, ao direito à liberdade. Neste ponto, divergências surgem quanto à classificação como direito de primeira, terceira ou até mesmo quarta geração dos direitos fundamentais. Também neste aspecto há a indicação de pertencimento aos direitos individuais, sociais/coletivos/difusos e profissional. Também é considerado um direito-meio, básico, trivalente e bidirecional para o exercício de outros direitos, como a democracia e a cidadania.

Observa-se ainda dificuldade de enquadramento do direito à comunicação, como direito público ou privado, tendo em vista a pluralidade e diversidade da natureza das normas jurídicas, sejam elas constitucionais, administrativas, empresariais/comerciais, internacionais (direitos humanos) e processuais, como é o caso do direito de resposta.

Alguns teóricos também convergem no sentido de identificar a construção do direito à comunicação como um campo de batalha na luta por direitos historicamente construídos. Verifica-se também uma divergência em relação à amplitude do conceito, alguns autores utilizando um conceito mais amplo e outros um conceito mais enxuto. No entanto, mesmo com todas essas divergências e com alguns pontos de convergência é possível propor uma tentativa de definição conceitual do termo, sem muita pretensão e obviamente aberto a críticas e sugestões.

Considera-se, desta forma, o direito à comunicação como uma **disciplina jurídica, pertencente ao ramo do direito público** (tendo em vista o interesse coletivo/social dessas regulamentações jurídicas) **que tem por objetivo estudar os princípios e regras, através da identificação, da interpretação, da crítica, da sistematização e da indicação de possíveis aplicações das normas que regem as variadas relações jurídicas que envolvem os meios de comunicação social e suas atividades.**

REFERÊNCIAS

BERTRAND, Claude Jean. **A deontologia das mídias**. Bauru: EDUSC, 1999.

BRANT, João; KAMEOKA, Márcio. (Coord.). **Direito à comunicação no Brasil**. Intervenções – Coletivo Brasil de Comunicação Social, junho de 2005. Disponível em: www.scribd.com/doc/5619429/Direito-a-comunicacao-no-Brasil-Intervencao. Acesso em: vários acessos.

BRITTES, Juçara Gorski. **Direito à Comunicação, Democracia e Ausências nas Políticas Públicas. Anais do XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2013. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/index.htm>. Acesso em: vários acessos.

BRITTOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. **Direito à Comunicação e democratização no Brasil**. In: SARAIVA, Enrique Jeronimo; MARTINS, Paulo Emídio Matos; PIERANTI, Otávio Penna. (Org.) **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

CORREIA, Luís Brito. **Direito da comunicação social**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

DUARTE, Marcia Yukiko Matsuuchi. Comunicação e Cidadania. In: DUARTE, Jorge (Org.). **Comunicação Pública: Estado, mercado, sociedade e interesse público**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA JUNIOR, Luiz Marcos. Pensando um direito à comunicação. **Anais do XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2007 Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/index.htm>. Acesso em: vários acessos.

GENTILLI, Davi Lopes. Direito à Informação e direito à comunicação: o percurso do jornalismo na constituição da cidadania. **Anais do XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2012. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2012/index.htm>. Acesso em: vários acessos.

GODOI, Guilherme Canela de Souza. Liberdade de Expressão: Problematizando um Direito Fundamental. **Anais do XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2004. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2004/index.html>. Acesso em: vários acessos.

GÓIS, Veruska Sayonara de. Informação Jornalística e suas possíveis garantias: contornos acerca de um direito constitucional. **Anais do XXXI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2008. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/index.htm>. Acesso em: vários acessos.

MacBRIDE, Sean, et al. **Un solo mundo, voces múltiples. Comunicación e información en nuestro tempo**. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1993.

NAPOLITANO, Carlo José. Direito fundamental à comunicação. In: VICENTE, Maximiliano Martin (Org.). **Comunicação e cidadania**. Bauru: EDUSC, 2009. Páginas 11 a 26.

NAPOLITANO, Carlo José A Regulação Jurídica da Comunicação Social na Constituição de 1988. **Anais do XXXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. São Paulo: Intercom, 2011. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2011/index.htm>. Acesso em: vários acessos.

PAULINO, Fernando Oliveira; GOMES, Pedro. Lei e direito à comunicação: padrões normativos e judiciais no Brasil. In: SOARES, Murilo César; VICENTE, Maximiliano Martin; NAPOLITANO, Carlo José; ROTHBERG, Danilo (Orgs.) **Mídia e Cidadania**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012.

RAMOS, Murilo César. Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In: MARQUES DE MELO, José; SATHLER, Luciano. **Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação**. São Bernardo do Campo, SP: Umesp, 2005

WIMMER, Mirian. O direito à comunicação na Constituição de 1988: o que existe e o que falta concretizar. In: **Eco-Pós** (UFRJ), v.11, p. 146-165, 2009.

5.9 - Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos

NAPOLITANO, Carlo José. Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte dos Estados Unidos/Press freedom in the Brazilian Supreme Court: a comparative analysis with the U.S. Supreme Court. *Intercom* (São Paulo. Impresso), v. 38, p. 19-36, 2015.

Liberdade de imprensa no Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte Norte Americana

Carlo José Napolitano

Resumo

O presente trabalho, resultado de pesquisa concluída, visa apresentar, em uma análise comparativa, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana acerca da liberdade de imprensa. Para tanto, analisa os argumentos utilizados pelas Cortes quando do julgamento de processos que tinham por objeto essa temática, bem como expõe a teoria brasileira e norte americana sobre a liberdade de expressão do pensamento. Conclui o trabalho apontando as possíveis influências da Suprema Corte e da teoria norte americana nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da temática investigada.

Palavras-chave: liberdade de imprensa; Supremo Tribunal Federal; constituição; liberdade de expressão; Suprema Corte.

Press freedom in the Brazilian Supreme Court: a comparative analysis with the U.S. Supreme Court

Abstract

The present work is one of the results of the finished research that aims to present, in a comparative analysis, the understanding of the Brazilian Supreme Court and the U.S. Supreme Court about press freedom. The research analyzes the arguments used in the Courts in some judgments with this theme, as well as exposes the Brazilian and North American theory about freedom of speech. This work indicates the possible influences of the U.S. Supreme Court and the North American theory about press freedom in the decisions of the Brazilian Supreme Court.

Keywords: press freedom; Brazilian Supreme Court; constitution; freedom of speech; U.S. Supreme Court.

Libertad de prensa en el Supremo Tribunal Federal: análisis comparativo con La Suprema Corte Norte Americana

Resumen

El presente trabajo, resultado de investigación concluida, visa presentar, en un análisis comparativo, la comprensión del Supremo Tribunal Federal y de la Suprema Corte Americana acerca de la libertad de prensa. Para tanto, analiza los argumentos utilizados por las Cortes cuando se realizaron juicios de procesos que tenían por objeto esa temática, así como expone la teoría brasileña y norte americana sobre la libertad de expresión del pensamiento. El texto acaba indicando las posibles influencias de la Suprema Corte y de la teoría norte americana en las

decisiones del Supremo Tribunal Federal acerca de la temática investigada.

Palabras-clave: libertad de prensa; Supremo Tribunal Federal; constitución; libertad de expresión; Suprema Corte.

Introdução

O presente artigo trata-se de um dos resultados de pesquisa⁸⁴ finalizada que objetivou investigar a regulação jurídica constitucional do direito à comunicação e para tanto propôs a revisitação ao processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para o direito à comunicação. Além disso, pretendeu analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), comparando a intenção constituinte com a concretização judicial. Partiu a pesquisa de alguns pressupostos: que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Sendo um desses valores substantivos almejados a proteção e a concretização dos direitos fundamentais; que o direito à comunicação, com a constituição de 88, ganhou *status* de direito fundamental, aplicando-se assim a teoria desses direitos na interpretação e aplicação daqueles e, por fim, que a constituição de 88 atribui ao judiciário o papel de garantidor dos direitos fundamentais. Por hipótese, a pesquisa partiu do pressuposto que a intenção constituinte foi a de regular alguns direitos relacionados ao direito à comunicação e que ao analisar casos referentes à temática o STF, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer forma ou possibilidade de regulação. Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisou, em um primeiro momento, as propostas e os debates legislativos ocorridos durante o processo constituinte de 87/88, relativos à regulação do direito à comunicação. Essa primeira etapa foi realizada pesquisando os Diários do Congresso Nacional (DCN), organizados em CD-Rom, em 2008, pela Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Congresso Nacional, que contém, na íntegra, os debates constituintes. A metodologia utilizada nesta primeira etapa foi a realização de pesquisa nos DCN através de buscas por palavras-chave relacionadas à temática da investigação, buscando-se as seguintes expressões: “comunicação social”; “meios de comunicação”; “liberdade de imprensa”; “direito à informação”; “oligopólio dos meios”; “monopólio dos meios”, para posterior leitura dos achados. Com a seleção quantitativa separou-se os relatos, debates e proposições relacionados à temática, efetivando-se a leitura dos mesmos. Os achados nos diários eram então transcritos, em ordem cronológica, mencionando-se qual o constituinte que proferiu o discurso, o partido e estado de origem, os argumentos do parlamentar, no intuito de verificar a sua linha ideológica, e, na sequência, foram traçados breves comentários sobre a manifestação do constituinte em sede de conclusões⁸⁵. Em um segundo momento, foram analisados alguns julgados do STF que trataram direta ou indiretamente do direito à comunicação. Especial atenção foi dada às ações constitucionais, justificando-se essa forma de análise, pois esse é o *locus* privilegiado do confronto entre a ordem constitucional estabelecida e a legislação infraconstitucional produzida, antes ou depois do advento de uma nova constituição. A metodologia utilizada na análise dos julgados seguiu os seguintes passos: considerou-se quem foi o proponente da ação; qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional; a época em que foi questionada a constitucionalidade da lei e quando a ação foi julgada, no intuito de analisar o lapso temporal entre a entrada em vigor da lei, o seu questionamento junto ao Supremo e a efetiva decisão proferida por esse órgão; decisão consensual ou não, ou em termos jurídicos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos; se a decisão foi por maioria, ou seja, não unânime, qual o Ministro que criou o impasse no

⁸⁴ A pesquisa contou com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP.

⁸⁵ Os resultados desta etapa da pesquisa já foram divulgados em eventos científicos e os textos produzidos foram submetidos/publicados em revistas qualificadas.

juízo e com qual argumento. Deu-se especial atenção aos votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade, pois esses representam concordância com a alegação de desrespeito ao texto constitucional; e, principalmente, deu-se ênfase aos argumentos jurídicos colocados em questão pelos Ministros. Na análise das ações, os argumentos dos Ministros foram reproduzidos em trechos e na íntegra. Ao final da apresentação dos argumentos dos Ministros, foram traçadas breves considerações sobre cada julgado⁸⁶. Por fim, a pesquisa, como já foi mencionado, pretendeu comparar as propostas da ANC com as decisões do STF para confirmar ou não a hipótese inicial.

O resultado da pesquisa que ora se apresenta visou especificamente tratar da perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à liberdade de informação jornalística. Para isso o presente trabalho analisou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 869 e 4.451 que tinham por objeto esse direito fundamental e apresenta uma análise comparativa com decisões da Suprema Corte Norte Americana acerca da temática investigada, bem como expõe a teoria brasileira e norte americana sobre a liberdade de expressão do pensamento, especificamente, sobre a liberdade de informação jornalística.

Fundamentação teórica e jurídica acerca da liberdade de expressão do pensamento: a liberdade de informação jornalística

De acordo com a clássica teoria do direito constitucional brasileiro, a liberdade de expressão do pensamento é o direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto. (SILVA, 2010).⁸⁷

Na liberdade de expressão está contida a liberdade de opinião, reconhecida como a liberdade de expressão primária, que consiste na prerrogativa da pessoa de adotar a postura intelectual que quiser e, se for da sua vontade, exteriorizar essa opinião por qualquer meio, através dos meios de comunicação⁸⁸, das artes, das ciências, das religiões, das pesquisas científicas, compreendendo também a liberdade de informação em geral e, especificamente, a liberdade de informação jornalística. O direito à liberdade de expressão garante até mesmo a liberdade do indivíduo, se desejar, de não expressar a sua opinião.

Ainda de acordo com Silva (2010, p. 246) a liberdade de informação jornalística “assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa.” Esta, segundo o autor, está intimamente ligada aos veículos impressos de comunicação, ao passo que a aquela “alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”.

Prossegue Silva (2010, p. 247) afirmando que “a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida dos direitos dos indivíduos a uma informação correta e parcial.”

Observe-se que em diversos dispositivos o texto constitucional brasileiro faz referência à liberdade de expressão do pensamento. No artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dois incisos tratam do tema. O inciso IV dispõe que é livre a manifestação do

⁸⁶ Os resultados desta etapa da pesquisa já foram divulgados em eventos científicos e os textos produzidos foram submetidos/publicados em revistas qualificadas.

⁸⁷ Infelizmente, segundo Simis (2010, p. 59), muitas vezes a liberdade de expressão no Brasil se confunde “com a busca de audiência a qualquer custo pelas emissoras de TV e assistimos a programações de péssima qualidade”. Bigliuzzi (2009) defende a ideia de que hodiernamente a liberdade de expressão estaria inserida em um conceito maior que é o direito à comunicação e que este último não estaria apenas relacionado ao direito à liberdade, mas sim também à igualdade, garantindo-se paridade de oportunidades na expressão do pensamento. Pereira (2002), por sua vez, aponta uma distinção entre a liberdade de expressão de opiniões, que denomina liberdade de crítica, da liberdade de expressão de fatos, que denomina liberdade de crônica, esta estaria relacionada à liberdade de informação.

⁸⁸ Para Comparato (2010), no sistema capitalista, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa foram transformadas em liberdade de empresa, ou da empresa midiática. No mesmo sentido para Kucinski (2011, p. 16) “os proprietários da grande mídia identificam liberdade de expressão, um dos direitos humanos fundamentais, com liberdade da indústria de comunicação, que é um direito empresarial. Como se as empresas fossem as detentoras exclusivas do direito de expressão.”

pensamento, vedando apenas o anonimato e no IX está disposto que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Já o artigo 220, no capítulo da Comunicação Social, disciplina que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Bitelli (2004, p. 191) lembra que a frase *observado o disposto nesta Constituição*, previsto no caput do artigo 220, fundamenta “todo um sistema de limitações ao direito da comunicação social”. É salutar mencionar que não há no direito constitucional norte americano regra semelhante a esta existente no direito brasileiro.

A nova regulação constitucional, de acordo com Jambeiro (2009, p. 152/153),

aboluiu complemento a censura, sob qualquer forma, seja política, ideológica ou artística. Agora o governo federal pode apenas classificar os programas de rádio e TV em termos de propriedade e impropriedade para faixas de idade determinadas em relação a horários de exibição, tornando pública essa classificação, com o caráter de recomendação em vez de obrigação. [...] O governo deve criar meios legais para assegurar aos indivíduos e famílias a possibilidade de defesa contra programas de rádio e TV que desobedeçam aos princípios que a Constituição estabelece para eles. [...] O governo deve assegurar a proteção do público contra a propaganda comercial de bens, práticas e serviços que sejam maléficos à saúde e ao ambiente.

Reconhece-se ainda que a liberdade de expressão está intimamente ligada à democracia. A liberdade é um de valores fundamentais da democracia “regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”, (SILVA, 2010, p. 132), dos quais a liberdade faz parte, sendo a liberdade de expressão do pensamento a maior expressão da liberdade.

No mesmo sentido, entende-se que a liberdade de expressão é um dos fundamentos da cidadania, compreendida aqui, conforme Silva (2010), em um sentido mais amplo do que a simples titularidade dos direitos políticos. A cidadania, para Silva, é a qualificação do indivíduo como participante da vida do Estado e o seu reconhecimento como pessoa integrada na sociedade e para que isso se concretize a livre difusão de crenças, de ideias, de ideologias e de opiniões é essencial.⁸⁹

Há, contudo, o reconhecimento de que a regulação estatal da liberdade de expressão no Estado brasileiro configura um verdadeiro tabu, em especial, pela lembrança do período militar autoritário e que qualquer tentativa de atuação do Estado, nesta seara, é vista como censura. (BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005)

Nesse mesmo sentido para Lima (2010, p. 21), no Brasil, em relação a qualquer tentativa de regulação jurídica da liberdade de expressão, há “uma interdição não declarada a esse tema, cuja mera lembrança sempre provoca rotulações de autoritarismo e retorno à censura”⁹⁰.

E como reflexo desse entendimento, de acordo com Comparato (2010, p. 10), mesmo havendo a exigência constitucional de elaboração de legislação ordinária regulamentadora desse

⁸⁹ Conforme Lima (2011, p. 215) “A condição básica para a realização dos direitos políticos da cidadania no mundo contemporâneo é a existência de um mercado de mídia policêntrico e democrático, vale dizer, garantia para que cada um possa exercer plenamente seu direito à comunicação. Dessa forma, do ponto de vista da ordenação jurídico-formal, existe uma relação constitutiva entre a comunicação, o poder e a cidadania.”

⁹⁰ No mesmo sentido Pieranti (2008, p. 129 e 139) assevera que “quaisquer tentativa de regulação de conteúdo ou a ela relacionadas, são em geral, consideradas pelos meios de comunicação práticas de censura.” No entanto, reconhece o autor que “a linha que separa os dois (regulação e censura) é tênue. A censura não deixa de ser uma forma de se regular conteúdo, porém nem todas as formas de regular conteúdo correspondem à censura.”

direito, o que se verifica é que o “Congresso Nacional é sistematicamente paralisado pela pressão dominante das empresas de comunicação”.⁹¹

Bolaño (2004, p. 77) também comenta a ausência de regulamentação de dispositivos constitucionais relacionados à liberdade de expressão. Para o autor, a regulamentação poderia estabelecer “um novo modelo de regulação das comunicações, o que jamais se concretizou no país”.

Ainda segundo Bolaño (2004, p. 77)

A falta dessa regulamentação acaba preservando, na prática, o velho modelo. Até a vitória que foi a abolição da censura, à falta de uma regulamentação dos direitos do telespectador, acaba dando munição aos defensores da manutenção do capitalismo selvagem em matéria de comunicação no país.

Na mesma linha de raciocínio, Brittos e Collar (2008, p. 83) também reconhecem a carência de regulamentação do artigo 220 da Constituição Federal, fato “que poderia tornar-se um pilar importante no processo de democratização da mídia. O interesse do legislador constituinte, portanto, perdeu-se na ausência de lei que regulamente o dispositivo em questão”.

Liberdade de informação jornalística na perspectiva do Supremo Tribunal Federal – Análise das ADINs 869 e 4.451

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 869

Na ADI 869 o Procurador Geral da República (PGR), após representação encaminhada pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), objetivou a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da parte final do § 2º, do artigo 247, da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que determinava “a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicidade do periódico até por dois números”, nos casos de divulgação de informações, sem autorização, por qualquer meio de comunicação, relacionadas ao envolvimento de criança e adolescente em prática de ato infracional.

O principal argumento da representação da ANJ consistia na alegação de que a constituição de 88 ao “dispor no artigo 5º, IX, que é livre a expressão da atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença, desautorizou, expressamente o legislador ordinário a opor limites ao princípio da livre manifestação do pensamento”. Ademais, qualquer restrição a esse direito fundamental somente pode estar amparado nas hipóteses previstas na própria constituição, na parte final do artigo 220, conforme mencionado no item anterior.

Após o processamento da ação, o STF, por unanimidade, proferiu a seguinte decisão:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal 8069/90. Liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação. Impossibilidade de restrição. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do

⁹¹ Ainda de acordo com Comparato (2010, p. 12) hoje no Brasil há uma “absoluta convergência na defesa do capitalismo e na desregulamentação do setor de comunicação social”.

pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Portanto, não pode lei ordinária estabelecer restrições à liberdade de informação jornalística.

De acordo com o voto do relator do processo ministro Ilmar Galvão a parte final do artigo 247, § 2º do ECA introduziu “em nosso ordenamento jurídico restrição prévia à liberdade de imprensa mais grave do que a censura de natureza política, ideológica e artística, expressamente vedada pelo art. 220, § 2º, da Constituição da República”.

Da mesma forma, entende o ministro relator que o trecho de lei impugnado na ADI permite a juiz ou tribunal poderes de proibir a veiculação de informações jornalísticas futuras, antes mesmo de conhecer o seu conteúdo, constituindo desta forma “verdadeiro embaraço à plena liberdade de informação jornalística”, o que é vedado pelo ordenamento jurídico constitucional.

Também alega o relator, endossando a representação da ANJ e o pedido do PGR, que “todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, hão de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição.”

Essas restrições são aquelas previstas no artigo 220 anteriormente mencionado.

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451

A ADI 4.451 foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), junto ao Supremo Tribunal Federal, no intuito do reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45, da lei 9.504/97 (Lei eleitoral).

A referida lei dispõe acerca de normas gerais para eleições e no artigo questionado junto ao STF dispõe que “a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

Segundo a ABERT “tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras ... inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral”, violando desta forma o artigo 5º, IV, IX e XIV e 220 da constituição, ao criar embaraços à liberdade de manifestação jornalística, constituindo verdadeira censura.

Por maioria, o STF reconhece a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, proferindo a seguinte decisão, que segue em resumo:

EMENTA: [...] Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. [...] não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal [...] a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. [...] A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. [...] Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frase e quadros espirituosos

compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística”. Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos do Estado. [...] A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. [...]. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

Os mesmos argumentos da ADI 869 são aqui reproduzidos agora em outros termos, garantindo-se a plena liberdade de imprensa, sendo esta possível de restrição apenas *a posteriori* nos casos de ofensas a outros direitos constitucionalmente garantidos, como são os casos da privacidade e da intimidade, por exemplo.

A liberdade de imprensa na Suprema Corte Norte Americana – Análise dos julgamentos: *New York Times v. Sullivan*, *Brandenburg v. Ohio* e *Hulstler Magazine v. Falwell*: Teoria e julgados.

A teoria norte americana acerca da liberdade de expressão do pensamento foi desenvolvida no decorrer do século XX, em especial, por intermédio de decisões da Suprema Corte (SC) daquele país, sendo ela responsável pelos desenvolvimentos teóricos e jurisprudenciais em relação a esse direito fundamental.

Na SC destacam-se as teses jurídicas desenvolvidas pelo juiz Oliver Wendell Holmes, que exerceu as suas funções na corte de 1902 a 1932 (MORO, 2004).

Para Holmes a liberdade de expressão do pensamento

não pode ser restringida nem mesmo quando envolve incitação ou apologia a ações ilegais: há também a necessidade de que da espécie possa efetivamente resultar em ação ilegal. Trata-se do denominado *clear and present danger*. (MORO, 2004, p. 46/7)

No entanto, segundo Pereira (2002), a teoria desenvolvida por Holmes não considera a liberdade de expressão de forma absoluta, sendo que ela pode ser restringida quando da prática efetiva de atos ilegais, deixando a liberdade de expressão de ser protegida em determinados casos.

O exemplo clássico dado por Holmes para ilustrar a possibilidade de restrição da liberdade de expressão e que estaria de acordo com a sua teoria ocorreria “quando alguém falsamente grita a palavra ‘fogo’ em um teatro lotado, o perigo causado pelo grito é imediato, palpável, grave e possui uma alta probabilidade de efetivamente provocar danos” (SANKIEVICZ, 2011, p. 28).⁹²

Contudo para Holmes é sempre necessário preservar a liberdade de expressão mesmo

quando o discurso é desagradável ou ofensivo à maioria da comunidade. É isso, em primeiro lugar, porque nada tolhe em grau mais significativo o desenvolvimento da personalidade humana do que a imposição do silêncio; em segundo lugar, porque a liberdade de expressão é essencial ao adequado funcionamento da democracia, por permitir amplo debate de idéias. (MORO, 2004, p. 49/50)

⁹² A frase de Holmes é a que segue: “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic.” (PEREIRA, 2002, p. 255)

As teses desenvolvidas por Holmes, no início do século XX, somente tomaram corpo nos julgamentos da SC, nos anos 60, durante a denominada Corte Warren (1953/1969).

De acordo com Moro (2004) a Suprema Corte dos Estados Unidos, durante esse período, proferiu duas decisões que se tornaram referência sobre a temática, tratam-se das decisões nos casos *New York Times v. Sullivan* e *Brandenburg v. Ohio*.

No primeiro caso,

Os fatos que deram origem ao recurso junto à Suprema Corte foram os seguintes. Em 1960, período agitado pelos conflitos raciais e pela luta pelas liberdades civis, houve uma manifestação estudantil em Montgomery, Alabama, dispersada pela polícia local. No dia 29 de março daquele ano, uma matéria paga de página inteira apareceu no *New York Times* como o título: “Heed Their Rising Voices”. O texto começava afirmando que o movimento pelos direitos civis no Sul, de caráter não violento, vinha sendo atacado por uma onda de terror. Afirmava depois que a “polícia de Montgomery havia imprópriamente cercado o câmpus de uma escola de negros para dismantelar uma demonstração pacífica a favor dos direitos humanos e que certos ‘violadores sulistas’, não nomeados, tinham explodido bombas na casa de Martin Luther King, tinham-no atacado fisicamente e levado para a prisão sete vezes”, sob acusações diversas. Terminava com um apelo por fundos para patrocinar o movimento estudantil, o sufrágio universal e a defesa de Martin Luther King. E além das assinaturas de 64 figuras proeminentes dos Estados Unidos, afirmava-se que 16 pastores sulistas endossavam a matéria. Algumas das afirmações acima estavam equivocadas no todo em parte. L. B. Sullivan, comissário de polícia de Montgomery, moveu uma ação por difamação contra o jornal. Malgrado não ter sido mencionado na matéria, fez valer a alegação de que, por ser o encarregado da polícia na ocasião, podia ser, e de fato tinha sido, identificado como o responsável por todos aqueles abusos. Sullivan obteve do júri em primeira instância uma indenização no valor de US\$ 500.000, confirmada pela Suprema Corte do Alabama. A empresa *New York Times Company* recorreu à Suprema Corte, que reverteu o julgamento. (PEREIRA, 2002, p. 198)

Em relação a esse processo, a corte norte americana

Entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desautorização negligente em relação à verdade. (MORO, 2004, p. 48).

De acordo com Pereira (2002, p. 197)

A novidade introduzida pela decisão Sullivan consistiu no estabelecimento de novo padrão de culpabilidade dos meios de comunicação, quando a notícia difamante tivesse como protagonistas homens públicos no exercício de atividades públicas. [...] A Suprema Corte definiu que homens públicos só poderiam obter indenização por difamação em matérias que tratassem da sua conduta pública, se conseguissem provar, com suficiente clareza, que as afirmações foram feitas com *actual malice*, isto é, com ‘conhecimento da sua falsidade’ ou com notório desprezo ou desconsideração pela sua veracidade ou falsidade.

A decisão da SC protegeu, de alguma forma, afirmações falsas divulgadas pela imprensa, desde que essas afirmações envolvam agentes de governo, pois “o homem público deve ser forte o suficiente para arrostar críticas.” (PEREIRA, 2002, p. 199)

A SC também pautou a sua decisão amparada na regra que garante aos governantes “imunidade absoluta, quando se pronunciam, se seus pronunciamentos são feitos ‘dentro do perímetro’ das suas obrigações” (PEREIRA, 2002, p. 200), usando da analogia no caso em questão, pois

Assim como um homem de governo poderia ficar inibido de atuar em consciência pelo risco de uma condenação, assim também a imprensa deveria gozar de prerrogativas que minimizassem o risco de autocensura por receio de uma condenação, quanto tratasse de crítica aos governantes. (PEREIRA, 2002, p. 200)

No segundo caso, *Brandenburg v. Ohio*⁹³, tratava-se da revisão de punição imposta a líder da Klu Klux Klan por ter defendido a “alteração da ordem por meio da violência” (MORO, 2004, p. 49). Neste julgamento, segundo Moro (2004), a despeito da imoralidade inquestionável do discurso, o que prevaleceu foi a tese de Holmes formulada no início do século passado.

Ademais, com essas decisões a SC elevou a liberdade de expressão do pensamento “a uma posição preferencial em relação a outros interesses” (MORO, 2004, p. 50) de mesma estatura constitucional.

Se extrai da obra de Moro (2004) que nos EUA a fundamentação teórica sobre a prevalência da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais está baseada na sua íntima relação com a democracia, pois “sem liberdade de expressão e direito à informação e sem amplos direitos de participação não há verdadeira democracia.” (MORO, 2004, p. 263).

No entanto, adverte Moro (2004, p. 264) que “a teoria da posição preferencial não transforma tais liberdades e direitos em absolutos. Mesmo a Suprema Corte norte-americana admite algumas restrições, como as relativas a material obsceno”.

Contudo, essa teoria coloca a liberdade de expressão “em situação de vantagem no caso de eventual colisão com outros direitos” (MORO, 2004, p. 265). Porém, reconhece-se que não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

No caso específico da liberdade de imprensa, tratado no caso *New York Times v. Sullivan*, essa primazia

é restrita a assuntos de natureza pública, embora estes possam ser definidos de forma ampla. O debate de assuntos públicos deve ser amplo e robusto, sem inibições, e ele seria seriamente afetado caso se exigisse da imprensa a verificação da certeza dos fatos relacionados com as notícias a serem veiculadas. (MORO, 2004, p. 266).

⁹³ Uma lei de Ohio proibiu o ensino de doutrinas de sindicalismo criminal. O réu, Brandenburg, um líder do Ku Klux Klan, havia discursado promovendo ações violentas contra o governo e foi condenado pela lei de Ohio. O dispositivo de Ohio tornou ilegal ensinar ou defender “crimes, sabotagens, violência (...) ou terrorismo como meios de se almejar reformas industriais ou políticas”. O dispositivo também proibiu a montagem de sociedades ou grupos que defendessem princípios do sindicalismo criminal. A incógnita se deu em torno da questão: O estatuto, proibindo discursos públicos que defendessem a violência, violou o direito de liberdade de expressão do réu, da Constituição Americana? Desdobramento: A Suprema Corte entendeu que a lei de Ohio violou o direito de liberdade de expressão do réu. Em decorrência da decisão, lançou-se mão de formas de distinção entre discursos cabíveis no direito à liberdade de expressão, e discursos que poderiam, potencialmente, incitar atos violentos. O discurso poderia ser proibido se este fosse capaz de incitar uma ação ilegal iminente, produzir mencionada ação ou incitar alguma forma de violência imediata. No entanto, a incapacidade da Corte de fazer essa distinção tornou a lei excessivamente ampla e inconstitucional. Este relato foi elaborado pela bolsista Isadora de Souza e Moura após pesquisa sobre o assunto.

Ainda de acordo com Moro essa tese foi aplicada em outros casos pela SC, como no da *Hustler Magazine v. Falwell*, em 1988.

Neste caso especificamente a primazia foi estendida para cartunistas e satiristas, decidindo a corte

que figuras públicas não poderiam obter indenização por afronta à honra sem demonstrar que a publicação veicularia falsas declarações feitas com ‘malícia’, ou seja, com o conhecimento de que seriam falsas ou com desconsideração negligente quanto à sua falsidade ou não. (MORO, 2004, p. 267)

As teses de Holmes, contudo, não estão imunes de críticas, considerando-se que o argumento central seria o fato de que a livre circulação de ideias ou o mercado de ideias levaria à verdade.

Essa premissa é refutável tendo em vista que no exercício de algumas modalidades de discurso a verdade nunca será alcançada, como, por exemplo, nas artes, na literatura e no discurso religioso (SANKIEVICZ, 2011).

Pereira (2002) aduz que esse mercado de ideias seria o transplante do pensamento econômico liberal, do *laissez-faire, laissez-passar*, para o campo da liberdade de expressão, definido por ele como o liberalismo de ideias. Critica ainda a importação das teses de Holmes para a nossa realidade, a despeito do fato de elas terem desaparecido dos tribunais americanos. Segundo o autor, as ideias do norte americano fundamentam teses brasileiras que se “insurgem contra algumas restrições à liberdade de manifestação do pensamento.” (PEREIRA, 2002, p. 260)

Ainda segundo Pereira (2002, p. 261) aqueles que defendem o *marketplace of ideas* o fazem por dois motivos “ou porque não se julga que a exposição teórica, enquanto exposição teórica, tenha qualquer real potencial nocivo à sociedade; ou porque se crê que a verdade e o bom senso sempre prevalecem no confronto entre teses opostas”, sendo ingênuas, para o autor, essas duas premissas.

Conclusões

Do que foi exposto, observa-se que, em especial, no julgamento da ADI 4.451 aparentemente as ideias de Holmes e da Suprema Corte Norte Americana estão presentes na decisão do Supremo Tribunal Federal que estabelece primazia à informação se comparada a outros direitos fundamentais, particularmente quando a informação envolve a atuação de pessoas públicas, de agentes de governo, sendo certo para a corte brasileira que os direitos da intimidade e privacidade, por exemplo, somente podem ser exercidos após o dano efetivamente causado.

Em relação à decisão da ADI 869 não é possível estabelecer um comparativo com as decisões da Suprema Corte. No entanto, é possível extrair dos argumentos apresentados que a legislação constitucional brasileira permite a restrição de direitos relacionados à liberdade de expressão, restrição não prevista, pelo menos de forma expressa, pela constituição americana.

Considera-se por fim que as importações de ideias nem sempre são positivas, em especial, quanto essas transposições são feitas sem qualquer ponderação em relação às diversas realidades dos países envolvidos, em especial, as jurídicas.

Referências

BIGLIAZZI, Renato. A memória do direito à comunicação. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, vol. XI, n. 1, ene. – abr. 2009.

BINENBOJM, Gustavo.; PEREIRA NETO, Caio M. da S. Prefácio de: FISS, Owen. M. A **ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 144 p.

BITELLI, Marcos A. S. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 472 p.

BOLAÑO, César R. S. A reforma do modelo brasileiro de regulação das comunicações em perspectiva histórica. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, 17, 67-95, 2004.

BRITTOS, Valério C.; COLLAR, Marcelo S. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, Paulo E. M.; PIERANTI, Otávio P. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. 276 p.

COMPARATO, Fábio. K. Prefácio de: LIMA, Venício. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010. 159 p.

JAMBEIRO, Othon. A comunicação na Constituição de 1988. In: GOULART, Jefferson O. **As múltiplas faces da constituição cidadã**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 218 p.

KUCINSKI, Bernardo. Prefácio de: LIMA, Venício. A. de. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011. 252 p.

LIMA, Venício. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010. 159 p.

_____. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011. 252 p.

MORO, Sérgio. F. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 336 p.

PEREIRA, Guilherme. D. C. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 283 p.

PIERANTI, Otávio. P. Censura versus regulação de conteúdo: em busca de uma definição conceitual. In: SARAIVA, Enrique; MARTINS, Paulo E. M.; PIERANTI, Otávio P. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. 276 p.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011. 225 p.

SIMIS, Anita. Conselho de Comunicação Social. Uma válvula para o diálogo ou para o silêncio. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 25, n. 72, fev/2010, pp. 59-71.

SILVA, José. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 926 p.

5.10 - Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal

NAPOLITANO, Carlo José. Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal. *Eptic* (UFS), v. 18, p. 5-18, 2016.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMUNICACIÓN EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PUBLIC POLICIES OF COMMUNICATION IN BRAZILIAN SUPREME COURT

Carlo José Napolitano

O presente trabalho considera que o Supremo Tribunal Federal (STF) é um importante ator nas decisões políticas brasileiras, além de executar a sua função precípua de guardião do texto constitucional. Algumas dessas decisões influenciaram as políticas públicas de comunicação, impactando as atividades e os meios de comunicação social, estabelecendo critérios jurídicos que balizam a formulação e efetivação de políticas públicas de comunicação. Nesse sentido, o presente trabalho visa apresentar e analisar as decisões do STF nas ADIs 821, 3944 e na ADO 9 que, por hipótese, impactaram a execução de políticas públicas relacionadas à comunicação social. Palavras-chave: políticas públicas; comunicação social; Supremo Tribunal Federal.

Este trabajo defiende que el Supremo Tribunal Federal (STF) es un importante actor en las decisiones políticas brasileñas, además de ejecutar su función principal de ser el guardián del texto constitucional. Algunas de sus decisiones influenciaron las políticas públicas de comunicación y tuvieron repercusión en los medios de comunicación social, estableciendo criterios jurídicos que influyen en la formulación y efectivación de políticas públicas de comunicación. En ese sentido, el presente trabajo presenta y analiza las decisiones del STF en las ADIs 821, 3944 y en la ADO 9 que, de acuerdo con nuestras hipótesis, repercutieron en la hora de ejecutar las políticas públicas relacionadas con la comunicación social. Palabras clave: políticas públicas; comunicación social; Supremo Tribunal Federal.

This paper considers that the Brazilian Supreme Court (STF) is a important player in Brazilian political decisions, in addition to perform its essential function of constitutional guardian. Some of these political decisions have influenced public policies communications, impacting activities and media, establishing legal criteria that guide the formulation and to effective communication public policies. In this sense, this paper aims to present and analyze the decisions of the STF in ADI 821, 3944 and ADO 9 which, by hypothesis, have impacted the execution of public policies related to social communication.

Keywords: public policies; media; Supreme Court.

Introdução

O presente trabalho, como será visto no decorrer do mesmo, parte de algumas premissas, dentre as quais, que uma das peculiaridades do atual sistema constitucional brasileiro reside no fato de ele ser repleto de regulações relacionadas a diversos campos da atividade econômica e social; que a constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar; que a comunicação social é um desses campos ou dimensões da vida social regulados constitucionalmente; que diversos valores relacionados à comunicação social foram constitucionalizados; que a despeito da regulação constitucional, sempre será necessária a elaboração de leis que regulamentem os dispositivos constitucionais; que as normas

regulamentadoras da constituição, muitas vezes, têm caráter de políticas públicas governamentais; que ao STF foi atribuída a tarefa de guardião do texto constitucional e, tendo em vista essa tarefa, o Supremo é constantemente chamado para verificar a compatibilidade das políticas públicas com a ordem constitucional vigente e, por fim, que algumas políticas públicas adotadas através de normas jurídicas e relacionadas à comunicação social tiveram e tem a sua constitucionalidade questionada perante o STF, sendo possível, desta forma, extrair algumas conclusões acerca da interpretação do Supremo em relação às políticas públicas relacionada à comunicação social e as suas consequências.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar três decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação e está assim estruturado: apontamentos sobre a constitucionalização das políticas públicas e atuação do Supremo Tribunal Federal; relato sobre a regulação constitucional de políticas públicas relacionadas à comunicação social; análise de três decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, a saber: decisão sobre os Conselhos Estaduais de Comunicação Social; decisão sobre o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD; decisão na ADO n. 9 que tratava da omissão legislativa em regulamentar o capítulo da comunicação social da constituição federal, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão.

Constitucionalização das políticas públicas e atuação do Supremo Tribunal Federal

Os termos da constituição brasileira de 1988, com nítido teor social e econômico configuram uma de suas peculiaridades. O Brasil tem por tradição adotar textos constitucionais descritivos e de regulação da vida em sociedade, o de 1988 não ficou longe dessas referências.

Por esses motivos ela é considerada por Coutinho (2013, p. 190) como sendo “progressista, generosa e transformativa”, e não por acaso foi

apelada de ‘constituição cidadã’, por ter sido promulgada após um período no qual o Estado democrático de direito foi suprimido no país e por conter um respeitável rol de direitos e garantias contra o arbítrio, ela enuncia ainda um longo e detalhado capítulo de direitos econômicos e sociais. Além disso, ela contém normas ditas ‘programáticas’ – isto é, normas que prevêm objetivos a serem alcançados por meio de políticas públicas e comandos que explicitam valores a serem perseguidos pelo legislador infraconstitucional, juízes e administradores públicos. (COUTINHO, 2013, p. 190)

Ao inserir nas normas constitucionais conteúdos de políticas públicas governamentais, de natureza econômica, de atribuição do papel do Estado na condução da economia, mantendo-se ainda alguns resquícios do modelo nacional desenvolvimentista, a nova sistemática constitucional trouxe, segundo Arantes e Couto (2004), fortes implicações no *modus operandi* do sistema político brasileiro e no sistema de justiça.

Ao constitucionalizar esses assuntos relacionados à atividade econômica, como foi o caso da Comunicação Social, o constituinte obrigou os governantes eleitos a efetivarem modificações constitucionais e legais antes de colocarem em prática os seus programas básicos de governo relacionados à economia.

Esses programas básicos podem estar traduzidos em emendas à constituição e em alterações legislativas infraconstitucionais que, potencialmente, podem passar a ser também objeto de análise por parte do judiciário brasileiro, em especial, do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, através das ações diretas de inconstitucionalidade, ou mediante recursos.

O fato de o constituinte de 1988 constitucionalizar assuntos de natureza econômica, segundo Arantes e Couto (2004), reduziria a margem de manobra decisória dos atores políticos, ou seja, do legislativo e do executivo. A competição continuaria sendo viabilizada por meio de eleições, entretanto, ficaria restrita por imposições constitucionais aos governos eleitos. Ademais, a constitucionalização da ordem econômica abriu a possibilidade no Brasil, país adepto ao controle de constitucionalidade das leis, de o judiciário ser acionado para manifestar-se quanto à

constitucionalidade ou não de algum programa, meta ou objetivo de governo que deverão estar vinculados por uma emenda constitucional ou a uma lei infraconstitucional.

Na mesma linha de raciocínio é a opinião de Grau (2003, p. 26), pois a legalização ou constitucionalização das políticas públicas induz à profusão de regras jurídicas, alterando a própria lógica do direito, que passa a regulamentar situações conjunturais ao invés de ordenar a estrutura do Estado, fato que acarreta maior flexibilidade e possibilidade de revisão das normas jurídicas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado não mais interviria na sociedade como o produtor do direito, mas que “passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas.”

Essa revisão das normas apontadas por Grau pode se dar através de um novo governo eleito, ao propor alterações constitucionais e legais, ou mesmo através do poder judiciário, órgão responsável por verificar a validade ou não de uma lei, seja referente a questões estruturais de um Estado, seja referente a assuntos conjunturais, tais como as políticas públicas de comunicação.

Partindo-se desse raciocínio, tem-se a redução da política, em especial as políticas públicas, às normas constitucionais.

Em decorrência desse fenômeno de alteração do direito, em especial com a constitucionalização das políticas públicas, Streck (2002) aponta que o centro de decisões desloca-se visivelmente do legislativo e do executivo para o judiciário, em especial, para o plano da jurisdição constitucional.

Ainda segundo Streck (2004), existem dois eixos analíticos sobre essa alteração no papel das constituições e, em consequência, sobre o papel a ser exercido pelo judiciário nesse novo modelo constitucional.

O primeiro eixo analítico considera a constituição como um mero instrumento de governo, ao definir e regular procedimentos político-administrativos e o segundo que compreende a constituição como sendo um documento que além de dispor de regras procedimentais também assegura valores e direitos substantivos.

Para o segundo eixo analítico, o judiciário deveria desempenhar o papel de intérprete desses direitos e valores substantivos previstos na constituição, como também deveria assumir uma atitude ativa para a sua realização quando esses objetivos não forem alcançados pelos poderes políticos.

Entretanto, para alguns autores, como são os casos de Faria (2004) e Habermas (2003) não cabe ao judiciário suprir ou substituir as falhas decisórias dos outros poderes, até mesmo pelo fato de o judiciário ser apenas responsável pela aplicação da lei, tendo em vista que o modo de decisão do judiciário “é binário, pois suas estruturas só estão preparadas para decidir entre o legal e o ilegal, o constitucional e o inconstitucional.” (FARIA, 2004, p. 111).

Para Habermas (2003, v. 2) o sistema de justiça somente poderia utilizar de argumentos que lhe são dados, seguindo o direito e a lei, para se definir os casos concretos de forma coerente.

Segundo esses autores não caberia ao judiciário interpretar as decisões políticas, pois a esse poder, na estrutura de divisão de poderes, cabe-lhe, precipuamente, a aplicação da lei a um caso concreto.

Entretanto, como já foi dito, é uma peculiaridade do constitucionalismo brasileiro a elevação das políticas públicas a direito constitucional fato que, por si só, alarga sobremaneira o leque de ações do poder judiciário, pois este será, inevitavelmente, acionado para dirimir conflitos tendo em vista a aplicação ou não de uma política pública.

Regulação constitucional de políticas públicas relacionadas à comunicação social

Como já mencionado, uma particularidade da Constituição de 88 reside no fato de nela estar previstos diversos assuntos de natureza econômica. No que diz respeito especificamente à Comunicação Social, a Constituição de 05 de outubro de 1988 foi generosa na sua regulação. Em vários pontos do texto constitucional a temática das políticas públicas de comunicação está presente, como será visto mais a frente.

De acordo com Lima (2012, p. 57/58) “Políticas públicas constituem um conjunto de ações/intervenções do Estado em setores específicos da atividade humana, em princípio, com o objetivo de atender ao interesse público”. O autor menciona “diferentes tipos de políticas

públicas: distributivas, redistributivas, constitutivas e regulatórias,” compreendidas estas últimas como regulamentações legais. Prossegue o autor dizendo que políticas públicas relacionadas à mídia são “intervenções do Estado através de normas legais com o objetivo de regular as atividades das empresas privadas que exploram o serviço público de rádio e televisão. Essa regulação poderá atingir também, direta ou indiretamente, as empresas da mídia impressa”.

Para Coutinho (2013) políticas públicas podem ser compreendidas como “um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais mediados pelo direito”, sendo este “um elemento constitutivo, intrínseco a tais políticas”. Nesses termos, o direito é “objetivo, arranjo institucional, vocalizador de demandas ou ferramentas de políticas públicas”. (COUTINHO, 2013, p. 182).

Objetivo no sentido do direito ser o formalizador das metas a serem alcançadas pelas políticas públicas, indicando os “pontos de chegada” de tais políticas. (COUTINHO, 2013, p. 194).

Ainda de acordo com Coutinho (2013, p. 194) o direito é “uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental” e é considerado pelo autor como “uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica.” Diante disso, “o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação de ações e na análise e avaliação dos programas”.

Como mencionado logo acima, a constituição de 88 foi pródiga na regulamentação da temática da comunicação social.

No título II da Constituição Federal, no artigo 5º, estão elencados os direitos fundamentais, ou em outras palavras, o rol dos direitos humanos reconhecidos pelo Estado brasileiro.

São inúmeros os direitos e as garantias que podem estar relacionadas à Comunicação Social. Neste artigo estão previstos os direitos relacionados à liberdade de expressão, de informação, de opinião, de criação artística, a preservação do sigilo da fonte, a liberdade de trabalho, dentre outros.

O artigo 5º caracteriza-se por ser instrumento de previsão de direitos e de garantias cujo principal destinatário é o ser humano, a pessoa física, portanto, os assuntos tratados neste artigo têm nítido viés individual.

Um pouco mais adiante, no título III quando a Constituição trata da organização do Estado e das atribuições das várias esferas do governo (federal, estadual, municipal), dispõe o artigo 21, que é de competência da União, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Está aqui a regra constitucional que determina a necessidade das concessões públicas para a operação de rádios e tevês. Diferentemente do ocorre para as mídias impressas para as quais a atividade econômica é livre.

No mesmo título III há a disposição constitucional da competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão (art. 22, IV).

Mais além, no título VIII quando a Constituição trata da ordem social, há um capítulo específico sobre a Comunicação Social. Trata-se do capítulo V, nos artigos 220 a 224. Nesse aspecto, os direitos aqui relacionados estão direcionados aos meios de comunicação, às atividades empresariais, tratam-se, portanto, de direitos coletivos, diversamente dos individuais previstos no artigo 5º.

A Constituição Federal, ao tratar da Comunicação Social no capítulo V, do Título VIII, estabeleceu alguns valores que devem ser alcançados ou pelo menos almejados pelo Estado e pela sociedade brasileira, como, por exemplo, a preocupação com a diversidade dos e nos meios de comunicação.

A diversidade dos meios pode ser compreendida com a regra contida no § 5º, do artigo 220 que determina que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Neste quesito, a expressão pluralidade dos meios também pode ser utilizada.

No que tange a ideia de diversidade nos meios, pode ser mencionadas as regras contidas no artigo 221 que determinam que a produção e a programação das emissoras devem atender de

preferência finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, devem atentar para a promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação, a regionalização da produção cultural, artística e jornalística.

Por fim, estabelece a Constituição Federal, no artigo 224 que para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Vários dos assuntos tratados no texto constitucional e relacionados às políticas públicas de comunicação eram ou foram regulamentados por leis infraconstitucionais e algumas dessas regulamentações foram questionadas no Supremo Tribunal Federal. Dentre elas podem ser citadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2404, que trata da classificação indicativa, as ADIs 4679, 4747, 4923 e 4756 que questionam junto ao STF dispositivos da lei 12.485/11, conhecida como lei do serviço de acesso condicionado (Seac), as ADIs 3987 e 4077, que questionam dispositivos da lei 11.111/05, que antecedeu a lei 12.527/11, conhecida como lei de acesso à informação (LAI), a ADI 3944 que tratou da TV Digital brasileira, a ADI 821 que abordou a constitucionalidade dos Conselhos de Comunicação Social dos Estados e a Ações Diretas de Inconstitucionalidade por omissão – ADO 9, 10 e 11 que almejam a regulamentação de dispositivos constitucionais relacionados à comunicação social.

De todas as ações constitucionais mencionadas, somente as ADI 3944 e 821 e a ADO n. 9 foram decididas pelo STF e, por esse motivo, somente elas serão analisadas no presente trabalho.

Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação

Decisão do STF sobre os Conselhos Estaduais de Comunicação Social

Na ADI 821 proposta em relação à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o Governador gaúcho questionou a constitucionalidade dos artigos 238 e 239 da Constituição daquele Estado e da Lei estadual n. 9.726/92, que regulamentou os dispositivos constitucionais estaduais mencionados.

A lei riograndense instituiu o Conselho de Comunicação Social estadual, além de dispor sobre o seu funcionamento e de outros direitos correlatos.

O Governador do Rio Grande do Sul alegou na ADI que os artigos 238 e 239 e a lei 9.726/92 são incompatíveis com a Constituição Federal, dentre outras razões, pelo fato de que “a legislação impugnada estaria a invadir a competência da União para legislar sobre radiodifusão e explorar ou conceder tais serviços, bem como a contrariar as garantias constitucionais da liberdade de expressão” (BRASIL, 2003, p. 276), ademais que a criação de órgãos da administração pública é de competência privativa do chefe do executivo.

Por unanimidade de votos, o STF reconheceu a inconstitucionalidade dos atos normativos do Estado do Rio Grande do Sul, proferindo a seguinte Ementa:

Criação de Conselho, dotado de diversificada composição e representatividade, destinado a orientar os órgãos de comunicação social do Estado, suas fundações e entidades sujeitas a seu controle (artigo 238 e 239 da Constituição do Rio Grande do Sul e Lei estadual n. 9726/92). Cautelar deferida, ante a premência do prazo assinado para a instalação do Colegiado e a relevância da fundamentação jurídica do pedido, especificamente quanto às teses concernentes à separação dos Poderes e à exclusividade de iniciativa do Chefe do Executivo, bem como a competência privativa deste para exercer a direção superior e dispor sobre a organização e o funcionamento da administração. (BRASIL, 1993, p. 272)

Como se verifica, a ementa do acórdão nada diz a respeito da alegada invasão de competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão, bem como sobre a ofensa à liberdade de expressão. No entanto, verifica-se no corpo do voto do Ministro relator Octavio Gallotti clara referência a essas regras constitucionais. No voto, seguido pelos demais Ministros do STF, o relator faz expressa referência ao artigo 22, inciso IV da constituição que trata da competência legislativa privativa da União, ao lado de outros argumentos invocados pelo Governador do Rio Grande do Sul para fundamentar a sua arguição de inconstitucionalidade.

Contudo, mesmo após mencionar a regra da competência privativa da União, o Ministro relator em seu voto diz que “dentre essa pletora de proposições (dentre elas a do artigo 22 IV, acréscimo meu), parecem-me bastarem – a fim de emprestar relevo à fundamentação jurídica do pedido - as questões vinculadas à separação dos Poderes e à exclusividade da iniciativa do Chefe do Executivo”. (BRASIL, 1993, p. 279)

Reconhece-se que a criação dos conselhos de comunicação social, estaduais, municipais e até mesmo no âmbito federal, trata-se de uma luta histórica de seguimentos progressistas da sociedade brasileira pela democratização dos meios de comunicação, conforme Simis (2010). No entanto, a despeito do caráter democrático dos conselhos, que tem por finalidade auxiliar o Congresso Nacional nas políticas públicas relacionadas à comunicação social, a institucionalização dos mesmos pelos municípios e estados resvala na análise de sua constitucionalidade, tendo em vista o dispositivo constitucional que estabelece ser privativa a competência da União para legislação sobre assuntos relacionados à radiodifusão. Nesse sentido, a decisão do proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 821.

Verifica-se, no entanto, que para alguns estudiosos das políticas públicas de comunicação, como é o caso de Lima (2012a, p. 201), não haveria motivos para a discussão sobre a constitucionalidade dos conselhos estaduais. Considera Lima que a alegação de afronta ao artigo 22, IV da CF não seria um argumento suficientemente forte para o questionamento. Ainda segundo Lima “em nível estadual, algumas constituições ou leis orgânicas contemplam a criação dos Conselhos Estaduais de Comunicação Social”. Nesse sentido, segundo Lima a criação dos conselhos estaduais nada mais seria do que regulamentar o que já está previsto nas constituições estaduais.

Aqui cabe uma observação. O fato de haver previsão nas constituições estaduais sobre os Conselhos não indica que a sua regulação está amparada pelo texto da constituição federal.

A teoria constitucional prevê o princípio da simetria na elaboração das constituições estaduais. Esse princípio implica na repetição nas constituições estaduais de alguns pontos previstos na constituição federal.

O argumento jurídico daqueles que entendem serem inconstitucionais as leis que criam os Conselhos Estaduais está na tese de que as constituições estaduais não atendem ao princípio da simetria, pois a competência legislativa para tratar de assuntos referentes à radiodifusão é privativa da União, conforme estabelecido no artigo 22, IV da CF.

Decisão do STF sobre o Sistema Brasileiro de Televisão Digital – SBTVD.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade n. 3944, em 21 de agosto de 2007, em relação ao Presidente da República impugnando a constitucionalidade dos artigos 7º, 8º, 9º e 10 do decreto 5.820/2006 que implementou o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD).

Em breve resumo alegou o PSOL, além de outros argumentos, que o decreto seria inconstitucional tendo em vista a autorização, aos atuais concessionários de radiodifusão, para o uso de outro canal de radiofrequência, com largura de banda de seis megahertz. Esse fato aumentaria o cenário de concentração da radiodifusão, contrariando o preceito do artigo 220, § 5º da Constituição Federal. O partido considera tratar-se de nova concessão e por isso a outorga deveria passar pelo crivo do Congresso Nacional, sendo deste modo inconstitucional o decreto presidencial, pois contrariaria o texto constitucional em seu artigo 223.

Participaram do processo como *amici curie* (amigos da corte) entidades da sociedade civil organizada e interessadas no assunto, como a ABERT, INTERVOZES e Conectas Direitos Humanos, dentre outras.

Por votação majoritária, o STF, em 05 de agosto de 2010, considerou constitucional o decreto. Alguns trechos do acórdão merecem ser transcritos para elucidar o entendimento do Supremo na questão, em especial, no que se refere às alegadas ofensas aos preceitos constitucionais acima indicados.

Para a maioria dos Ministros, apenas um votou contrariamente, não houve ofensa ao artigo 223 da constituição, pois a “consignação temporária de mais de um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens” decorre da “evolução tecnológica”, ou seja, a transição da transmissão analógica para a digital. A consignação de um novo canal, segundo o STF, evitaria a interrupção das transmissões. Considerou ainda o Supremo que a TV Digital não configura um novo serviço, por isso não se pode falar em nova concessão, por essas razões, concluíram os Ministros que “O decreto 5.820/2006 não outorga, não modifica, nem renova concessões, permissões ou autorizações de serviço de radiodifusão de sons e imagens”, não havendo diante desses argumentos “violação ao art. 223 da Constituição Federal”. (BRASIL, 2010, p. 25-26)

Em relação à alegada ofensa ao artigo 220, § 5º, que dispõe sobre a proibição do monopólio e oligopólio dos meios de comunicação entendeu o STF que o decreto não afrontava o dispositivo constitucional. Para o Supremo a questão do monopólio/oligopólio é uma questão factual e não ocorre “por conta do decreto ora impugnado, cuja declaração de inconstitucionalidade seria inútil para afastar a suposta afronta ao Texto Magno”. (BRASIL, 2010, p. 27)

Considera-se de acordo com Domingues da Silva (2011, p. 160) que a decisão do STF nitidamente “atendeu aos interesses do ator radiodifusores e frustrou as expectativas do ator movimentos sociais”, como podem ser considerados a INTERVOZES e Conectas Direitos Humanos que participaram do processo como amigos da corte.

No mesmo sentido Lima (2011, p. 187) indica que com a decisão o Supremo impediu “a extensão da liberdade de expressão a um maior número de brasileiros”, considerando que a liberdade de expressão “seguirá sendo exercido prioritariamente por aqueles poucos grupos empresariais que equacionam liberdade de expressão com a sua liberdade de imprensa” e conclui afirmando que “quem perde, sem dúvida, é a democracia”.

Entende-se que a liberdade de expressão é um dos fundamentos da cidadania e da democracia. A cidadania é a qualificação do indivíduo como participante da vida do Estado e integrante da sociedade e para que isso se concretize a livre difusão de crenças, de ideias, de ideologias e de opiniões é essencial. (SILVA, 2010).

Diante disso, pode-se concluir que a decisão do STF inibe o exercício da liberdade de expressão, da cidadania e da democracia.

Decisão do STF na ADO n. 9

Nesta ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão a Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Radiodifusão e Televisão – FITERT e a Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ pleiteou junto ao STF o reconhecimento da omissão do Congresso Nacional em regulamentar dispositivos constitucionais referentes às políticas públicas de comunicação social.

Especificamente as duas entidades solicitaram ao STF o reconhecimento da omissão legislativa e a consequente declaração da “omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 211; 222, § 3º, ... da Constituição Federal, dando ciência dessa decisão àquele órgão ..., a fim de que seja providenciada, em regime de urgência ... a devida legislação sobre o assunto.”⁹⁴

Os artigos constitucionais mencionados tratam-se respectivamente da regulamentação do direito de reposta, da regulamentação das diversões e espetáculos públicos, no que diz respeito à classificação indicativa, da regulamentação da proibição de monopólio e oligopólio na

⁹⁴ Agradeço imensamente ao Prof. Dr. Fabio Konder Comparato, advogado das entidades que ajuizaram a ação, por ter enviado gentilmente, por e-mail, a petição inicial da ADO.

propriedade dos meios de comunicação social, da regulamentação referente à produção e programação das emissoras de rádio e televisão que devem observar finalidades educativas, artísticas, culturais, informativas, dentre outras, e, por fim, da regulamentação dos meios de comunicação social eletrônica, que devem atender as mesmas finalidades indicadas no artigo 221 da constituição federal.

Especificamente em relação ao direito de resposta a ADO n. 9 é uma clara resposta da sociedade civil organizada em relação à decisão proferida pelo próprio STF na ADPF 130 que declarou não recepcionada a lei de imprensa (lei 5250/67) que regulamentava, dentre outras coisas, o direito de resposta. Após a decisão proferida pelo Supremo na ADPF 130 o direito brasileiro passou a ter uma lacuna jurídica nesta área.

A ADO foi ajuizada pelas entidades acima referidas no dia 20 de outubro de 2010, tendo sido imediatamente distribuída para a Ministra Ellen Gracie.

A Ministra relatora do processo proferiu decisão no dia 21 de outubro de 2010 negando seguimento a ação tendo por fundamento a ilegitimidade ativa das entidades para a propositura da ação. Apesar das requerentes - FITERT e FENAJ - serem organizações sindicais e se apresentarem como tais na petição inicial, considerou a Ministra que somente

estão aptas a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade as entidades de terceiro grau, ou seja, as confederações sindicais organizadas na forma da lei, excluindo-se, portanto, os sindicatos e as federações, ainda que possuam abrangência nacional. Além disso, as requerentes também não podem ser enquadradas na categoria das entidades de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 2010, p. 1 e 2)

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, neste caso, foi extremamente rápido no julgamento, pois em apenas um dia negou o seguimento da ação levada a sua apreciação, não havendo, portanto, análise do mérito da causa. A decisão foi proferida baseada em questão processual formal.

Essa decisão confirma o entendimento de alguns autores que consideram que STF ao controlar a constitucionalidade dos atos normativos utiliza-se, predominantemente, de aspectos formais, deixando muitas vezes de analisar a materialidade dos atos, decidindo através dessas regras formais, utilizando-se do direito como desculpa para não aplicar o direito, o que implica, muitas vezes, no arquivamento das ações por motivos processuais, sem uma análise do mérito da questão. (KOERNER, 2005). No mesmo sentido, de acordo com Souza (2005, p. 72-73), nos procedimentos judiciais prevalecem os aspectos formais, com uma “predominância da processualística e dos meandros técnicos em detrimento das questões substantivas.”

Em clara resposta a essa decisão do Supremo foram ajuizadas outras duas ações (ADO 10 e 11) de idêntico teor, a primeira patrocinada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a segunda pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicação e Publicidade.

Superada a questão formal de ilegitimidade, pois desta vez as ações foram ajuizadas por entidades com legitimidade ativa para a propositura de ações diretas no STF, conforme art. 103, incisos VIII e IX, da constituição federal, as ações encontram-se em andamento no Supremo que deverá se manifestar sobre o mérito da causa. Observe-se que o parecer da Procuradoria-Geral da República é pela procedência parcial do pedido, reconhecendo-se desta forma, pelo menos, parcialmente, a omissão do Congresso Nacional.

Conclusões

Especificamente em relação à criação dos conselhos estaduais de comunicação social, mesmo considerando tratar-se de uma luta histórica de seguimentos progressistas da sociedade brasileira pela democratização dos meios de comunicação, tem-se que a decisão do STF foi correta, pois a criação dos referidos conselhos resvala na análise de sua constitucionalidade, tendo em vista o dispositivo constitucional que estabelece ser privativa a competência da União para legislar sobre assuntos relacionados à radiodifusão.

No que diz respeito à decisão sobre o SBTVD pode-se concluir que o STF endossou uma política pública do executivo federal, a despeito das alegadas inconstitucionalidades apontadas na ADI, favorecendo os grupos midiáticos e enfraquecendo a liberdade de expressão, a cidadania e a democracia.

Em relação à alegada omissão legislativa, considera-se que a sociedade civil organizada, em especial, aquelas relacionadas às políticas de comunicação deveriam pressionar o STF para que este órgão de justiça paute, o mais breve possível, o julgamento das ADOs 10 e 11, ações importantes que visam à regulamentação dos dispositivos constitucionais relacionados à comunicação social.

Do que foi exposto, pode-se concluir de forma genérica que o Supremo, pelo menos nas três ações aqui analisadas, decidiu atrelado aos interesses do executivo, seja estadual ou federal, como foram os casos das ADIs 821 e 3944. Da mesma forma, pode se inferir que os interesses da sociedade civil interessada na regulamentação dos dispositivos constitucionais relacionados à comunicação social também foram desconsiderados, conforme decisão na ADO 9.

Referências

ARANTES, Rogério B. e COUTO, Cláudio G. Constituição, governo e democracia no Brasil. In: Encontro anual da Anpocs, 28, 2004, Caxambu. **Anais**. Caxambu: Anpocs, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 821, 05 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: várias datas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão n. 9, 21 de outubro de 2010**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: várias datas.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. UNESP; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013, p. 181-200.

DOMINGUES DA SILVA, Juliano. **A política da política de TV Digital no Brasil: atores, interesses e decisão governamental**. Rio de Janeiro: Simmer e Amorim Ed., 2011.

FARIA, José E. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004, p. 103-125.

GRAU, Eros R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

KOERNER, Andrei. Direito e modernização periférica: por uma análise sócio-política do pensamento constitucional brasileiro pós-1988. In: Encontro anual da Anpocs, 28, Caxambu, 2005. **Anais**, Caxambu: Anpocs, 2005.

LIMA, Venício A. Posfácio. DOMINGUES DA SILVA, J. **A política da política de TV Digital no Brasil: atores, interesses e decisão governamental**. Rio de Janeiro: Simmer e Amorim Ed., 2011, p. 185-187.

_____. **Política de Comunicações: um balanço dos governos Lula – 2003-2010**. São Paulo: Publisher, 2012.

_____. Políticas de mídia e cidadania. In: SOARES, et al. **Mídia e cidadania: conexões emergentes**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012a.

SILVA, José A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMIS, Anita. Conselho de Comunicação Social: uma válvula para o diálogo ou para o silêncio?. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 25, n. 72, p.59-71, fev. 2010.

SOUZA, Marcia T. A reforma do judiciário brasileiro no circuito decisório da Câmara dos Deputados, **Perspectiva**, São Paulo, nº. 27, p. 69-81, 2005.

STRECK, Lênio L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

_____. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da constituição brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica, **RIPE**, Bauru, nº 39, p. 75-119, jan-abr. 2004.

5.11 - O Supremo Tribunal Federal na crise do *impeachment*: o diálogo com a sociedade civil

NAPOLITANO, Carlo José. O Supremo Tribunal Federal na crise do impeachment: o diálogo com a sociedade civil. In: NAPOLITANO, C. J.; VICENTE, M. M.; SOARES, M. C. (Org.). *Comunicação e Cidadania Política*. 1ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017, v. 1, p. 63-80.

O Supremo Tribunal Federal na crise do impeachment: o diálogo com a sociedade civil

Carlo José Napolitano⁹⁵

Introdução

O presente capítulo objetiva investigar a cobertura da Folha de S. Paulo acerca da participação do Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment que resultou no afastamento em definitivo da presidente Dilma Rousseff.

Essa análise se justifica tendo em vista algumas premissas. A primeira, pelo fato do presidente do STF exercer a presidência do julgamento do processo de impeachment no Senado Federal, conforme artigo 52, parágrafo único da Constituição⁹⁶. A segunda, considerando que o Supremo foi diversas vezes acionado, tanto pela situação quanto pela oposição, para a impugnação de decisões levadas a cabo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal durante o curso do processo⁹⁷, fatos que potencialmente podem ter impactado na cobertura do jornal Folha de S. Paulo sobre o impeachment, em especial, vinculando a participação do próprio STF no processo. Também é objetivo do presente capítulo evidenciar as relações entre a mídia e o Supremo Tribunal Federal neste momento de grave crise institucional.

A exposição do STF na mídia parece ser uma crescente desde a criação da TV Justiça em 2002 e sendo potencializada pela cobertura massiva do julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o processo do “mensalão”, com início em 02 de agosto de 2012.

De acordo com Novelino (2013, p. 266/267), o processo do mensalão

despertou grande interesse do público e foi objeto de uma cobertura jamais vista no país, com matérias e reportagens veiculadas diariamente em jornais, revistas, rádios e emissoras de televisão. Dois mil e doze

⁹⁵ Doutor em Sociologia pela Faculdade de Ciências e Letras da UNESP/Araraquara, docente do Departamento de Ciências Humanas e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação da UNESP/Bauri e Pós-doutorando na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo. e-mail: carlonapolitano@faac.unesp.br

⁹⁶ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

⁹⁷ Até o dia 02 de setembro de 2016, dois dias após o afastamento em definitivo da ex-presidente Dilma Rousseff, os meios de comunicação noticiavam que 11 ações judiciais questionavam o processo de impeachment junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme <http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2016/09/onze-aco-es-questionam-o-julgamento-do-impeachment-de-dilma-rousseff-no-stf>. Com o fim do julgamento no Senado houve uma avalanche de ações no Supremo, questionando o resultado e o desmembramento do julgamento que afastou a ex-presidente, mas manteve os seus direitos políticos. Dentre os procedimentos judiciais podem ser citados a impetração de várias dezenas de Mandados de Segurança, inúmeros Habeas Corpus e até mesmo Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme <http://tinyurl.com/j5pwqzu>.

ficou conhecido como o “ano pop” do STF. No período do julgamento, o Supremo foi citado 91.839 vezes nos veículos de comunicação impressa, um expressivo aumento de 170% em relação ao mesmo período de 2011. A exposição midiática foi de tal monta que alguns dos Ministros se tornaram personagens conhecidos de grande parte dos cidadãos brasileiros. Toda esta atenção da imprensa traduz o imenso interesse social despertado.

No mesmo sentido, Falcão e Oliveira (2013, p. 430) indicam que

As relações entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a sociedade têm se intensificado à medida que o tribunal passa a decidir cada vez mais sobre questões relevantes ao dia a dia dos cidadãos. Com a criação da TV Justiça e a expansão das redes sociais, a garantia das liberdades de expressão e de informação e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intensificaram-se o interesse e o conhecimento de segmentos da população acerca do STF, assim como a presença deste na mídia.

Continuam os autores (FALCÃO E OLIVEIRA, 2013, p. 430/431) apontando que

Analisando as páginas eletrônicas de notícias, assim como o jornal impresso *Folha de S. Paulo*, constatamos que, do período de 2004-2007 para 2008-2011, o número total de notícias sobre o tribunal quase dobrou, aumentando em 89%. E se considerarmos apenas o ano de 2012, o volume de notícias é ainda maior, sendo 1.603 na página eletrônica da Folha e 3.338 em O Globo, volume que se deve em grande parte ao julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como o caso “mensalão”).

Esses dados e considerações apontadas também corroboram a hipótese de que a participação do STF durante o impeachment foi amplamente coberta pelo Jornal Folha de S. Paulo.

O trabalho considera ainda que a participação do STF neste processo pode ser observada e analisada sob diversas perspectivas, como será visto na primeira seção. A segunda tratará da relação entre o Supremo e os meios de comunicação⁹⁸. A cobertura da Folha de S. Paulo acerca da participação do Supremo na crise do impeachment será apresentada na seção quatro, juntamente com a cronologia da crise e com alguns dados acerca da produção de notícias do próprio STF sobre o processo. Na sequência serão apresentados alguns comentários e considerações acerca da cobertura midiática em sede de conclusão, antecipando-se, que a cobertura ficou bem aquém do que se imaginava inicialmente.

A participação do Supremo no processo de impeachment: justificativas e questionamentos teóricos

A atuação do Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff pode ser analisada por ao menos três perspectivas. Pode ser verificada como “um fenômeno social” existente “no plano fático, independentemente, do juízo de valor que se possa

⁹⁸ Essa seção integra pesquisa em andamento denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, que está sendo realizada em estágio de pós-doutoramento, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob supervisão do Prof. Titular Elival da Silva Ramos, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e do Departamento de Direito do Estado. O projeto de pesquisa foi contemplado na Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A, bem como foi contemplado com bolsa de Pós-Doutorado Sênior – PDS pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7.

fazer a seu respeito” (RAMOS, 2015, p. 31), tratando-se de uma abordagem relacionada à Sociologia do Direito e com aproximação ao que se convencionou chamar de judicialização da política⁹⁹, considerada aqui no sentido do acesso aos tribunais pelas oposições ou por grupos de interesses para contestar decisões tomadas no âmbito Legislativo e Executivo. Trata-se de uma análise quantitativa, de dados da realidade, de fatos, em uma “perspectiva que facilita a compreensão de alguns dos fatores desencadeadores” do fenômeno (RAMOS, 2015, p. 32). Também pode ser analisada sobre o prisma da legitimidade da jurisdição constitucional, em uma perspectiva política e axiológica, próxima à Filosofia do Direito, relacionada à legitimidade democrática dessa atuação. E por fim, sob o prisma dogmático, que tem o intuito de examinar se quando da sua atuação o STF viola o direito e se afasta “dos limites de sua competência para aplicar a Constituição” (RAMOS, 2015, p. 34), ocorrendo, neste caso, o denominado ativismo judicial, definido como uma atuação do Judiciário contrária à Constituição e ao direito, sendo “uma disfunção no exercício da função jurisdicional” (RAMOS, 2015, p. 109).

A esta tipologia apresentada por Ramos (2015) pode ser acrescida também a análise comunicacional, dialógica do STF, investigando-se como o Supremo se comunica com a sociedade civil e com os meios de comunicação, em especial, em momentos de crise como foi o caso do processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, o que será feito na seção três do presente trabalho.

Questionamentos podem surgir sobre duas das perspectivas apresentadas inicialmente, na política-axiológica e na dogmática, considerando que a análise sociológica é uma análise factual, sem juízo de valor, o mesmo acontecendo, considera-se aqui, com a análise comunicacional.

No que concerne à legitimação democrática há também várias perspectivas de análise. Essa discussão pode ser desenvolvida pela chave da relação entre constitucionalismo e democracia¹⁰⁰.

O Judiciário como guardião das regras constitucionais, estaria, em alguns momentos, decidindo contrariamente ou em desacordo com as maiorias democráticas. É a ideia da função contramajoritária do Judiciário, em especial, das cortes.

Essa atuação do Judiciário seria uma ameaça à democracia. Alinham-se a essa perspectiva autores como Vianna et al (1999), Garapon (2001), Habermas (2003) e Maus (2000).

De outra banda, existem, autores que defendem essa atuação do Poder Judiciário, inclusive, no que diz respeito à possibilidade desse Poder ser um agente de criação do Direito, refutando-se a ideia de um Poder contramajoritário, até mesmo porque o Legislativo e Executivo nem sempre representam a vontade da maioria, mas sim a de grupos de interesses bem definidos, bem como pela ideia de que a alta rotatividade dos membros das Cortes Supremas seria uma forma de representação democrática. Como exemplos de autores que defendem a atuação do Judiciário, podem ser citados Dworkin (1999, 2002) e Cappelletti (1993).

Na visão de Dworkin (1999) não haveria motivos para considerar os juízes menos competentes para tomar decisões se relacionados aos legisladores e essa tarefa ficaria na incumbência de um juiz, construído idealmente pelo próprio Dworkin (2002, p. 165), como um Hércules, e que teria “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade” para enfrentar determinadas questões.

Habermas (2003, v. 1) critica esse juiz hercúleo dworkiniano, pois os juízes são seres de carne e osso ficando aquém desse ideal, que pressupõe um juiz com alta qualificação profissional e virtudes pessoais que são, na prática, irrealizáveis.

Michelman, citado por Habermas (2003, v. 1), critica a teoria do direito de Dworkin tendo em vista a decisão judicial. Para Michelman o que falta na teoria de Dworkin é o diálogo. Hércules é um solitário e é muito heróico, suas construções narrativas são verdadeiros monólogos, ele não conversa com ninguém, à exceção dos livros, ele não tem encontros, conflitos, não encontra ninguém, ninguém lhe sacode, não há interlocutor violando o insulamento de suas experiências e perspectivas, afinal de contas, ele é um homem e nenhum homem ou mulher pode ser isso.

⁹⁹ Desenvolvi melhor esse e outros conceitos relacionados à judicialização da política em Napolitano (2010)

¹⁰⁰ Mendes (2011), Barroso (2015) e Novellino (2013) tratam dessas diferenças. Também trabalhei essas questões em Napolitano (2010).

Para Habermas (2003, v. 1: 266), a teoria de Dworkin é solipsista, sendo a única realidade do mundo o eu do juiz. Essas questões serão melhor desenvolvidas na seção três.

Além dessas questões apontadas, há um outro problema, a alegada falta de legitimidade das cortes: trata-se da investidura dos ministros e está relacionado à falta do debate livre, público e amplo sobre as indicações.

No Brasil esse assunto não é tratado em campanhas presidenciais e é pouco abordado pela mídia, que também tem sua parcela de responsabilidade na ausência de um amplo debate público sobre essa questão.

Os únicos grandes debates públicos recentes e que se tem notícia foram as indicações para o STF dos ministros Luiz Edson Fachin e Alexandre de Moraes, ainda que por motivos tortos, pois na minha impressão as indicações e nomeações foram embaralhadas pela mídia e pelas oposições com as crises políticas retratadas nesta coletânea.

Ademais, considera-se aqui que a legitimidade do STF decorre do processo eleitoral e é representativa, não de forma direta é óbvio, mas indiretamente. Quando os eleitores escolhem um presidente delegam ao eleito a indicação e nomeação dos ministros do STF e de outros agentes políticos e essa escolha é sim majoritária, representada pelos votos obtidos pelo eleito. Infelizmente isso não é de conhecimento dos eleitores em geral, não é tratado durante o processo eleitoral e sequer é agendado pela mídia.

Logo a investidura dos ministros tem caráter eleitoral, representativo e majoritário, no entanto, como dito, indireto. A questão é que aqui no Brasil isso não aparece nas campanhas presidenciais e muito menos nos meios de comunicação. Muito embora também se considere que nas eleições de 2014 esse tema veio à baila, justamente pela possibilidade da então presidente eleita Dilma Rousseff nomear até 2018 vários ministros para o STF considerando-se a aposentadoria compulsória aos 70 anos, condição essa alterada com nítido caráter casuístico para os 75 anos pela Emenda Constitucional n. 88, de 2015. São essas, portanto, algumas questões de legitimidade democrática em relação a atuação das Cortes Superiores.

Por sua vez, na perspectiva dogmática, Ramos (2015) indica alguns parâmetros a serem observados para que a atuação judicial não extrapole os limites da legalidade da função jurisdicional. Para Ramos (2015, p. 326) “O primeiro e principal dos parâmetros fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico diz respeito à exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade)”.

Outra exigência dogmática é a “percepção do direito como um sistema, axiologicamente orientado”, sendo que princípios, regras, conceitos, institutos jurídicos possuem “vínculos funcionais que a correta operação do sistema jurídico pressupõe”. (RAMOS, 2015, p. 326).

Ademais, o desdobramento dos princípios constitucionais deve ser formulado pelo Poder Legislativo, bem como o Poder Judiciário não pode discricionariamente atribuir “efeitos às normas concretizadas, devendo o juiz se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena ou na das normas de eficácia limitada.” (RAMOS, 2015, p. 327).

A grande polêmica envolvendo o Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff se deu quando o presidente da Corte Ricardo Lewandowski, que exercia cumulativamente a presidência do julgamento perante o Senado Federal, chancelou o desmembramento da pena, o que segundo alguns intérpretes, forças políticas e entidades da sociedade civil teria contrariado a textualidade da norma constitucional que prevê no artigo 52, Parágrafo Único a penalidade de “perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. Esse entendimento, no entanto, é discutível até mesmo porque o próprio STF, em julgamento de Mandado de Segurança que analisava a perda dos direitos políticos do ex-presidente Fernando Collor de Mello, em votação majoritária à época também endossou a tese da possibilidade de desmembramento das penas¹⁰¹.

¹⁰¹ Trata-se do Mandado de Segurança n. 21.689 impetrado por Fernando Affonso Collor de Mello, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobrestfconhecastfjulgamentohistorico/anexo/ms21689.pdf>

Nesse sentido, a atuação do STF no processo de impeachment pode ser questionada sob essas duas perspectivas, axiológica e dogmática, quanto à sua legitimidade na revisão das decisões proferidas pelos poderes políticos, ou quanto a sua legalidade, pautando-se pelos limites que a Constituição e leis lhe atribuíram para atuação durante o processo de impeachment. No entanto, como será visto, mesmo essas questões polêmicas não foram destacadas pelo veículo investigado.

A atuação comunicacional, dialógica, tratada aqui como um fato, fenomenológica, sem grandes questionamentos, será objeto da próxima seção.

Supremo Tribunal Federal e meios de comunicação: diálogo com a sociedade e deliberação externa

A preocupação central da presente seção é verificar as relações entre os meios de comunicação e a participação do Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, considerando-se que “os atos da Corte são atos retóricos de comunicação política, na medida em que buscam convencer um público” (FARIAS, 1996, p. 178).

Nesse sentido, o presente trabalho está relacionado com o que já foi denominado de “diálogo externo” do STF com a sociedade civil organizada e, em especial, com os meios de comunicação social, ou em outros termos com a “deliberação externa do STF”, que de acordo com Silva (2009, p. 210), trata-se de um esforço de convencimento de “atores externos ao grupo” e, sobretudo, teria o papel “de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país” (SILVA, 2009, p. 211/212), como foi o caso do processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff.

Este diálogo ou deliberação, por sua vez, pode focalizar o diálogo das cortes com os demais poderes (diálogo institucional) ou com a sociedade civil (diálogo social) (SOUZA, 2016). Este último é o objetivo específico desta seção, ou seja, relacionar decisões do STF aos meios de comunicação social.

Esta perspectiva dialógica indica que a sociedade civil e o Supremo “estão inseridos numa relação, além de jurídica e política, também comunicativa” (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013, p. 432). Por esse motivo, entendem Falcão e Oliveira, o “STF, cidadãos e a sociedade em geral como sujeitos que emitem mensagens, agem e reagem a mútuos estímulos comunicativos (Ferraz Júnior, 1990).”.

Ainda de acordo com Falcão e Oliveira (2013, p. 434)

A relação comunicativa do STF com os cidadãos é um processo contínuo. Para fins analíticos, pode iniciar, por exemplo, quando o STF, como sujeito-emissor, envia mensagens aos cidadãos que, como sujeitos-receptores, as captam. Em seguida, os cidadãos reagem, enviam mensagens e passam a ser sujeitos emissores. O STF capta tais mensagens como sujeito receptor. Não se trata, pois, de relação de mão única, nem estática. A relação comunicativa é um processo interativo e temporal, isto é, histórico, de múltiplas ações e reações, sequenciais ou concomitantes. Um diálogo de perguntas e respostas, como preferiria Ferraz Júnior (2010).¹⁰²

Conforme indica Friedman, expoente da literatura norte-americana sobre as relações das cortes com a sociedade civil, esse diálogo se dá por interação contínua entre cortes e a sociedade civil, pois as “Cortes, como descrito aqui, não ficam afastadas da sociedade e declaram direitos. Ao invés disso, elas interagem cotidianamente com a sociedade, tomando parte em um diálogo interpretativo” (FRIEDMAN, 1993, p. 585). (tradução minha)¹⁰³

¹⁰² Sobre a evolução das estratégias de comunicação do Supremo Tribunal Federal ver Russi (2010), bem como Vanzini (2014).

¹⁰³ No original: “Courts, as described here, do not stand aloof from society and declare rights. Rather, they interact on a daily basis with society, taking part in an interpretative dialogue.” (FRIEDMAN, 1993, p. 585)

Nesse sentido, as cortes podem ser facilitadoras ou limitadoras do diálogo (FRIEDMAN, 1993). Além disso,

Juízes não vivem em um casulo; eles são deste mundo. Não é crível pensar que juízes carecem de informações sobre o modo como seus julgamentos serão recepcionados. Naturalmente, quanto mais dividida a política, mais difícil será para um juiz acertar, e em alguns casos juízes podem errar o alvo. (FRIEDMAN, 2004, p. 2610) (tradução minha).¹⁰⁴

Na mais moderna literatura brasileira acerca das cortes constitucionais e da deliberação democrática essa percepção também está presente. Para Mendes (2011, p. 141) “Juízes são produtos da sociedade em que vivem e são influenciados pelos jogos de forças políticas e ideológicas dessa sociedade”, logo as cortes e juízes não estão isolados da sociedade e da política.

Ainda para Friedman, “o fato de que as decisões judiciais são escritas para uma audiência pública não pode ser ignorado” (FRIEDMAN, 1993, p. 599) (tradução minha).¹⁰⁵

Para Falcão e Oliveira (2013, p. 435) as decisões escritas são as mais importantes formas de comunicação com a sociedade civil, nos seguintes termos “A mais importante mensagem-ação do STF, embora não única, é a decisão jurisdicional. A mais importante mensagem-reação dos cidadãos, embora não única, é a legitimação da decisão.” (FALCÃO; OLIVEIRA, 2013, p. 435)¹⁰⁶.

No mesmo sentido, Mendes (2013, p. 173) menciona que “a sentença é o principal instrumento com a qual a corte se comunica com o público” (tradução minha).¹⁰⁷ No entanto, a comunicação das cortes não se restringe à decisão escrita. A corte também pode se comunicar divulgando a sua agenda antecipadamente (SOUZA, 2016).

Russi (2010) em trabalho que trata da influência da assessoria de comunicação do Supremo, através da mídia das fontes, no agendamento da mídia comercial e da produção de notícias sobre o STF por estes veículos, indica pormenorizadamente a estrutura de comunicação do Supremo, incluindo nesta estrutura a TV Justiça, a Rádio Justiça, o Portal do STF, que segundo a autora exerce a função de agência de notícias do órgão¹⁰⁸, o Twitter e o Youtube e que seriam as formas do STF influenciar a mídia comercial na produção de notícias.

Trata-se aqui da *agenda setting* que na comunicação social é entendida como sendo a agenda da mídia tornando-se “conversa do dia a dia” (FERREIRA, 2015, p. 111) das pessoas, ou ainda, como ações alteradoras da “estrutura cognitiva das pessoas” em que o “modo de cada indivíduo conhecer o mundo que é modificado a partir da ação dos meios de comunicação de massa – ação esta que passa a ser compreendida como um ‘agendamento’, isto é, a colocação de temas e assuntos na sociedade” ao longo do tempo. (ARAÚJO, 2015, p. 129).

Hohlfeldt (2015, p. 192/193) menciona que na sociedade atual há a “necessidade da mediação dos meios de comunicação” para a transmissão do fluxo informacional, deste modo, o cidadão não pode ser testemunha ocular “das decisões do Palácio do Planalto ou do Congresso Nacional”, e também, acrescento aqui, do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, uma “sociedade urbana complexa” é dependente da mídia que inclui “em nossas preocupações certos temas que, de outro modo, não chegariam a nosso conhecimento e, muito menos, tornar-se-iam temas de nossa agenda”.

¹⁰⁴ No original: “Judges do not live in a cocoon; they are of this world. It is not credible to think that judges lack information about the way their judgments might be received. Of course, the more divided the polity, the more difficult it will be for a judge to be certain, and in some cases judges may miss the mark”. (FRIEDMAN, 2004, p. 2610).

¹⁰⁵ No original: “cannot ignore the fact that judicial decisions are written for a public audience”. (FRIEDMAN, 1993, p. 599).

¹⁰⁶ Como outras formas de mensagem-reação da sociedade civil podem ser indicadas aqui a participação em audiências públicas e como amigos da corte em processos judiciais.

¹⁰⁷ No original: “The written decision is the main instrument through which the court communicates with the public”. (MENDES, 2013, p. 173).

¹⁰⁸ De acordo com Russi (2010), no período por ela investigado, foram produzidas em média 10 notícias ao dia.

Na próxima seção serão apresentados alguns dados acerca da cobertura da Folha de S. Paulo sobre a participação do STF no processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, bem como serão apresentados alguns dados sobre a produção de notícias do próprio STF sobre o processo em questão no intuito de verificar se houve essa relação dialógica entre STF e meios de comunicação. Também serão apresentados os principais fatos ocorridos durante a cronologia da crise.

A cronologia da crise, a cobertura da Folha de S. Paulo acerca da participação do STF no processo de impeachment e a agenda do Supremo

Nesta seção serão apresentados os principais fatos e ocorrências no processo de impeachment de Dilma Rousseff, indicados cronologicamente¹⁰⁹, bem como será apresentada a cobertura da Folha de S. Paulo sobre a participação do Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment de Dilma Rousseff, analisando-se as manchetes e as respectivas matérias das capas do jornal, entre os dias 21 de outubro de 2015 e 01 de setembro de 2016, respectivamente o dia do protocolo do pedido de impeachment e o dia imediatamente subsequente ao fim do julgamento, totalizando 315 edições no período investigado. Além disso, apresenta alguns dados coletados no site do STF acerca de notícias produzidas pela corte sobre o processo de impeachment.

As matérias foram pesquisadas no site da empresa jornalística: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp>, nos fac-símiles das capas nos dias mencionados. A escolha do veículo de comunicação se justificou por se tratar de importante jornal, de grande circulação diária, conforme dados obtidos junto à Associação Nacional de Jornais (<http://www.anj.org.br/>) e ao Instituto Verificador de Circulação (<http://www.ivcbrasil.org.br/>). A Folha ocupa atualmente o segundo lugar em circulação diária.

Cronologia da crise

- 21/10/2015 - pedido de impeachment assinado por Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal é protocolado na Câmara dos Deputados;
- 02/12/2015 - Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados autoriza a abertura do processo de impeachment;
- 8/12/2015 - início do processo na Câmara dos Deputados com a escolha, em votação secreta, dos membros da casa para compor a comissão especial para analisar o pedido de impeachment. No mesmo dia, o ministro do STF Luiz Edson Fachin decide em liminar pela suspensão do processo até que o pleno do Supremo defina as regras para o processo. Pedido apresentado pelo PCdoB;
- 17/12/2015 - plenário do STF anula a primeira eleição dos membros da comissão especial e determina regras para o prosseguimento do processo;
- 01/02/2016 – a Câmara dos Deputados recorre ao STF contra o rito estabelecido pelo pleno;
- 16/03/2016 - STF rejeita o recurso da Câmara e mantém as regras anteriormente definidas para o processamento do pedido de impeachment;¹¹⁰
- 17/03/2016 - Câmara elege os membros para compor a comissão especial;
- 14/04/2016 - Advocacia Geral da União ajuíza mandado de segurança no Supremo para tentar barrar o processo de impeachment;
- 17/04/2016 - aprovação do processo na Câmara;
- 25/04/2016 - comissão especial no Senado Federal é definida;
- 12/05/2016 - plenário do Senado Federal decide pelo afastamento de Dilma Rousseff;

¹⁰⁹ A cronologia da crise foi extraída de <http://especiais.g1.globo.com/politica/2016/processo-de-impeachment-de-dilma/da-eleicao-a-votacao-do-impeachment/>

¹¹⁰ “No mesmo dia, Lula é anunciado como ministro-chefe da Casa Civil. O juiz Sergio Moro derruba sigilo do processo a que ele responde na Lava Jato e divulga áudio de grampo entre ele e Dilma”. (<http://especiais.g1.globo.com/politica/2016/processo-de-impeachment-de-dilma/da-eleicao-a-votacao-do-impeachment/>)

- 10/05/2016 - Senado aprova relatório da comissão especial e recomenda o julgamento da presidente;
- 25/08/2016 – início do julgamento no Senado Federal;
- 31/08/2016 - termina o processo.

Manchetes da Folha de S. Paulo sobre o STF no período analisado:

- dia 06 de dezembro de 2015: “STF deve decidir o cronograma do impeachment”;
- dia 18 de dezembro de 2015: “Dilma obtém vitória no STF sobre rito de impeachment”;
- 22 de março de 2016: “Dilma já prepara ação no STF contra impeachment”;
- 15 de abril de 2016: “Dilma perde no STF, e impeachment será votado pela Câmara no domingo”;
- 19 de abril de 2016: “Dilma compara impeachment a tortura e indica que vai ao STF”;
- 23 de abril de 2016: “Dilma repreende ministros do STF críticos à tese de golpe”;
- 11 de maio de 2016: “Senado deve afastar Dilma; governo recorre ao Supremo”;

Notícias produzidas pelo Supremo Tribunal Federal

No site do Supremo há um mecanismo de busca de notícias produzidas pela corte (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/pesquisarNoticiaAvancado.asp>). Pesquisou-se no mecanismo com o argumento “impeachment”, no período de 21 de outubro de 2015 a 01 de setembro de 2016, e foram localizadas 108 notícias relacionadas à expressão.

Comentários sobre a cobertura da Folha de S. Paulo e a produção de notícias pelo STF em sede de conclusão

No domingo, dia 06 de dezembro de 2015, a Folha de S. Paulo menciona em manchete principal a possível interferência do STF na duração do processo de impeachment na Câmara dos Deputados. A matéria trata da vontade do governo de agilizar o processo, prevendo a votação para o mês de janeiro, período geralmente de recesso parlamentar e da intenção dos opositores e do então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha de prolongar o processo na casa esperando o aumento das manifestações populares e o agravamento da crise econômica.

Manchete e matéria do dia 18 de dezembro de 2015, sexta-feira, mencionam vitória de Dilma Rousseff no Supremo relacionada ao rito do processo de impeachment. A decisão do STF anulou a escolha da comissão especial pela Câmara ocorrida no dia 08, conforme mencionado acima na cronologia da crise.

A matéria da terça-feira, dia 22 de março trata da previsão do governo de derrota na Câmara dos Deputados e da intenção da presidente de judicializar o processo de impeachment alegando falta de base legal para o mesmo e cerceamento de defesa.

Em 15 de abril, sexta-feira, a Folha de S. Paulo noticia derrota de Dilma no STF que mantém a votação no plenário da Câmara para o domingo, dia 17.

Na edição da terça-feira, dia 19 de abril o jornal indica que Dilma recorrerá ao STF, desta vez para questionar o mérito da denúncia, ou seja, a questão das “pedaladas fiscais”.

No sábado, dia 23, durante evento climático realizado na Organização das Nações Unidas – ONU, em Nova Iorque, Dilma Rousseff discursa alegando que o Brasil passava por uma grave crise e que não entender o processo de impeachment como golpe, seria como “tampar o sol com a peneira”.

Na edição de 11 de maio, quarta-feira, a Folha trata da tentativa do Planalto de anular o processo de impeachment junto ao Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se com esses dados empíricos um baixo nível de cobertura a despeito da repercussão e importância da atuação do STF no processo de impeachment. Foram apenas 7 (sete) manchetes ao longo de 315 dias de cobertura, o que representa tão somente 0,02% do total de manchetes no período, o que corresponde a uma manchete em média a cada 45 dias. Em sentido contrário o STF, através de sua assessoria de imprensa, divulgou no mesmo período, 108 notícias

conforme relatado acima, o que corresponde a uma notícia a cada 3 dias aproximadamente. Esses dados e fatos desmentem o que foi apontado por Novelino (2013) e Falcão e Oliveira (2013) acerca do aumento da cobertura dos veículos de comunicação sobre o Supremo Tribunal Federal.

Considera-se também que muito embora a assessoria de comunicação do STF tenha produzido uma quantidade razoável de notícias relacionadas ao impeachment, esse fato não serviu para se estabelecer um diálogo com os meios de comunicação, considerando a quantidade mínima de matérias destacadas em manchetes do jornal Folha de S. Paulo no período analisado. O STF, mesmo com todo o arsenal informativo conforme indicado por Russi (2010) não é capaz de pautar a mídia comercial sobre suas ações.

Também verifica-se que fatos importantes ocorridos no processo de impeachment e com a participação do STF não foram destacados nas manchetes da Folha de S. Paulo, em especial, as ocorrências mencionadas acima, respectivamente, nos dias 08 de dezembro quando o ministro Luiz Edson Fachin decidiu em liminar pela suspensão do processo até que o pleno do Supremo definisse as regras para o processo e no dia 01 de fevereiro de 2016, quando a Câmara dos Deputados recorre ao STF contra o rito estabelecido pelo plenário da corte.

Considera-se que o diálogo do STF com a sociedade civil ainda é embrionário, estando essa interação mais próxima ao pensamento de Habermas e Michelman que indicam um isolamento dos juízes e em consequência do Judiciário, do que com as teorias de Friedman e de Mendes que compreendem esses atores como sendo desse mundo. Os dados coletados indicam o contrário, a absoluta falta de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o meio de comunicação investigado, atestando o isolamento da mais alta corte judicial brasileira.

Por fim, considera-se que o acionamento do Supremo para resolver as questões sobre a crise política do impeachment demonstra cabalmente uma falha em nossa democracia, pois os sujeitos e as instituições envolvidas não encontraram alternativas endógenas e próprias para solucionar a crise, delegando a sua autonomia, e consequentemente, a sua liberdade decisória para um corpo burocratizado, elitista, aristocrático, solipsista e fechado, como é o Supremo Tribunal Federal. No entanto, o aprofundamento dessas questões ficará para um outro trabalho.

Bibliografia

ARAÚJO, C. A. A pesquisa norte-americana. In: HOHLFELDT, A.; MARTINO, L. C.; FRANÇA, V. V. (orgs). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópoles: Vozes, 2015.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 23-50.

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALCÃO, J.; OLIVEIRA, F. L. de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? *Lua Nova*, São Paulo, 88: 429-469, 2013.

FARIAS, P. J. L. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília ano 33, n. 131, jul./set. 1996, p. 175-196.

FERREIRA, G. M. As origens recentes: meios de comunicação pelo viés do paradigma da sociedade de massa. In: HOHLFELDT, A.; MARTINO, L. C. ; FRANÇA, V. V. (orgs). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópoles: Vozes, 2015.

FRIEDMAN, B. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, v. 91, p. 577-682, 1993.

- _____. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 2595-2632, 2004.
- GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2v, 2003.
- HOHLFELDT, A. Hipóteses contemporâneas de pesquisa em comunicação. In: HOHLFELDT, A.; MARTINO, L. C.; FRANÇA, V. V. (orgs). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Petrópolis: Vozes, 2015.
- MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov, 2000.
- MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- NAPOLITANO, C. J. Judicialização da política: direitos humanos, democracia e cidadania. In: VICENTE, M. M.; ROTHBERG, D. (orgs). *Meios de comunicação e cidadania*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.
- NOVELINO, M. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: Marcelo Novelino; André Fellet. (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 265-328. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/A-influ%C3%Aancia-da-opini%C3%A3o-p%C3%BAblica-no-comportamento-judicial-dos-membros-do-STF.pdf>. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RUSSI, J. M. M. Assessoria de comunicação, agendamento e newsmaking: um estudo sobre a evolução da comunicação no Supremo Tribunal Federal. *Dissertação* (Mestrado). Universidade de Brasília. Faculdade de Comunicação. Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Brasília, 2010.
- SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *RDA*, 250, pp. 197-227, 2009.
- SOUZA, R. R. M. de. *STF em evidência: deliberação, publicidade e sociedade sob a perspectiva dialógica*. Curitiba: Juruá, 2016.
- VANZINI, K. V. da S. Governo eletrônico, democracia digital e comunicação pública: a presença do poder judiciário na internet. *Dissertação* (Mestrado). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação. Programa de Pós-Graduação em Comunicação, Bauru, 2014.
- VIANNA, L. W.; ET AL. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

5.12 - Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação

NAPOLITANO, Carlo José. Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação. *Libero* (Facasper), v. 40, p. 1-16, 2017.

Contribuições do Direito para a análise das políticas públicas de comunicação

Carlo José Napolitano

Resumo: A temática das políticas públicas é objeto de estudos e análises de vários campos do conhecimento, como a ciência política, a administração pública e a comunicação, com conexões nas abordagens. A ciência jurídica também enfrenta esse tema em diversos de seus ramos, como o direito administrativo, o constitucional e o econômico. Nesse sentido, o presente trabalho trata da temática das contribuições da ciência jurídica para a análise das políticas públicas de comunicação a partir dos ramos do direito mencionados. O trabalho decorre de revisão de literatura relacionada à temática proposta e conclui pela importância de análises jurídicas das políticas públicas de comunicação para a sua compreensão.

Palavras-chave: políticas públicas; direito; comunicação social; Supremo Tribunal Federal.

Contribuciones del derecho para el análisis de las políticas públicas de comunicación

Resumen: El tema de las políticas públicas es objeto de estudios y análisis de distintos campos del conocimiento, tales como la ciencia política, la administración pública y la comunicación, con conexiones en sus enfoques respectivos. La ciencia jurídica también estudia este tema en varias de sus áreas de saber, como el derecho administrativo, la Constitución y la economía. En este sentido, el presente trabajo aborda el tema de las contribuciones de la ciencia jurídica para el análisis de políticas públicas de comunicación de las áreas del derecho. El trabajo surge de la revisión de literatura relacionada con la propuesta de esa temática y concluye destacando la importancia de los análisis jurídicos de las políticas públicas de la comunicación para su comprensión.

Palabras clave: políticas públicas, derecho; comunicación social; Corte Suprema de Justicia

Law contributions for public policies of communication analyzes

Abstract: The public policies issue is a research object of studies and analyzes on many knowledge fields, such as political science, public administration and communication, which are all connected. Law also faces this theme in many of its branches, as administrative law, constitutional and economic. For this purpose, this essay treats the law contribution to analyze the public policies of communication from the mentioned law branches. This essay is a literature review related to this subject and concludes that law analyzes is important to understand the public policies of communication.

Keywords: public policies; law; communication; Brazilian Supreme Court.

Introdução

O enfrentamento da temática das políticas públicas pode ser feito a partir de diversas áreas do conhecimento. A ciência jurídica não foge dessa tarefa e vem tratando desse assunto, em especial, com enfoques do Direito Administrativo, do Direito Econômico e do Direito Constitucional, bases teóricas conceituais do presente trabalho. Ademais, trata-se de um assunto com conexões e pertinência temática do direito, das ciências políticas, da administração pública, da comunicação social, dentre outros.

O presente trabalho, decorrente de pesquisa¹¹¹ mais ampla em andamento que objetiva analisar as políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal, visa apresentar contribuições da ciência jurídica, em especial, dos aportes dos ramos do direito acima mencionados para a análise de políticas públicas de comunicação.

Para tanto o presente trabalho, baseado em revisão de literatura, está estruturado em quatro seções, além da conclusão e desta introdução. A primeira analisa as políticas públicas no direito, considerando o Estado como um local privilegiado de análise. A segunda trata dos papéis do direito nas políticas públicas, a partir do Direito Administrativo. A terceira seção exemplifica como as políticas públicas de comunicação estão permeadas pelo direito. Na quarta e última seção apresenta a relevância da atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de comunicação. E, por fim, apresenta algumas considerações em sede de conclusão, considerando que o direito e seus referenciais teóricos podem e devem ser utilizados na análise de políticas públicas de comunicação.

As políticas públicas no direito: o Estado como local privilegiado

Vários pesquisadores, de diversos ramos do direito (constitucional, administrativo, econômico), enfrentam a questão das políticas públicas. Parece-me que o que é comum na análise jurídica das políticas públicas é o foco privilegiado atribuído às ações do Estado e do governo nessa seara.

No campo do direito econômico/constitucional, Grau (2003, p 25), por exemplo, menciona que “A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade”, é, portanto, “toda atuação estatal ... expressiva de um ato de intervenção”. Nesse sentido “A mera produção do direito ... desde logo consubstanciam expressões de atuação interventiva estatal”. O advento do Estado intervencionista desencadeia um salto quantitativo e qualitativo nas formas de atuação do Estado.

O marco histórico dessa guinada intervencionista, de acordo com Ramos (2007, p. 330), pode ser considerado “A partir do advento das Constituições social-democráticas, capitaneadas pela Constituição alemã de Weimar, de 1919”. Nesse período, os direitos econômicos e sociais passaram a ter “reconhecimento normativo e doutrinário”, constituindo “uma profunda reformulação no papel do Estado democrático, do qual se passa a exigir que proporcione as condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana.”

Nesse momento,

¹¹¹ Trata-se da pesquisa denominada “Políticas públicas de comunicação no Supremo Tribunal Federal: a liberdade de expressão em julgamento”, financiada pela Chamada Universal – MCTI/CNPq n. 1/2016 – Faixa A do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, Processo n. 145663/2016-7. Parte da pesquisa foi desenvolvida pelo autor em estágio de pós-doutoramento na Faculdade de Direito, da Universidade de São Paulo, estágio financiado com bolsa de Pós-doutorado Sênior do CNPq.

O Estado então já não “intervém” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas – atua não apenas como terceiro-árbitro, mas também como terceiro-ordenador (Grau, 2003, p. 26).

A legitimidade do Estado intervencionista, de bem-estar social se dá “antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação; assim o government by policies substitui o government by law”. (Grau, 2003, p. 26).

Ainda de acordo com Grau (2003, p. 26)

Essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.

Em decorrência desse fenômeno, Grau (2003, p. 27) indica várias formas de atuação do Estado, em especial, na seara econômica

1- atuação na economia: 1.1 atuação por absorção, quando o Estado assume, em regime de monopólio, o controle dos meios de produção e/ou troca de determinado setor; 1.2 atuação por participação, quando o Estado assume parcialmente (em regime de concorrência com agentes do setor privado) ou participa do capital de agente que detém o controle patrimonial de meios de produção e/ou troca; 2 – atuação sobre a economia: 2.1 atuação por direção, que ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; 2.2 atuação por indução, que ocorre quando o Estado dinamiza instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

Esses papéis são de ator e regulador da economia.

Na seara do direito administrativo, o papel privilegiado do Estado também parece ser a tônica das análises. Bucci (2013, p. 38-9) adota o ponto de vista do Estado para a análise das políticas públicas. Para a autora, política pública é definida como programa de ação governamental e reside na ação governamental, no movimento da máquina pública, a partir do impulso do governo. A exteriorização da política pública se dá no arranjo institucional, iniciativas e medidas jurídicas diversas. Desta forma, “A análise de políticas públicas tem como centro a ação do Poder Político”, sendo que as ações e articulações privadas partem necessariamente “de arranjos complexos e amplos” e são vistas “sob o prisma da mediação estatal”. (Bucci, 2008, p. 251).

Bucci (2013) apresenta três planos de atuação do Estado em relação às políticas públicas, os planos macro, meso e microinstitucional, conforme segue

O plano macroinstitucional compreende o governo propriamente. No extremo oposto, plano microinstitucional, considera-se a ação governamental como unidade atomizada da atuação do governo. Na posição intermediária, o plano mesoinstitucional, analisam-se os arranjos institucionais, ação governamental agregada em unidades maiores (Bucci, 2013, p. 37-8).

No plano macro analisa-se o governo como motor / condutor da política pública. No micro a ação do governo como núcleo de sentido das políticas públicas, através dos processos jurídicos administrativo, legislativo, judicial, político-eleitoral e, por fim, no plano meso, analisa os arranjos institucionais como organização sistemática da política pública, ou em outras palavras, políticas públicas “na sua forma exterior, conjunto de elementos, iniciativas e normas que compõem o programa de ação governamental devidamente estruturado.” (Bucci, 2013, p. 205).

Políticas públicas, portanto, “consistem em quadros de ação governamental, arranjos institucionais que expressam o Estado em movimento”. (Bucci, 2013, p. 39). Ou, em outros termos, “programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados.” (Bucci, 2006, p. 11).

Os processos nesse sentido são ações estruturantes das políticas públicas, tratam-se das ações governamentais. Processo entendido aqui no sentido de sucessão de etapas, “desde a inserção do problema na agenda política até a implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e a tomada da decisão em si”. (Bucci, 2013, p. 109).

No mesmo sentido e no mesmo campo do direito administrativo, Coutinho (2013, p. 193) indica que

o direito permeia intensamente as políticas públicas em todas as suas fases ou ciclos: na identificação do problema (que pode ser ele próprio um gargalo jurídico), na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas.

Partindo dessa premissa de que o direito (legislação) permeia intensamente as políticas públicas, Bucci (2006, p. 11) indica que elas

têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviços público, por exemplo.

Bucci (2006, p. 15) inclusive apresenta um rol de suportes constitucionais e legais de expressões jurídicas de políticas públicas. Algumas, no plano constitucional, são bem evidentes, como são os casos das políticas orçamentárias, urbana e agrícola, até mesmo pelo uso dessa terminologia, que pode ser considerada como “sinônimo de política pública”. Outras, no entanto, são menos evidentes, como seriam os casos, segundo a autora, dos Títulos da Ordem Econômica e da Ordem Social. O da Ordem Econômica por ser mais estrutural e sistematizado (previsão de princípios gerais e específicos, por exemplo), enquanto o da Ordem Social é organizado em razão da matéria disciplinada, mas isso não implica não poder considerar essas referências constitucionais, como indicativos de políticas públicas.

Contudo, a autora, em obra mais recente, revê esse posicionamento. Nesse novo entendimento, Bucci (2008, p. 254) afirma “a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas”. Discordo da autora, pelo simples fato desse novo entendimento ter se tornado atemporal, tendo em vista a expressa constitucionalização de políticas públicas pelo Poder Constituinte Reformador. Tratam-se dos casos do artigo 216-A, de 2012, que institui o Sistema Nacional de Cultura e da alteração do artigo 227, 8º, II, de 2010, que dispõe sobre o Plano Nacional da Juventude, nos seguintes termos

O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de **políticas públicas** de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) (BRASIL, 1988).

O plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de **políticas públicas**. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (grifos meus) (BRASIL, 1988)

A importância do Direito nas políticas públicas também é ressaltada por Bucci, tendo em vista “o clássico princípio da legalidade” segundo o qual o “Estado só é facultado agir com base em habilitação legal”. Desta forma, “A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade.” (Bucci, 2006, p. 37).

Diante do que foi exposto até o presente momento, políticas públicas para o direito podem ser consideradas como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ... visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. ” (Bucci, 2006, p. 38), ou, dito de outra forma, como “arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias ou programas de ação governamental, que resultam de processos juridicamente regulados, visando adequar meios e fins. ” (Bucci, 2008, p. 251).

Prossegue a autora afirmando que “Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. (Bucci, 2006, p. 38).

Tendo em vista essas observações tem-se que esses elementos (objetivos, meios, temporalidade e resultados) podem ser considerados no momento da avaliação de determinada política pública.

Pelo que foi exposto até aqui, considera-se, para fins deste trabalho, o conceito de política pública formulado por Bucci, ou seja, um programa de ação governamental mediado pelo direito.

Considerando que o direito permeia as políticas públicas na próxima seção serão analisados os papéis do direito nas políticas públicas.

Os papéis do direito nas políticas públicas

Coutinho (2013, p. 194), em texto seminal, aponta que o direito pode desempenhar vários papéis relacionados às políticas públicas e esses “consistem em apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (direito como arranjo institucional).”

Baseado nessa tipologia e elaborada a partir do Direito Administrativo, abaixo serão apresentadas algumas considerações sobre esses papéis. Tendo em vista a clareza didática dos enunciados propostos por Coutinho (2013), optou-se, no presente trabalho, transcrevê-los literalmente, quando considerados necessários.

Direito como objeto das políticas públicas

Para Coutinho (2013) essa questão pode ser observada por pelo menos dois pontos de vista, o primeiro considerando as políticas públicas “como produtos de escolhas políticas em relação às quais o direito ou o jurista têm pouca ou nenhuma ingerência.” Sob esse ângulo de análise “Os objetivos e metas das políticas públicas seriam ... definidos extrajudicialmente, no campo da política, cabendo ao arcabouço jurídico a função eminentemente instrumental de realizá-los”. O segundo ângulo de análise “enxerga o direito como, ele próprio, uma fonte definidora dos próprios objetivos aos quais serve como meio” (Coutinho, 2013, p. 194).

Para fins deste trabalho, considerando que o seu propósito é indicar as contribuições do direito para a análise de políticas públicas de comunicação, tem-se que o segundo ângulo de análise é o que interessa, justificando-se aqui a importância do direito na área das políticas públicas de comunicação, pois como será visto na próxima seção, essas políticas públicas são permeadas pelo direito, sendo esse a sua fonte definidora.

Deste modo indica Coutinho (2013, p. 194) que o direito pode ser visto “como objetivo de políticas públicas” sugerindo “que se reconheça que o arcabouço jurídico tenha a característica de formalizar metas e indicar os ‘pontos de chegada’ das políticas públicas”, podendo “ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que deve ser perseguido em termos de ação governamental”, e sob esse ângulo de análise, o direito seria “uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica”.

O diferencial dessa abordagem consiste no fato de que

Ao formalizar uma decisão política e/ou técnica sob a forma de um programa de ação governamental, o direito agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação cuja adoção seja facultativa. Dito de outra forma, o direito dá à política pública seu caráter oficial, revestindo-a de formalidade e cristalizando objetivos que traduzem embates de interesses por meio de uma solenidade que lhe é própria. E ao serem juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, a priori e/ou a posteriori pelos crivos de constitucionalidade e de legalidade, que as situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo. (Coutinho, 2013, p. 194).

Em relação a essa última observação de Coutinho (juízo de constitucionalidade e de legalidade), o presente trabalho tratará na última seção.

Direito como arranjo institucional das políticas públicas

Ao considerar o direito como estrutura de arranjos institucionais complexos visando a eficácia das políticas públicas, parte-se do princípio que as “normas jurídicas estruturam seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas”. O direito nesse sentido faz o “desenho institucional” das políticas públicas. Visto desta forma, o direito partilha responsabilidades, evita “sobreposições, lacunas ou rivalidades e disputas em

políticas públicas. Nesse sentido, o direito pode ser visto como uma espécie de ‘mapa’ de responsabilidades e tarefas nas políticas públicas. ” (Coutinho, 2013, p. 196).

Direito como ferramenta das políticas públicas

O direito pode também ser considerado como a “caixa de ferramentas” das políticas públicas, ou em outros termos, pode ser dito que “a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos pré-definidos (para as políticas públicas) são um trabalho jurídico” (inclusão minha). Logo, a modelagem e a escolha de instrumentos jurídicos, a utilização de

mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado para pôr dada estratégia de ação em marcha. Desde este ponto de vista, o direito poderia ser metaforicamente descrito como uma caixa de ferramentas, que executa tarefas-meio conectadas a certos fins de forma mais ou menos eficaz, sendo o grau de eficácia, em parte, dependente da adequação do meio escolhido. (Coutinho, 2013, p. 196).

Na próxima seção serão exemplificados alguns meios/mecanismos de indução/recompensa utilizados pela legislação brasileira para por em prática estratégias pré-estabelecidas para a comunicação social.

Direito como vocalizador de demandas de políticas públicas

Por fim, elucida Coutinho (2013, p. 197) que o direito deve garantir a vocalização de demandas devendo “assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política”, provendo as políticas públicas “de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos. ” O direito deveria garantir mecanismos democráticos “de participação e accountability”, mediante “regras procedimentais que disciplinem consultas e audiências públicas e a publicidade dos atos administrativos, as obriguem a estar abertas aos inputs de uma pluralidade de atores”, visto deste modo, “o direito seria comparável a uma espécie de correia de transmissão pela qual agendas, idéias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos”.

Exemplos de vocalização de demandas nas políticas públicas de comunicação serão indicadas nas seções que seguem.

Políticas públicas de comunicação permeadas pelo direito

Em termos de políticas públicas de comunicação social vários exemplos relacionados aos seus suportes legais/direito como ordenamento ou objeto das políticas públicas, tal como indicado, respectivamente, por Bucci (2006) e Coutinho (2013), podem ser mencionados.

Na Constituição estão dispostas, por exemplo, as diretrizes básicas acerca dessas políticas públicas, especialmente no Título VIII, Capítulo V que trata da Comunicação Social. Neste tópico da constituição podem ser identificadas várias dessas diretrizes. O Artigo 220, § 3º dispõe que compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a

que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O § 4º disciplina que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Por sua vez, o § 5º estabelece que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. O artigo 221 estabelece princípios para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, tais como: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. O artigo 222 estabelece que a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. O artigo 223 atribui competência ao Poder Executivo para a outorga e renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal e estabelece também a participação do Congresso Nacional nesse processo. Por fim, apenas com o objetivo de exemplificar, o artigo 224 trata do Conselho de Comunicação Social, órgão auxiliar do Congresso Nacional para as políticas públicas de comunicação.

No Título III quando a Constituição trata da organização do Estado e das atribuições das várias esferas do governo (Federal, Estadual, Municipal), dispõe o artigo 21, que é de competência da União, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Está aqui a regra constitucional que determina a necessidade das concessões públicas para a operação de rádios e tevês, com regras explicitadas no artigo 223. Diferentemente do ocorre para as mídias impressas para as quais a atividade econômica é livre. Nesse mesmo Título há a disposição constitucional da competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão (art. 22, IV).

Na legislação infraconstitucional podem ser citadas a lei 9.294/96, que regulamenta o artigo 220, § 4º, a lei 10.610/2002, que trata da participação de capital estrangeiro em empresas de comunicação, a lei 8.389/91, que criou o Conselho de Comunicação Social, e a lei 12.485/11 que regulamenta o serviço de acesso condicionado.

Como normas infralegais podem ser mencionadas o Decreto 5.820/2006 que implementou o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD) e a portaria 368/14 que trata da classificação indicativa.

Em termos contratuais, os contratos de concessão para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são exemplos.

Quanto à atuação do Estado na seara econômica, tal como proposto por Grau (2003), podem ser identificadas exemplos dessas ações quando relacionada à comunicação social.

A atuação do Estado na economia por participação no setor da comunicação social pode ser exemplificada com a criação de empresas de comunicação públicas ou estatais, como são os casos da EBC, da TV Justiça, TV Câmara e TV Senado. Na atuação sobre a economia por indução pode ser mencionado o Fundo Setorial do Audiovisual, previsto na

Lei do Acesso Condicionado e criado pela lei 11.437/2006, bem como as regras que visam dinamizar e impulsionar o mercado de audiovisual nacional. Tratam-se de sanções premiais/positivas (cf. Bobbio, 2007), funções alocativas do Estado (cf. Fiss, 2005) ou caixas de ferramentas/mecanismos de indução e recompensa, tal como proposto por Coutinho (2013).

Esses exemplos corroboram as assertivas mencionadas na primeira seção e indicam que

A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais, e têm por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial, ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (Comparato, 1997, p. 19).

No que diz respeito especificamente aos objetivos, meios, temporalidade e resultados das políticas públicas, conforme indicado por Bucci (2006), estes podem ser observados quando da análise das políticas públicas de comunicação presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos objetivos, é regra dos ordenamentos jurídicos constitucionais modernos a sua previsão.

De acordo com Comparato (1997, p. 19) “As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles.”

A Constituição brasileira de 1988 não foge à regra, indicando no seu artigo 3º objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Também, sem sombra de dúvidas, é possível afirmar que a Constituição, em especial, nos artigos 220 a 224 indica objetivos do Estado brasileiro referentes à comunicação social, tais como, a previsão da pluralidade e diversidade nos e dos meios de comunicação e de informação.

A diversidade ou pluralidade dos meios pode ser compreendida com a regra contida no § 5º, do artigo 220 que determina que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

No que tange a ideia de diversidade ou pluralidade nos meios, podem ser mencionadas as regras contidas no artigo 221 que determinam que a produção e a programação das emissoras devem atender de preferência finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, devem atentar para a promoção da cultura nacional e regional, estimular a produção independente que objetive sua divulgação, e favorecer a regionalização da produção cultural, artística e jornalística.

Em relação aos meios, o exemplo que pode ser dado é a criação do Fundo Setorial do Audiovisual que visa fomentar a produção nacional nesse setor.

No que tange a temporalidade, novamente a Lei do Serviço de Acesso Condicionado por ser indicada como exemplo. A lei prevê a sua aplicabilidade para a proteção e incentivo às produções nacionais e ao mercado nacional por um prazo de 12 anos, findo os quais a regra será a da competitividade.

Em relação aos resultados novamente a lei do SeAC pode ser mencionada como exemplo. Em pouco tempo de vigência (a lei entrou em vigor em setembro de 2011), os resultados por ela alcançados já foram detectados. Em relatórios da Agência Nacional do Cinema - Ancine há indicativos de aportes substanciais para a produção de conteúdos

nacionais. Como exemplo, os investimentos nos anos 2013/2014 se comparados aos de 2010/2011, indicam um aumento de 6,5 (seis vezes e meio) nos aportes para o setor¹¹². Por fim, como exemplo de arranjo institucional podem ser citados os arranjos para as concessões da radiodifusão que envolvem o Executivo e o Legislativo na tomada de decisão. Como exemplo de vocalização de demanda, a utilização do Judiciário como lócus de pleitos pode ser uma referência. Esse assunto será tratado na seção que segue.

Papel do Judiciário na implementação de políticas públicas de comunicação

Tendo em vista essa implementação de políticas públicas instrumentalizadas no direito, o Poder Judiciário é constantemente chamado a dirimir conflitos ou dúvidas relacionadas à constitucionalidade/legalidade de políticas (Bucci, 2006; Coutinho, 2013), por este motivo, o “Poder Judiciário possui um impacto significativo na elaboração das políticas públicas” (Taylor, 2007, p. 229), ao lado do Executivo e do Legislativo. Trata-se aqui sem dúvida de um exemplo de arranjo institucional, tal como proposto por Coutinho (2013).

Taylor (2007, p. 234) menciona que “os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas”. Alguns grupos de interesse inclusive buscam locais institucionais para contestar determinadas políticas públicas. Essa busca de mais um novo local institucional para influenciar nas políticas públicas fica evidente quando se verifica a atuação, por exemplo, da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT na contestação de inúmeras políticas públicas de comunicação junto ao Supremo Tribunal Federal. As mais relevantes tratam-se da ADI 3944 que tratava do Sistema Brasileiro de Televisão Digital e da ADI 4451 que tratou do humor nas eleições de 2010.

Taylor (2007) afirma também que muitas vezes vozes minoritárias também utilizam o Judiciário para se posicionarem contrariamente a determinadas políticas. O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL protocolou duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental para questionar junto ao Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de concessão de emissoras de rádio e televisão para parlamentares, tratam-se das ADPFs 246 e 379. Também podem ser mencionadas as participações de entidades da sociedade civil e relacionadas as políticas públicas de comunicação e que também encontraram no Judiciário um novo lócus para a vocalização de suas demandas. Refiro-me ao Coletivo Intermédios e a ONG Artigo 19. Essas organizações vocalizaram suas demandas no STF na qualidade de *amicus curie*¹¹³ (Amigo da Corte), por exemplo, respectivamente, nas ADIs 3944-SBTD e 4756-SeAC e ADPF 130-Lei de imprensa e ADI 4815-Biografias não autorizadas.

Desta forma, “a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil” (Taylor, 2007, p. 245) e o acesso ao Judiciário serve também para “as oposições mostrarem serviço, protelando a implementação de políticas públicas contrárias aos interesses de seus seguidores e chamando a atenção da opinião pública para a sua oposição” (Taylor, 2007, p. 245).

¹¹² <http://fsa.ancine.gov.br/?q=resultados/investimentos/investimentos-linhas-acao>. Apesar do aumento dos investimentos, algumas pesquisas indicam que os resultados práticos ainda são incipientes, a exemplo Lopes (2015)

¹¹³ “Amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533> (Glossário Jurídico do STF).

Especificamente sobre essa questão, pode ser mencionada a ADI 4679 proposta pelo Partido Democratas em relação à Lei de Serviço de Acesso Condicionado.

Os exemplos dos parágrafos anteriores indicam possibilidade de vocalização de demandas em políticas públicas (Coutinho, 2013).

No entanto, não só na implementação das políticas públicas o Judiciário tem tido papel relevante e mais evidente. Taylor (2007, p. 242) menciona a “capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o timing e as consequências de seu impacto, seja sustentando políticas públicas que apoiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis”. Como exemplo desse expediente pode ser mencionado o pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa na ADI 2404, que trata da classificação indicativa. O pedido foi feito em 30 de novembro de 2011. O processo somente voltou a tramitar no STF em 22 de junho de 2015 após a posse do ministro Luiz Fachin que ocupou a vaga do ex-ministro Joaquim Barbosa que se aposentou, sendo finalizado somente em agosto de 2016. Outro caso de relevância extrema para as políticas de comunicação que pode ser mencionado é o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 246, que questiona a constitucionalidade de concessões de emissoras de rádio e televisão para políticos, anteriormente mencionada. Essa ação foi protocolada no STF em 15 de dezembro de 2011 e até o presente momento não foi apreciada pelo relator ministro Gilmar Mendes.

Também no momento da elaboração das políticas públicas essa influência fica destacada, em especial, com concessões de liminares e ou mandados de segurança interrompendo a tramitação de projetos de leis na arena legislativa.

Taylor (2007, p. 248) ainda pontua que o Judiciário

decide quais regras são legítimas e estão em concordância com as leis locais ou a Constituição, assim como quais ações (ou omissões) representam aberrações ou infrações. Como resultado, os tribunais influenciam o curso das políticas públicas: tribunais e juízes influenciam o tipo de políticas que são implementadas e julgam a legalidade dessas políticas dentro da sua visão das regras legais existentes e das normas e tradições vigentes.

No mesmo sentido, Comparato (1997, p. 20) indica que é “Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão”. Exemplos dessas omissões legislativas e do uso de mecanismos processuais para contestar judicialmente essas omissões são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo PSOL, de autoria do próprio Fábio Konder Comparato, que contestam no STF “a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre as matérias constantes dos artigos 5º, inciso V; 220, § 3º, II; 220, § 5º; 222, § 3º, todos da Constituição Federal”¹¹⁴.

Esses exemplos e “as repercussões crescentes que as decisões judiciais têm provocado no planejamento e ações governamentais apontam para a relevância e complexidade do tema” (Ramos, 2007, p. 329).

A atuação do Judiciário, nesta seara, tem inclusive suscitado questionamentos teóricos. O mais recorrente é a compreensão de que está ocorrendo um exacerbado ativismo judicial, compreendido como

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas

¹¹⁴ Agradeço imensamente ao Prof. Dr. Fábio Konder Comparato, advogado do PSOL na ADO, por ter enviado gentilmente, por e-mail, a petição inicial, colaborando, desta forma, com a pesquisa.

(conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há ... uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturalização da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (Ramos, 2015, p. 131).

Esse fenômeno de ativismo judicial ou em outros termos do que se convencionou também chamar de judicialização da política decorre, dentre outros fatores, do nosso modelo constitucional, pois o constitucionalismo brasileiro eleva as políticas públicas a direito constitucional, seguindo uma peculiaridade do constitucionalismo social-democrático, tendência iniciada com as Constituições mexicana de 1917 e da República de Weimar, de 1919, fato que, por si só, alarga sobremaneira o leque de ações do Poder Judiciário, pois este será, inevitavelmente, acionado para dirimir conflitos tendo em vista a aplicação ou não de uma política pública.

Conclusões

Pelo que foi exposto, conclui-se que o Direito permeia de maneira inexorável as políticas públicas de comunicação, em todas as suas etapas e processos, devendo a ciência jurídica e os seus referenciais teóricos serem sempre considerados quando da análise das políticas públicas de comunicação.

A título de sistematização, considera-se, neste trabalho, que o direito é objeto das políticas públicas de comunicação, quando, por exemplo, prevê, no texto constitucional, a pluralidade e diversidade dos e nos meios de comunicação e de informação, respectivamente, nos artigos 220, § 5º e 221. Arranjos institucionais também são estabelecidos pelo direito, como é o caso do artigo 223 da Constituição Federal, que define regras relacionadas à outorga ou renovação das concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, atribuindo papéis para o Poder Executivo e para o Congresso Nacional. O direito como caixa de ferramentas ou mecanismo de indução ou recompensa pode ser relacionado ao Fundo Setorial do Audiovisual, criado pela lei 11.437/2006. Como vocalizador de demandas relacionado às políticas públicas de comunicação, considera-se o direito atribui funções ao Judiciário, considerando-o, portanto, como um novo *locus* para tanto.

Do mesmo modo, fica evidente, através dos exemplos dados, o papel do Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal no momento da implementação de políticas públicas de comunicação, podendo ser considerado um importante ator nesses processos, participando esse Poder do arranjo institucional.

Referências

BOBBIO, N. Da estrutura à função. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 25 de maio de 2016.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORINI, C.; ESTEVES, J. C. dos S.; DIAS, M. T. F. (ORGS). Políticas públicas: possibilidade e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BUCCI, M. P. D. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais, ano 86, v. 737, março de 1997, p. 11-22.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, E; FARIA, C. A. P. de (org.). A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: Ed. UNESP; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013.

FISS, O. M. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAU, E. R. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, E. R. O direito posto e o direito pressuposto. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RAMOS, E. S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição Brasileira de 1988. Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, v. 102, p. 327-356, 2007.

_____. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, D. M. M. da S. Avanços, retrocessos e estagnações: um balanço da lei 12.485. Revista Eptic, v. 17, n. 2, maio-agosto 2015, p. 39-56.

TAYLOR, M. M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

5.13 - O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, T. O Supremo Tribunal Federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 314-332, 2018.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS: exercício de direito *versus* limites à liberdade de expressão

Carlo José Napolitano e Tatiana Stroppa

RESUMO: O presente trabalho é parte integrante de pesquisa que investiga decisões do Supremo Tribunal Federal relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, aquelas que tratam da liberdade de expressão do pensamento. Especificamente este artigo, de natureza bibliográfica e documental, objetiva analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, concluindo que a temática do discurso de ódio ainda não entrou na pauta do STF, sendo essa uma das limitações da pesquisa, bem como, indicam-se falhas na indexação dos processos no site do STF, o que dificulta a realização de pesquisas, apontando a necessidade de um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa no site do Supremo. Por esses motivos, trata-se de um trabalho inovador relacionado às pesquisas junto ao STF.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso de ódio. Redes sociais. Supremo Tribunal Federal.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de estudo baseado em análise bibliográfica e documental acerca da temática do exercício e da limitabilidade da liberdade de expressão do pensamento nas redes sociais, tendo como pano de fundo o discurso de ódio. O texto visa atender a chamada da Revista Brasileira de Políticas Públicas, referente ao dossiê temático “Direito e Mundo Digital”.

O artigo é um dos resultados de projeto de pesquisa em andamento e que tem por objetivo específico, analisar e interpretar decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionadas às políticas públicas de comunicação, em especial, às relacionadas à temática da liberdade de expressão do pensamento, no intuito de verificar se há uma linha mestra, ou em outros termos, um *modus operandi* de interpretação do STF relacionado às políticas públicas de comunicação e como objetivos secundários da pesquisa: o aprofundamento teórico doutrinário da análise da liberdade de expressão do pensamento, da limitabilidade dos direitos fundamentais, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por fim, do próprio processo decisório (deliberação externa) do STF, sendo esse último objetivo, uma questão formal enfrentada pela pesquisa.

Por hipótese, a pesquisa principal considerou que ao decidir casos referentes à temática, o STF sistematicamente amplia a aplicação desses direitos, eliminando qualquer forma ou possibilidade de regulação da comunicação social, potencialmente, impactando as políticas públicas direcionadas ao setor.

O presente trabalho trata especificamente da possibilidade de se impor limites à liberdade de expressão do pensamento quando esse direito é exercido, via redes sociais, incitando-se o discurso de ódio e está assim estruturado: além desta introdução, a próxima seção trata das experiências históricas, culturais, sociais e normativas acerca da limitação da liberdade de expressão do pensamento, a terceira aborda o conceito de discurso de ódio, a quarta seção explora o exercício e os limites da liberdade de expressão nas redes sociais quando relacionados ao

discurso de ódio na perspectiva do Supremo Tribunal Federal, bem como indica os métodos e técnicas adotados para a elaboração deste artigo e, por fim, apresentam-se algumas considerações em sede de conclusão.

2. PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS E NORMATIVOS DA LIMITAÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

O que queremos com a liberdade de expressão? Busca da verdade, autonomia humana, autogoverno democrático?

As perguntas elaboradas por Júlio Silva¹¹⁵ indicam alguns caminhos teóricos acerca da liberdade de expressão do pensamento. Enquanto a autonomia humana está diretamente relacionada a uma abordagem liberal, ou até mesmo libertária, a ideia da liberdade de expressão como expressão de um autogoverno democrático, por sua vez, está relacionada a uma postura democrática acerca desse direito.

Inicialmente e de acordo com um clássico da teoria do direito constitucional brasileiro¹¹⁶, a liberdade de expressão do pensamento pode ser considerada como um direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto.

Jónatas Machado, expoente da teoria constitucional portuguesa, classifica a liberdade de expressão em sentido amplo (ou liberdade de comunicação) e em sentido estrito (opinião, informação, imprensa, direitos dos jornalistas, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, científica, cinematográfica, direito de resposta, direito de antena, etc...). Por esse motivo, a considera como um direito mãe, ou “*cluster right*” das liberdades comunicativas¹¹⁷. Trata-se, portanto, de um “direito primário, pois alicerça e pressuposto de outras liberdades, como a liberdade de crença, a liberdade de religião e a liberdade de imprensa.”¹¹⁸

Muito embora possam ser indicados outros precedentes normativos históricos que originaram o direito à liberdade de expressão – como exemplo o *Bill of Rights* inglês, de 13 de fevereiro de 1689, é comum mencionar que a “positivação jurídica da liberdade de expressão” se deu com a Declaração da Virgínia, em 12 de outubro de 1776. Com essa declaração passa-se a reconhecer a liberdade de expressão “como um direito natural do indivíduo, tal como pressuposto no seu artigo 1º relativamente à vida e à liberdade em geral”¹¹⁹. Observa-se, no entanto, que esse documento histórico não faz referência à liberdade de expressão, mas sim à liberdade de imprensa, nos seguintes termos do artigo 12: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.”¹²⁰

No entanto, de acordo com Aluísio Ferreira a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 é considerada um marco histórico pelo seu “caráter universalista”¹²¹.

De acordo com a declaração francesa, nos artigos 10 e 11, respectivamente, “Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei”, bem como “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo

¹¹⁵ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Tese. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹¹⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

¹¹⁸ MONTEIRO, Marco Antonio Correa. Tutela constitucional da liberdade de imprensa. Tese. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2012, p. 49.

¹¹⁹ FERREIRA, Aluísio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 122/123.

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776**.

¹²¹ FERREIRA, Aluísio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 123.

o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei”.¹²²

Mesmo com o pioneirismo da Declaração da Virgínia, observe-se que a Constituição norte-americana inicialmente não tratou da temática da liberdade de expressão, tendo sido a ela incorporada somente em 1791 com a ratificação das primeiras nove emendas ao texto original. Trata-se especificamente da Primeira Emenda, nos seguintes termos: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”¹²³

Aluizio Ferreira¹²⁴ aponta diferenças entre a Primeira Emenda norte-americana e a declaração francesa, destacando “como traço marcante dessa diferença ... o caráter mais liberal e politicamente auto-limitador” da Primeira Emenda, indicando que ela impede ao legislador “votar qualquer norma restritiva das liberdades de expressão e publicação”, enquanto que a Declaração Francesa “assenta o princípio das limitações, autorizando o legislador a prever hipóteses de responsabilização pelo abuso do exercício da liberdade de publicação”. Verifica-se, deste modo, duas matrizes documentais distintas acerca desse mesmo direito, uma entendendo-o como irregulamentável e outra limitável.

O pioneirismo da constitucionalização da liberdade de expressão com a Primeira Emenda norte-americana exemplifica o padrão normativo das primeiras constituições elaboradas no final do século XVIII.

Jónatas Machado¹²⁵, ao tratar das principais experiências constitucionais em uma dimensão histórica, menciona que “O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais” e “na feitura das primeiras constituições”. Além de assumir “um papel fundamental na relação entre governantes e governados e no controlo democrático do exercício do poder político”, é, portanto, um limite ao Poder do Estado.

Inicialmente concebida, no Estado Liberal, como exemplo de direito civil e político, direitos fundamentais de primeira geração, na classificação de Karel Vasak, a liberdade de expressão do pensamento, de acordo com Jónatas Machado, estava inserida, naquele contexto histórico, como “afirmação jurídico-política da autonomia individual”, estando “insusceptível de funcionalização ou instrumentalização”¹²⁶. No entanto, não pode ser entendida “à margem do princípio da igualdade, do princípio democrático e do princípio do Estado de direito”. No mesmo sentido, Júlio Silva¹²⁷, para quem a teoria liberal ou libertária acerca da liberdade de expressão corrói a igualdade, em especial, a igualdade política.

A despeito da condição liberal acima indicada, a liberdade de expressão do pensamento também pode ser classificada, ainda de acordo com Jónatas Machado como direito de segunda geração, ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos que requerem “capacidade de prestação do Estado” e que impactam o “âmbito da liberdade de expressão”, obrigando a uma nova interpretação ou “reinterpretação dos direitos, liberdades e garantias como *direitos sociais em sentido amplo*”, fornecendo “coordenadas normativo-institucionais à luz das quais deve ser equacionada, compreendida e delimitada a intervenção do Estado na disciplina das liberdades comunicativas”, compreendendo-se que “o conhecimento é poder e em que a informação é um

¹²² FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.**

¹²³ ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776.**

¹²⁴ FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira.** São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 128.

¹²⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 61 e 79.

¹²⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 83.

¹²⁷ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Tese.** Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

bem de primeira necessidade”¹²⁸, demandando, desse modo, políticas públicas específicas para a comunicação social, em especial.

No mesmo sentido, Christiano Taveira menciona que os direitos relacionados à liberdade de expressão também podem ser compreendidos “sob uma ótica democrática”¹²⁹. E por esse motivo, “subsistiria ao Estado um dever de agir ... para assegurar a promoção de princípios constitucionais como o pluralismo e a garantia efetiva do Estado Democrático de Direito”. Indica ainda o autor o caráter instrumental da liberdade de expressão considerando “a sua tarefa de ferramenta para o exercício de outros direitos e, em última *ratio*, para o regular funcionamento da democracia.”¹³⁰. De acordo com Cass Sunstein¹³¹ a liberdade de expressão é condição para a democracia.

A liberdade de expressão além de ser uma forma de difusão de ideias, também difunde valores culturais¹³², e por esse e outros motivos, pode estar, conforme já indicado nos parágrafos precedentes, atrelada aos direitos de segunda geração que pressupõe ação positiva do Estado mediante políticas públicas. Considerando-se aqui que os valores culturais são indispensáveis à dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade, conforme artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Essas ações positivas são instrumentalizadas pelo direito, pois o direito pode ser considerado uma “ordem de equilíbrio entre as liberdades coexistentes”, a ele cumprindo “ordenar, de forma equilibrada, a tutela da liberdade de expressão e comunicação e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos fundamentais causadas por essa liberdade, principalmente contra as violações levadas a cabo pelos veículos de comunicação de massa”.¹³³

No mesmo sentido, Christiano Taveira¹³⁴ menciona que a liberdade de expressão é “verdadeira liberdade pública”, ou em outros termos, “direitos de defesa”, o que exige do Estado “um dever de ‘não fazer’”, exemplificado na ideia de “não censurar, “não cercear a liberdade de expressão e opinião”, “não impor excessivas obrigações positivas às empresas difusoras de informação”. De outro lado, os direitos relacionados à liberdade de expressão do pensamento também configuram “como direitos a prestações, em que caberia ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais”, caracterizam-se, portanto, também como direitos de segunda geração, o que exige do Estado “uma postura ativa, ou seja, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais”.

Tais prestações materiais, positivas do Estado são institucionalizadas por políticas públicas instrumentalizadas pelo direito, sendo este considerado objeto, arranjo institucional, ferramenta e vocalizador de demandas das políticas públicas¹³⁵. Nesse sentido, o direito à

¹²⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 88.

¹²⁹ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 18/19

¹³⁰ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 62.

¹³¹ SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press: New York, 1995.

¹³² FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹³³ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

¹³⁴ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 18/19.

¹³⁵ COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Ed. UNESP; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013, p. 181-200.

liberdade de expressão somente “será plenamente exercido se todos tiverem as mesmas condições de fazê-lo”¹³⁶.

Geórgia Moraes exemplifica um instrumento de ação estatal relacionado às políticas públicas de comunicação para garantir o pleno e amplo exercício da liberdade de expressão

Logo, quando o legislador garantiu o estabelecimento de percentuais para programação regional, por exemplo, está claro que seu objetivo não era cercear a liberdade de expressão dos veículos, mas apenas garantir que as populações das diversas regiões do Brasil, com suas diferentes características culturais, obtivessem as mesmas condições de exercer a liberdade de expressão¹³⁷.

Para Daniel Sarmento o entendimento de que a liberdade de expressão configura-se um direito negativo e que pressupõe a abstenção do Estado, limitando-se assim as ações do Estado para que ele não impeça e nem coíba a manifestação do pensamento é uma concepção incompleta. De acordo com Daniel Sarmento,

Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público.¹³⁸

Tratando dos direitos fundamentais em geral e não especificamente da liberdade de expressão, argumenta Daniel Sarmento que “Sob esta nova perspectiva, os poderes públicos têm não apenas o dever de absterem-se de violar estes direitos, mas também a obrigação de promovê-los concretamente, e de garanti-los diante de ameaças decorrentes da ação de particulares e de grupos privados.”¹³⁹

Especificamente em relação à liberdade de expressão reconhece-se a “necessidade de intervenção estatal que vise a pluralizar as vozes na arena pública e a assegurar a possibilidade real de expressão aos integrantes das camadas subordinadas da sociedade.”¹⁴⁰

Ainda de acordo com Daniel Sarmento a Constituição Federal de 1988, se “interpretada com os olhos voltados para a realidade empírica do país, requer esta leitura não absenteísta das nossas liberdades comunicativas.”¹⁴¹

Em outros termos

a liberdade de expressão não pode ser privilégio da pequena elite que possui os jornais, emissoras de rádio e de televisão, ou que tem os recursos para adquirir o tempo ou o espaço nestes veículos necessários

¹³⁶ MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C; S. Santos (Orgs). **Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 266.

¹³⁷ MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C; S. Santos (Orgs). **Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 266.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

para a exposição das suas idéias. Ela deve valer para todos. E sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos.¹⁴²

É forçoso concluir que a Constituição de 1988, na linha esboçada por Daniel Sarmento, não tem concepção libertária.¹⁴³

Essa atuação do Estado foi potencializada pelo Estado de Bem-Estar Social em todos os campos da vida social, inexistindo,

qualquer motivo para que deixe de atuar na concretização da *liberdade de expressão*. Daí o reconhecimento da necessidade de promoção de medidas positivas para possibilitar aos cidadãos o recebimento de informações plurais e independentes de interesses meramente empresariais, neutralizando o poder dos oligopólios midiáticos em favor do dissenso de ideias.”¹⁴⁴

Essas ações estatais de acordo com André Bezerra estariam “aptas a fomentar o pluralismo de opiniões, sob o amparo de ordenamentos jurídicos que impõem ao Estado o dever de agir na efetivação dos direitos fundamentais, no que se inclui a liberdade de expressão.”¹⁴⁵

Diante disso, considera-se que não só os direitos sociais pressupõem atuação estatal, “também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal”¹⁴⁶. A prestação estatal consiste na criação de instituições e de “procedimentos necessários ao seu exercício”¹⁴⁷, a proibição ao discurso de ódio, seria um exemplo.

Além dessa dupla possibilidade de classificação quando relacionada aos direitos fundamentais – direitos de primeira e segunda geração - a liberdade de expressão, segundo Edilson Farias, também pode ter uma concepção dual, em uma perspectiva subjetiva, protetora da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento da personalidade, e em uma perspectiva objetiva, como valor de “proteção ao regime democrático e que garante a participação dos cidadãos no debate público e na vida pública”¹⁴⁸.

De acordo com Edilson Farias a perspectiva subjetiva ou libertária da liberdade de expressão corresponde ao ideário do liberalismo clássico e tem como expoentes teóricos John Milton, John Stuart Mill, Oliver Wendell Holmes, Ronald Dworkin, dentre outros, e está centrada na busca da verdade, da autonomia privada e discursiva e da autoexpressão individual. Essa concepção ou corrente teórica advoga que a “coletividade deve abster-se de intervir na liberdade de expressão e comunicação para que não haja agressão à dignidade da pessoa humana.”¹⁴⁹

A visão de um individualismo ou subjetivismo exacerbado defende a ideia de proibição de “toda e qualquer forma de intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão e

¹⁴² SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº. 16, 2007.

¹⁴⁴ BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. **Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012, p.135.

¹⁴⁵ BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. **Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012, p. 139.

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

¹⁴⁸ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

¹⁴⁹ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64.

comunicação, não importando que a regulação estatal vise a ampliar e não a restringir a efetiva comunicação entre todos os cidadãos.”¹⁵⁰

A concepção liberal pressupõe a liberdade de expressão como “uma liberdade negativa ... um direito fundamental de defesa dirigido contra o Estado, exigindo unicamente a abstenção deste para a ocorrência da ampla difusão das idéias e notícias.”¹⁵¹ Logo são direitos de primeira geração, conforme acima mencionado.

Para Cass Sunstein essa perspectiva trata-se de uma “espécie de economia neoclássica, com a celebração do laissez-faire e da mão invisível para a palavra”¹⁵², sendo que para o mesmo autor “a noção de ‘laissez-faire’ é não mais que um mito – um erro conceitual – para a palavra tanto quanto para a propriedade”¹⁵³ (tradução nossa)¹⁵⁴¹⁵⁵.

A liberdade de expressão nos EUA então, segundo Cass Sunstein “aproxima-se de um sistema de mercado privado não regulamentado. Ele opera de maneira similar a outros mercados, como aqueles para carros, escovas, cereal e sabão”¹⁵⁶. (tradução nossa).¹⁵⁷

Cass Sunstein critica ainda a posição absolutista acerca da liberdade de expressão e que advoga a ideia de que “Qualquer um pode dizer qualquer coisa a qualquer tempo”¹⁵⁸. (tradução nossa)¹⁵⁹. Isso, contudo, segundo o autor não é verdadeiro, indicando até mesmo que alguns discursos são proibidos. A título ilustrativo, Cass Sunstein menciona inúmeras hipóteses legais restritivas à liberdade de expressão do pensamento no ordenamento jurídico norte-americano, dentre elas: perjúrio, ameaças, subornos, propaganda falsa, pornografia infantil, assédio sexual e no trabalho. Entre nós, podem ser citados, como exemplos, a calúnia, a injúria e a difamação, a propaganda enganosa e abusiva, o comercial de tabaco e bebidas alcoólicas em determinados horários, dentre outros.

Contudo, observe-se que mesmo nos Estados Unidos, onde aparentemente vigora a primazia da liberdade de expressão, amparada na Primeira Emenda que dispõe que “O Congresso não legislará ... cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa”, parte da teoria norte-americana, em especial, os “juristas norte-americanos mais sensíveis aos reclamos da democracia e da igualdade”, dentre os quais podem ser citados Sunstein, Fiss, Meiklejohn, Justice Brandeis, dentre outros, sugerem “um *New Deal for Speech*”, indicando ainda “a completa inadequação da filosofia norte-americana sobre a liberdade de expressão às condições do mundo moderno”¹⁶⁰.

Para essa perspectiva objetiva, madisoniana, democrática, coletivista ou ativista sobre a liberdade de expressão vigora o entendimento desse direito “como uma liberdade positiva ... um direito fundamental à prestação que exige também uma ação positiva do Estado, quando indispensável para promover a livre comunicação”¹⁶¹, pressupondo, portanto, ações positivas do

¹⁵⁰ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71.

¹⁵¹ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

¹⁵² SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press: New York, 1995, p. xviii.

¹⁵³ SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press: New York, 1995, p. 41.

¹⁵⁴ Os trechos citados de Cass Sunstein foram traduzidos livremente pelo primeiro autor.

¹⁵⁵ No original: “a species of neoclassical economics – into a celebration of laissez-faire and the ‘invisible hand’ for speech”. “The notion of ‘laissez-faire’ is no less a myth – a conceptual error – for speech than it is for property”.

¹⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press: New York, 1995, p. 17.

¹⁵⁷ No original: “approaching a system of unregulated private markets. Its operation is broadly similar to that of other markets, like those for cars, brushes, cereal, and soap”.

¹⁵⁸ SUNSTEIN, Cass. R. **Democracy and the problem of free speech**. The Free Press: New York, 1995, p. 126.

¹⁵⁹ No original: “Anyone may say anything at any time”.

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n°. 16, 2007.

¹⁶¹ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

Estado, consistentes “em prestações normativas (aprovação de leis sobre o direito de informar) ou prestações materiais (meios ou instrumentos para o exercício da liberdade de informar)”, ou seja, o Estado deve “fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alcapão verbal judicialmente formulado”¹⁶².

A concepção objetiva, conforme Edilsom Farias, tem James Madison, “mentor da Primeira Emenda, que inscreveu a liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental no texto da Constituição norte-americana”, como o principal expoente teórico, e que “entendia que o principal escopo da liberdade de expressão e comunicação era servir de instrumento para a soberania popular construir e manter um autogoverno democrático” e tem como “propósito maior ... a proteção da liberdade de expressão e comunicação como ferramenta privilegiada para a realização da democracia deliberativa” e é “essencial para a consecução do autogoverno popular”¹⁶³.

Essa concepção tem uma “Preocupação com a dimensão isegórica da política, ou seja, com o direito equitativo de portar a palavra em foro público”¹⁶⁴, pois quando algumas vozes são protegidas e outras atrofiadas (pelo dinheiro, pela falta de acesso, etc.) quem perde é a democracia, pois o debate público fica enfraquecido.

De acordo com Edilsom Farias, o maior expoente teórico contemporâneo da corrente objetiva/madisoniana é Alexander Meiklejohn, para quem a liberdade de expressão “cumpre dupla função na democracia”. A primeira, “informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Desta forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes”. A segunda, a “função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes”¹⁶⁵.

Pelo que se viu até aqui, até mesmo nos Estados Unidos, em que aparentemente a normatividade constitucional proíbe qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão, desde sempre, “estabeleceu-se um debate em torno da interpretação da Primeira Emenda entre os que advogavam ser a liberdade de expressão e comunicação insusceptíveis de restrição (absolutistas) e os que defendiam restrições razoáveis à referida liberdade”¹⁶⁶.

O mesmo Edilsom Farias arremata, “Mas, na realidade, a concepção absolutista nunca passou de um dogma nem chegou a seduzir a maioria dos membros da Suprema Corte daquele país.”¹⁶⁷

No entanto, essa percepção quanto ao entendimento da Suprema Corte norte-americana acerca da liberdade de expressão não é inequívoca. Christiano Taveira, por exemplo, menciona que nos EUA e com as decisões da Suprema Corte dá-se uma posição preferencial à liberdade

¹⁶² FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 87.

¹⁶³ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 68-69.

¹⁶⁴ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. Tese. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009, p. 138.

¹⁶⁵ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

¹⁶⁶ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 243.

¹⁶⁷ FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 243.

discursiva se comparada a outros direitos fundamentais¹⁶⁸. No mesmo sentido Daniel Sarmiento indica a primazia da teoria libertária nos Estados Unidos¹⁶⁹.

Segundo Christiano Taveira, o STF, na decisão proferida na ADPF 130, aproximou-se “da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte americana” e “na hipótese de colisão de princípios constitucionais, a liberdade de expressão – a despeito de não se revestir de um caráter absoluto - possui um caráter de preferência, em tese, sobre os direitos de personalidade”¹⁷⁰. Sendo essa a teoria prevalecente no “cenário jurídico norte-americano”, que consiste que “em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda possuiria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais.”¹⁷¹ Contudo, há divergências teóricas em relação a essa interpretação sobre a decisão do STF na ADPF 130¹⁷².

Diversamente dessa abordagem dual, Jónatas Machado, por sua vez propõe um outro enfoque acerca da liberdade de expressão, apartada das ideias acima apresentadas, definida aqui como enfoque ou abordagem pluralista. Machado alega que em sua tese “rejeita-se uma abordagem das liberdades comunicativas centrada, quer unicamente na autonomia individual, quer exclusivamente no funcionamento do sistema político, posições ... que em boa medida polarizam a discussão em torno do tema em análise”¹⁷³, como visto acima.

Para Jónatas Machado “além da expressão individual ou das exigências imediatas do funcionamento do sistema político, a vida desenvolve-se noutras esferas comunicativas estruturadas, como a economia, a ciência, a religião, a cultura, o desporto, a arte, as relações sociais, etc.”, e nesse sentido, advoga a tese de que a liberdade de expressão deve “proteger todos os conteúdos expressivos característicos dos diferentes sub-sistemas sociais, sem proceder, à partida, à sua hierarquização.”¹⁷⁴ Diante disso, o âmbito de proteção da liberdade de expressão não pode ser estritamente o discurso político, outros também devem ser privilegiados¹⁷⁵.

Em uma aparente crítica a teoria habermasiana, Jónatas Machado discorre acerca da liberdade de expressão relacionada à comunicação não racional, como a religiosa, por exemplo. Para Jónatas Machado “Uma correcta interpretação das liberdades de comunicação deve compreender o sujeito não apenas nas suas dimensões racionais e intelectuais, mas também nas de natureza espiritual, moral, emocional, passional e mesmo física e sexual”. Ademais, a compreensão desse direito deve considerar “um sistema social hipercomplexo, funcionalmente diferenciado, comunicativamente estruturado e em permanente transformação”, enfatizando, por esses motivos, “que as liberdades da comunicação não podem ser arbitrariamente amputadas através da concessão de um privilégio epistemológico à *razão* nas suas formas *pura, prática, pública e comunicativa* e da preterição da *emoção pura, prática, pública e comunicativa*” e

¹⁶⁸ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n°. 16, 2007.

¹⁷⁰ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 116.

¹⁷¹ TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. **Tese**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010, p. 150.

¹⁷² Ver em especial COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 10(1), p. 119-154, 2014.

¹⁷³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 129/130.

¹⁷⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 129/130.

¹⁷⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

finaliza afirmando que “As liberdades da comunicação devem ser interpretadas como protegendo todas as formas que os indivíduos autonomamente valorizem por um motivo ou por outro”¹⁷⁶.

Ao mencionar as teorias dos grupos minoritários relativas à comunicação social Jónatas Machado indica que tentativas de dar voz a esses grupos “apontam para a necessidade de uma intervenção correctiva do Estado, que amplifique a voz dos grupos comunicativamente mais desfavorecidos, havendo lugar a medidas de *affirmative action* no plano comunicativo.”¹⁷⁷ Trata-se, portanto, das políticas públicas de comunicação, conforme já mencionado.

Na seção que segue será tratada a questão do discurso de ódio.

3. O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO

A diversidade e o pluralismo são características que conformam a liberdade de expressão, sobretudo em sociedades multiculturais como o Brasil. Para além da possibilidade de manifestar o pensamento, opiniões e sentimentos, atualmente, o acesso à internet e, sobretudo, às redes sociais intensificou o dissenso ao assegurar que grupos, historicamente afastados da esfera de debate público, pudessem divulgar os seus conteúdos, com extrema rapidez e abrangência.

Essa realidade acentua a necessidade de discutir a amplitude que deve ser conferida à liberdade de expressão e acerca de quais são as respostas constitucionalmente adequadas para combater os discursos de ódio (*hate speech*).

Os posicionamentos assumidos pela Suprema Corte norte-americana revelam uma defesa bastante ampla da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos e, dessa maneira, garantem os discursos de ódio e, assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas podem ser proibidas ou penalizadas, ressalvadas apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, possam provocar uma imediata reação violenta da audiência (*fighting words*)¹⁷⁸.

De outro lado estão países, como o Canadá e a Alemanha, por exemplo, que sustentam que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais da convivência social como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais das vítimas¹⁷⁹.

A posição de não admissão do *hate speech* vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como, por exemplo, Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001.

Conforme Rosane Leal da Silva et al, o “discurso de ódio” revela-se pelo conteúdo segregacionista, discriminatório dirigido às pessoas que compartilham de alguma característica que as tornam componentes de um grupo, ou seja, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido, tido como inferior. Salientam, ainda, que tais manifestações insultam diretamente à vida, afetando a dignidade de determinado grupo de pessoas que partilham de um traço comum. E, ao mesmo tempo, instigam os leitores/ouvintes a participar do discurso discriminatório, não somente com palavras, mas também com ações¹⁸⁰.

No mesmo sentido, Thiago Dias Oliva afirma que o discurso de ódio – entendido como a visão mais radical do discurso discriminatório – por definição: a) é um ato discursivo tendo um caráter eminentemente comunicativo; b) intimida os grupos fazendo com que deixem o espaço

¹⁷⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 154.

¹⁷⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 189.

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁸⁰ SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, Dez. 2011. p.445-468.

público ao mesmo tempo em que instiga as demais pessoas a rejeitar esses mesmos grupos; c) revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, buscando negar a esses o acesso a direitos¹⁸¹.

Portanto, o discurso de ódio caracteriza-se pela propagação de mensagens que “estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados”.¹⁸²

Pelo exposto, o discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, consequentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não-discriminação e da dignidade da pessoa humana, estando a possibilidade de limitação a tais discursos conectada ao ideal madisoniano/democrático da liberdade de expressão do pensamento. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a proscrever os discursos altamente discriminatórios, conforme mencionado na seção precedente.

Importante, então, a determinação de parâmetros que permitam a consideração de um discurso como sendo de ódio, uma vez que as ideias e opiniões impopulares não podem se tornar reféns das concepções politicamente corretas, sob pena de minar a abertura e a pluralidade exigidas pelo regime democrático e que orientam a formatação jurídica da sociedade brasileira¹⁸³.

O reconhecimento da necessidade de promover um maior consenso global sobre a relação apropriada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade, levou a Artigo 19 a elaborar os “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”, recomendando que os Estados observem os seguintes critérios para o enquadramento de uma mensagem como sendo de ódio: i. severidade: a ofensa deve ser “a mais severa e profunda forma de opróbrio”; ii. intenção: deve haver a intenção de incitar o ódio; iii. conteúdo ou forma do discurso: devem ser consideradas a forma, estilo e natureza dos argumentos empregados; iv. extensão do discurso: o discurso deve ser dirigido ao público em geral ou à um número de indivíduos em um espaço público; v. probabilidade de ocorrência de dano: o crime de incitação não necessita que o dano ocorra de fato, entretanto é necessária a averiguação de algum nível de risco de que algum dano resulte de tal incitação; vi. iminência: o tempo entre o discurso e a ação (discriminação, hostilidade ou violência) não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado; vii. contexto: o contexto em que é proferido o discurso é de suma importância para verificar se as declarações têm potencial de incitar ódio e gerar alguma ação¹⁸⁴.

No âmbito interamericano, fixando a limitação excepcional à liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o seguinte parecer consultivo:

[...] nos termos da Convenção, as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser aquelas *necessárias para assegurar* a obtenção de certos fins legítimos, ou seja, não basta que a restrição seja *útil* para a obtenção deste fim, isto é, que se possa alcançar através dela, mas deve ser necessária, ou seja, que não possa ser alcançada razoavelmente por outro meio menos restritivo a um direito protegido pela Convenção (CIDH: Parecer Consultivo 5/85)¹⁸⁵ - destacadas no original.

¹⁸¹ OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. **Dissertação** (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹⁸² STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v.10, n. 2, 2015.

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁸⁴ ARTIGO 19. **Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade**. Londres: Artigo 19, 2009.

¹⁸⁵ Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 21.

Reafirma o mesmo posicionamento no julgamento do caso Kimel Vs. Argentina:

78. A Corte não considera contrária à Convenção qualquer medida penal a propósito da expressão de informações ou opiniões, mas esta possibilidade deve ser analisada com especial cautela, ponderando a respeito a extrema gravidade da conduta realizada pelo emissor daquelas, o dolo com o qual atuou, as características do dano injustamente causado e outros dados que manifestem a absoluta necessidade de utilizar, de forma verdadeiramente excepcional, as medidas penais. Em todo o momento, o ônus da prova deve recair em quem formula a acusação. Nesta ordem de considerações, a Corte observa os movimentos na jurisprudência de outros Tribunais encaminhados a promover, com racionalidade e equilíbrio, a proteção que merecem os direitos em aparente disputa, sem debilitar as garantias que a livre expressão requer como sustentáculo do regime democrático (CIDH: Kimel Vs. Argentina, 2008)¹⁸⁶

Portanto, a dignidade constitucional atribuída à liberdade de expressão significa que, na “ponderação entre os direitos envolvidos, esta recebe de início um peso maior, exigindo-se que a pessoa prejudicada por uma mensagem prove o dolo ou culpa grave para conseguir êxito em uma ação ajuizada contra o meio de comunicação, ou seja, o ônus argumentativo para a restrição fica a cargo daquele que alega a violação”¹⁸⁷.

Cabe realçar que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), em seu Art. 18, isenta o provedor de conexão à internet de responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Isso porque prevaleceu o entendimento de que eles são meros canais e por isso não têm a possibilidade de controlar o conteúdo criado e divulgado pelos seus usuários.

Já, no art. 19 trouxe previsão geral no sentido de que os provedores de aplicação de internet somente serão civilmente responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tornarem o material indisponível no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo assinalado. Essa previsão legal fixa o momento a partir do qual o provedor de aplicações de internet pode se tornar civilmente responsável pelos danos decorrentes de conteúdo criado e divulgado pelos usuários, modificando a jurisprudência que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o provedor de aplicações de internet seria responsável de forma objetiva ou caso não procedesse à remoção após o recebimento de notificação extrajudicial encaminhada por quem se sentisse lesionado/incomodado com o conteúdo (*notice and take down*).

Parece-nos, portanto, que o legislador adotou o entendimento de uma “presunção de inconstitucionalidade” de medidas de controle de conteúdo feitas diretamente pelos usuários sem passar por uma ponderação judicial entre os bens constitucionalmente protegidos como, por exemplo, direitos de personalidade. Em outras palavras, houve a prevalência pela efetividade do direito de expressão, sem prejuízo de ordem judicial para a retirada de conteúdo e apenas a partir do descumprimento da referida ordem há possibilidade de responsabilização do provedor de aplicação.

A seção seguinte analisa julgamentos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao discurso de ódio na internet e a possibilidade de imposição de limites a esse tipo de discurso.

¹⁸⁶ Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 279.

¹⁸⁷ STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** (UFSM), v.10, n. 2, 2015.

4. MÉTODOS E TÉCNICAS UTILIZADOS NA PESQUISA JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: o exercício e os limites da liberdade de expressão nas redes sociais x discurso de ódio na visão da Corte

Os métodos e técnicas utilizados para a elaboração do presente artigo foram semelhantes ao que foi proposto no projeto de pesquisa principal da qual decorre este trabalho. Para tanto, foram pesquisadas no *site* do Supremo Tribunal Federal ações relacionadas com a temática do discurso de ódio nas redes sociais. O recorte temporal da pesquisa compreendeu o período de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016 – recorte temporal semelhante ao da pesquisa principal.

A pesquisa foi realizada no mês de setembro de 2017 no portal do Supremo Tribunal Federal onde há um sistema de pesquisa de jurisprudência através de palavras-chave.

A pesquisa realizada no site do STF utilizou os termos “discurso de ódio” e “hate speech”. Os mesmos argumentos foram utilizados em solicitação de pesquisa jurisprudencial à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do próprio Supremo.

Com esses termos a pesquisa retornou com 9 (nove) referências. Considerando a leitura dos documentos localizados e o objetivo deste artigo – analisar decisões do STF relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais - selecionou-se para análise 2 (duas) ações: o HC 109676 e a Rcl 11292, conforme quadro abaixo.

As outras 7 (sete) referências foram excluídas da análise pois não integram o escopo do artigo. O RE 898450 foi excluído da análise pois a expressão discurso de ódio apareceu na busca apenas na indexação do acórdão, o RHC 135825 não está relacionado à temática da liberdade de expressão, no RE 683751 a expressão está contida em uma referência bibliográfica da decisão, a Rcl 15887 tratou do direito a reunião e de manifestações públicas, o RE 638565 tratou do discurso de ódio em notícia jornalística, o MI 4733 foi excluído da análise por não haver decisão proferida no processo e a AC 2685 proferida no RE 638565, onde o termo constou em referência bibliográfica, como mencionado.

Apesar de não ter o termo indexado na pesquisa realizada no site do STF, no Brasil, a discussão sobre o discurso de ódio – atrelado a um conteúdo racista – ocorreu, em 2003, no julgamento do HC 82.424-2 em que houve a condenação de Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., pelo crime de racismo em virtude de ter sido autor de obras com conteúdo racista, antissemita e discriminatório. Fixou-se, nesse julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que devem ser rechaçadas¹⁸⁸. Apesar de ser considerado um caso paradigmático na jurisprudência do STF, o caso Ellwanger não será analisado no presente trabalho pois não tratou do discurso de ódio nas redes sociais.

O quadro abaixo apresenta as ações analisadas no presente trabalho:

Quadro 1 – Ações pertinentes à temática discurso de ódio nas redes sociais localizadas em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência

Ação: HC 109676/Rio de Janeiro

Impetrante: Eduardo Banks dos Santos Pinheiro

Paciente: Vital da Cruz Mendes Curto

Objeto: Inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal

Tempo: ajuizamento: 03/08/2011/decisão liminar: não /definitiva: 11/06/2013.

Relator: Luiz Fux

Decisão: Unânime (x) Maioria () Monocrática () Turma (X)

Ação: Rcl 11292

¹⁸⁸ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus**. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003.

Reclamante: Projeto Esperança Animal
Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Objeto: Cassação do acórdão reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130
Intimado: Os Independentes
Liminar: sim.
Tempo: ajuizamento: 21/02/2011 decisão liminar: 28/02/2011 definitiva: pendente
Relator: Roberto Barroso/Joaquim Barbosa
Decisão: Unânime () Maioria () Monocrática (X)

Fonte: elaborado pelos autores com base na pesquisa realizada no site do Supremo tribunal e junto à Seção de Pesquisa de Jurisprudência.

Para a análise do objetivo específico da presente pesquisa, o método utilizado foi o indutivo, analisando-se as ementas, acórdãos, relatórios e votos dos relatores. Na proposta da pesquisa principal, essa questão foi evidenciada, indicando-se que especial atenção na análise seria conferida à ementa e ao acórdão, pois considera-se, que esses documentos expressam “os únicos dois produtos coletivos do processo de decisão”¹⁸⁹ (tradução nossa¹⁹⁰) do Supremo.

Ademais, reconhece-se aqui também que ao relator são atribuídas inúmeras funções decisórias, como por exemplo: ordenar e dirigir o processo, submeter questões de ordem ao plenário, determinar as medidas em caráter de urgência, com apreciação *ad referendum* do colegiado, pedir dia para julgamento dos processos quando já tiver proferido o seu voto. Ainda pode arquivar ou negar recurso intempestivo, incabível ou que contraria jurisprudência do tribunal, dentre outras funções.

Para a análise dos julgados considerou-se: quem foi o proponente da ação; qual o pedido/objeto da ação; a época do ajuizamento e a efetiva decisão proferida; decisão consensual ou não, ou em outros termos, se a decisão foi tomada de forma unânime ou por maioria de votos.

Na análise das ações, os argumentos dos Ministros relatores foram reproduzidos em trechos e na íntegra.

A metodologia de trabalho está alinhada ao que foi definido por Maria Bucci como “família de casos” ou “casotecas”, pois o “tratamento sistemático de políticas públicas em conjuntos de casos comparáveis visa conferir profundidade ao método”¹⁹¹.

É ainda salutar ressaltar que trabalhos e pesquisas jurídicas invariavelmente não fazem um recorte específico em relação às decisões jurisprudenciais a serem analisadas, utilizam-se costumeiramente de casos esparsos e isolados. O presente trabalho procurou sistematizar decisões do Supremo relacionadas ao discurso de ódio nas redes sociais, no período compreendido de 05 de outubro de 1988 a 31 de dezembro de 2016, conforme já mencionado, esperando contribuir, desta forma, com a produção do conhecimento científico acerca de decisões do Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao discurso de ódio nas redes sociais.

4.1. HC 109676

De acordo com o relatório do ministro Luiz Fux, “Ao paciente foi imputada a prática do crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (Crime de Injúria, consistente na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (redação dada pela Lei nº 10.741/2003)”, pois o paciente “teria chamado o Desembargador Luiz Zveiter de ‘Judeu de merda’ em manifestação veiculada via internet”¹⁹².

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberation. *IJCL*, v. 11, n. 3, 557-584, 2013, p. 568.

¹⁹⁰ No original: “the only two collective products of this decision-making process”.

¹⁹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

¹⁹² JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **HC 109676**. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013.

A Ementa da decisão do colegiado da Turma do STF dispôs, dentre outras questões, que “O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia interracial, com repúdio ao discurso de ódio.”¹⁹³ Esse trecho da ementa acerca do discurso de ódio é uma repetição de fragmento do voto do ministro relator baseado na obra bibliográfica de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, denominada Curso de Direito Constitucional, editado pela Editora Saraiva.

O Acórdão, por sua vez, indica que “por unanimidade de votos”, a Turma denegou “ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator”.¹⁹⁴

Verifica-se, no caso, que o crime de injúria racial fora cometido via internet, mais especificamente, em portal de loja maçônica presidido pelo ofendido. A temática do discurso de ódio foi muito pouco explorada na decisão da turma, configurando apenas em decorrência de uma citação bibliográfica. No entanto, na decisão, a Turma reconhece expressamente a existências de limites constitucionais para a liberdade de expressão, repudiando-se o discurso de ódio.

4.2. Rcl 11292

No relatório da decisão monocrática, em sede de liminar, o então ministro relator Joaquim Barbosa, aduz que “o objetivo da ação em referência (que tramitou na Justiça Estadual Paulista, acréscimos nossos) foi silenciar denúncia de maus tratos de animais em rodeios promovida pelo reclamante por meio de seu sítio na rede mundial de computadores.”¹⁹⁵

Dentre outros pedidos acolhidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, reclamado na ação, ficou consignada a vedação para “que a Ré (ora reclamante, acréscimo nosso) vincule, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor (Os Independentes, acréscimo nosso) ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos, com tortura ou maltrato de animais”.¹⁹⁶

A reclamação, de acordo com o ministro relator, “pretende obter, no mérito, a cassação do acórdão reclamado por violação ao entendimento adotado por esta Corte na ADPF 130, rel. min. Carlos Britto, Pleno, DJe 06.11.2009, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.”¹⁹⁷

No voto, o ministro Joaquim Barbosa, entendendo que o acórdão da justiça paulista afronta a decisão proferida na ADPF 130, se manifesta no sentido de que “Salvo raríssimas exceções – penso, por exemplo, na proibição do discurso de ódio existente em várias democracias –, não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões”, alegando ainda que “Há espaço suficiente para diferentes opiniões na esfera pública e é importante para a democracia brasileira que continue assim.”¹⁹⁸ Com esses argumentos, o ministro relator defere a liminar suspendendo os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Neste caso, em sede de decisão liminar monocrática, verifica-se novamente que o STF não enfrentou de forma aprofundada e detalhada a temática do discurso de ódio, no entanto, na Rcl 11292 a decisão liminar indica, mesmo que sutilmente, que caberia ao Estado e ao Judiciário proscrever o discurso de ódio. A despeito disso, o ministro entendeu que não havia ofensas nas

¹⁹³ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **HC 109676**. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013.

¹⁹⁴ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **HC 109676**. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013.

¹⁹⁵ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 11292**. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011.

¹⁹⁶ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 11292**. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011.

¹⁹⁷ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 11292**. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011.

¹⁹⁸ JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 11292**. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011.

manifestações da reclamante e por esse motivo, deferiu a liminar, suspendo a proibição imposta pelo TJSP.

5. CONCLUSÕES

Este artigo buscou analisar como o STF se posicionou diante de casos que envolvem o discurso de ódio veiculado nas redes sociais em ambiente virtual. A pesquisa frisou a necessidade de uma conceituação criteriosa para a qualificação de uma mensagem como sendo de ódio, destacando o viés segregacionista, discriminatório e de instigação dos leitores/ouvintes, não somente para propagar/espraçar os discursos discriminatórios, mas para a prática de ações violentas em face de grupos vulneráveis. Diversos, como visto, devem ser os aspectos ponderados para qualificar um discurso como de ódio, pois tal qualificação pode ensejar a exclusão deste do âmbito protetivo da liberdade de expressão.

No entanto, a pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal sugere, considerando o baixíssimo número de casos apreciados pela Corte que foram encontrados, que a temática do discurso de ódio nas redes sociais ainda não compõe a pauta do Supremo, sendo necessário um maior repertório de casos para se extrair uma linha mestra de interpretação do tribunal.

O baixo número de casos encontrados também pode sugerir uma falha na indexação de processos que eventualmente discutiram o discurso de ódio *online* mas que não foram selecionados na busca, situação que dificulta sobremaneira a realização de pesquisas no STF, sugerindo-se aqui um aprimoramento na indexação dos termos de pesquisa, tanto no *site* quanto na seção de pesquisa de jurisprudência do STF.

A despeito dessas dificuldades, a pesquisa indica uma tendência do STF em não admitir o discurso de ódio nas redes sociais, tendo em vista a manutenção da condenação do paciente no caso do HC 109676, bem como a orientação expressa, na Rcl 11292, no sentido de que não cabe ao Estado, nem mesmo ao Judiciário, proibir ou regular opiniões, salvo nos casos de discurso de ódio.

Essas observações permitem indicar também uma inclinação do STF, nos casos relacionados ao discurso de ódio, de seguir as normativas internacionais, de inspiração europeia, que se aproximam da teoria democrática acerca da liberdade de expressão, protegendo-se a dignidade da pessoa humana, afastando-se, deste modo, das orientações da Suprema Corte Norte Americana, de concepção libertária, orientação essa seguida quando da decisão da ADPF 130.

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE HATE SPEECH IN SOCIAL MEDIA: rights exercise versus freedom of speech limits

ABSTRACT: This text is part of ongoing research that investigates Brazilian Supreme Court decisions related to the public policies communications, especially those that deal with the freedom of speech. This paper, supported by bibliographical and documental research, specifically aims to analyze STF decisions related to hate speech in social media, concluding that the hate speech theme has not yet entered in the agenda of the Brazilian Supreme Court, which is one of the limitations of this research, as well is indicated faults in the processes indexing in the STF site, which makes it difficult to carry out researches, pointing out the necessity to improve the indexation of the STF's research terms. For these reasons, this is an innovative article related to STF researchs.

KEYWORDS: Hate speech. Social media. Brazilian Supreme Court.

REFERÊNCIAS

ARTIGO 19. *Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade*. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <
<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles-PORTUGUESE-web.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2017.

BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm> Acesso em: 05 out. 2017.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Políticas Públicas de Comunicação Social e Liberdade de Expressão: os Casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela. *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 11, v. 1, p. 130-140, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Thales Moraes da. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a lei de imprensa na ADPF 130. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 10(1), p. 119-154, 2014.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos A. P. de (Orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Ed. UNESP; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2013, p. 181-200.

ESTADOS UNIDOS. *Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>> Acesso em: 23 de junho de 2017.

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

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 de junho de 2017.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 11292*. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Data do julgamento: DOU 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4033013>> Acesso em: 30 nov.2017

JURISDIÇÃO. Supremo Tribunal Federal. *HC 109676*. Rel.: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: DOU 22/11/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=185401768&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 30 nov.2017

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEIRO, Marco Antonio Correa. Tutela constitucional da liberdade de imprensa. Tese. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2012.

MORAES, Geórgia. A tensão entre liberdade de expressão e direito à informação: empecilho à elaboração de políticas públicas de comunicação. In: RAMOS, M. C; S. Santos (Orgs). *Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas*. São Paulo: Paulus, 2007.

OLIVA, Thiago Dias. *O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:< <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/pt-br.php>>. Acesso em: 20 out.2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, 1965. Disponível em:< <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminaci.htm>>. Acesso em: 15 set.2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata*. Disponível em:< file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Declaracao_Durban.pdf>. Acesso em: 15 set.2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 set.2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 15 set.2017.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº. 16, 2007. Disponível em:< [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 set.2017.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, COMISSÃO DE ANISTIA, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 21. Disponível em:< <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/6-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 25 set.2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão. Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. **2009. 248 f. Tese (Doutorado)**- Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV [online]*, São Paulo, v. 7, n. 2, Dez. 2011. p.445-468. Disponível em: <
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_abstract&tlng=pt
>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding without deliberation*. *IJCL*, v. 11, n. 3, 557-584, 2013.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v.10, n. 2, 2015. Disponível em:<
<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr.2017.

SUNSTEIN, Cass. R. *Democracy and the problem of free speech*. The Free Press: New York, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. 2010. 266 f. **Tese (Doutorado)** - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010.