

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP

FAUSTO KOZO KOSAKA

**A PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA SOB A ÓTICA
CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DIFUSOS DOS TELESPECTADORES**

Piracicaba - São Paulo

2011

FAUSTO KOZO KOSAKA

**A PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA SOB A ÓTICA
CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DIFUSOS DOS TELESPECTADORES**

Dissertação submetida à Universidade Metodista de
Piracicaba para a obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador: Professor Doutor Richard P. Pae Kim

Piracicaba - São Paulo

2011

FAUSTO KOZO KOSAKA

**A PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA SOB A ÓTICA
CONSTITUCIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DIFUSOS DOS TELESPECTADORES**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, na área de concentração “Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos”.

Banca examinadora:

Presidente e orientador: Professor Doutor Richard P. Pae Kim

Membro: Professor Doutor José Antonio Remédio

Membro: Professor Doutor Walter Claudius Rothenburg

Piracicaba/SP, 18 de fevereiro de 2011.

Por tudo que representam em minha vida, dedico este trabalho ao meus pais, Koiti e Mifo, e aos meus irmãos, Fábio e Franco. Sempre me confortaram nas adversidades e me incentivaram para que nunca desistisse de meus objetivos e ideais.

AGRADECIMENTOS

O caminho para se chegar até esta etapa não foi curto e nem fácil. E tampouco teria sido possível sem a inestimável colaboração de inúmeras pessoas. Neste momento não posso me eximir de render minhas sinceras homenagens a todos aqueles que contribuíram de forma decisiva para a conclusão desta árdua empreitada. Penitencio-me e desculpo-me, desde já, por eventual esquecimento, em virtude das limitações de minha memória.

Agradeço ao Prof. Dr. Richard Pae Kim, que com suas elevadas inteligência e sabedoria, orientou-me eficientemente na elaboração deste trabalho. A troca de ideias, as sugestões e críticas, e, sobretudo, a tranquilidade que me transmitiu, foram fundamentais para a conclusão do curso.

Também presto minhas homenagens aos doutores Jorge Luiz de Almeida e José Luiz Gavião de Almeida, professores com quem tive a honra de desfrutar de formidáveis aulas ao longo do curso. Com a simpatia que lhes é peculiar, integraram a banca de qualificação, fornecendo pertinentes contribuições que certamente enriqueceram a versão final deste trabalho.

Honram-me com suas presenças na banca de defesa da dissertação os professores doutores José Antonio Remédio e Walter Claudius Rothenburg, ilustres integrantes do Ministério Público brasileiro.

Não posso deixar de consignar minha estima em relação ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado, pessoa das mais cultas e afáveis que já tive o prazer de conhecer. Externo-lhe a minha gratidão por ter-me feito enxergar que “o mestrado é uma oportunidade para mudar a vida”.

Às minhas colegas da Procuradoria da República do município de Piracicaba, Dra. Camila Ghantous e Dra. Heloísa Maria Fontes Barreto, o meu reconhecimento, pois tiveram que se desdobrar para atender a toda a volumosa demanda de trabalho durante a minha licença para a redação desta dissertação.

Por fim - mas não menos importante - agradeço a todos os funcionários da UNIMEP que, sempre de forma atenciosa e prestativa, auxiliaram-me nesta jornada, especialmente à Sueli, secretária da coordenação do curso, à Dulce, sempre sorridente na Secretaria de Atendimento Integrado de Pós-graduação, e aos bibliotecários e bibliotecárias desta acolhedora Universidade.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado busca analisar a conformação constitucional da produção e da programação das emissoras de televisão aberta sob a perspectiva dos direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados na Constituição Federal (CF), com vistas à proteção dos interesses difusos e coletivos do público telespectador. Com efeito, a veiculação de programas televisivos é atividade exercida ao abrigo da liberdade de expressão e informação, direito fundamental indispensável à democracia. As normas constitucionais que proíbem a censura reforçam a importância dessa liberdade. Não obstante, a liberdade de expressão e informação não é absoluta, podendo vir a colidir com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos igualmente tutelados pela CF. Em algumas hipóteses, a própria CF previu expressamente a necessidade de conciliação entre os direitos em tensão. Em outras, esta harmonização será necessária para a convivência de liberdades contrapostas. Hodiernamente a televisão aberta é um meio de comunicação de massa que exerce forte influência na vida das pessoas, sobretudo naquelas de poder aquisitivo mais baixo e de menor escolaridade. Grande parte da população encontra na televisão a sua principal fonte de informação, cultura e entretenimento. A sua capacidade de interferir na formação da opinião pública e nos hábitos da sociedade é manifesta. Atenta a esta realidade, a CF determina que as emissoras de televisão aberta observem diversos princípios em sua produção e programação. Tais princípios, elencados no art. 221, são os seguintes: “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.” Estes princípios têm como objetivo a proteção dos telespectadores coletivamente considerados, razão pela qual é possível se falar em um direito difuso a uma programação televisiva constitucionalmente adequada. Deveras, as disposições do incisos I, II e III tem por escopo fomentar a satisfação, dentre outros, dos direitos de ser informado, à educação e à cultura, todos titularizados pelo pólo passivo da comunicação, os telespectadores. O inciso IV visa defender o público telespectador em face de programas televisivos que atentem contra relevantes bens jurídicos tutelados pela CF. Além disto, a Magna Carta também prevê a necessidade de implementação de instrumentos para a defesa do público telespectador, como a classificação indicativa. Os mecanismos, extrajudiciais e judiciais, bem como a forma para a concretização da vontade constitucional consignada nas normas que tratam da produção e da programação televisiva, foram abordados ao longo da pesquisa. Destacou-se a importância da atuação do Poder Judiciário nesse campo, com a apresentação de diretrizes a serem observadas pelo julgador para o cumprimento dos mandamentos constitucionais que regem a matéria.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão e informação. Programação televisiva. Interesses difusos. Censura.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the constitutional conformity of production and programming for broadcast television stations from the perspective of fundamental rights and protected legal interests in the Federal Constitution (FC) with a view to the protection of diffuse and collective interests of the viewer public. Indeed, the broadcast television program is an activity carried on under the freedom of speech and information, a fundamental right essential to democracy. The constitutional rules that prohibit censorship reinforce the importance that freedom. Nevertheless, freedom of speech and information is not absolute and could clash with other fundamental rights or legal interests also protected by the CF. In some cases, the CF itself that has given the need to balance the rights in tension. In others, such harmonization is necessary for the coexistence of opposed freedoms. In our times broadcast television is a medium of mass communication that has a strong influence on people's lives, especially those of lower spending power and less schooling. Much of the population find on television their main source of information, culture and entertainment. Your ability to influence the formation of public opinion and habits of society is obvious. Aware of this reality, the Constitution provides that the open television channels to observe several principles in its production and programming. These principles, listed in Art. 221, are as follows: "I - preference to educational, artistic, cultural and informative; II - promotion of national and regional culture and fostering of independent productions aimed at their diffusion; III - regional differentiation of cultural, artistic and journalistic, as percentage established by law; IV - respect for ethical and social values of the person and the family." These principles are intended to protect viewers collectively considered, which is why it is possible to speak of a diffuse right to a constitutionally proper television programming. Indeed, the provisions of paragraphs I, II and III aims to enhance satisfaction, among others, the rights to be informed, to education and culture, all related by the passive pole of reporting, the viewers. The paragraph IV aims to defend the viewer in the face of television programs that violate relevant legal interests protected by CF. Moreover, the Magna Charta also foresees the need for implementation of instruments for the protection of the viewer public, such as parental rating. The mechanisms, extrajudicial and judicial, as well as how to implement the will enshrined in constitutional provisions dealing with production and television programming, were approached during the research. Stood out the importance of judiciary in this field, with the presentation of guidelines to be observed by the judge to fulfill the constitutional provisions governing the matter.

Keywords: Fundamental Rights. Freedom of speech and information. Television programming. Diffuse interests. Censorship.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. - Artigo

CBT – Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei 4.117/62

CDC – Código de Defesa e Proteção do Consumidor – Lei 8.078/90

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EC – Emenda Constitucional

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90

Inc. - Inciso

TAC - Termo de Ajustamento de Conduta

LISTA DE SIGLAS

ABERT - Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão

ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações

ANCINAV - Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual

ANTEC - Associação Nacional de Televisões Educativas e Comunitárias

CCS - Conselho de Comunicação Social

CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CONTEL - Conselho Nacional de Telecomunicações

EBC - Empresa Brasil de Comunicação

EUA – Estados Unidos da América

FCC - *Federal Communications Commission*

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MPF - Ministério Público Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS	22
1.1 Conceitos básicos: Comunicação social, telecomunicação, radiodifusão e televisão	22
1.2 O poder de influência da televisão	25
1.3 Escorço histórico da disciplina jurídica da atividade de exploração da radiodifusão de sons e imagens no Brasil	29
1.4 Regime e disciplina jurídica atual das atividades de radiodifusão de sons e imagens	36
1.4.1 Panorama constitucional e infraconstitucional	36
1.4.2 A radiodifusão de sons e imagens enquanto serviço público	45
1.4.3 A delegação do serviço público de radiodifusão de sons e imagens para particulares ..	48
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	58
2.1 Conceito de direitos fundamentais	58
2.2 A liberdade da manifestação do pensamento e a democracia	61
2.3 A imprecisão terminológica dos direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento	66
2.4 A liberdade de expressão e informação	70
2.4.1 A liberdade de expressão	77
2.4.2 O direito de informação	82
2.4.2.1 O direito de informar	87

	12
2.4.2.2 O direito de informar-se (de acesso à informação)	89
2.4.2.3 O direito de ser informado	90
2.4.3 Críticas à dicotomia liberdade de expressão e direito de informação	92
2.4.4 A liberdade de expressão e informação pelos meios de comunicação social	97
2.5 Proibição à censura	104
2.5.1 Delimitação do conceito de censura	106
3 A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA E OS DIREITOS DIFUSOS DOS TELESPECTADORES	115
3.1 A programação televisiva e a proteção da criança e do adolescente	119
3.1.1 A classificação indicativa de programas televisivos	122
3.1.2 O controle (bloqueio) eletrônico de programas televisivos (<i>V-Chip</i>)	126
3.2 A programação televisiva e o artigo 221 da Constituição Federal	128
3.2.1 O art. 221 da Constituição Federal e a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e a aplicabilidade proposta por José Afonso da Silva	148
3.2.2 Dois casos peculiares: a televisão educativa e a televisão pública	156
3.3 O direito à informação verdadeira	159
3.4 A programação televisiva e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor	161
4 INSTRUMENTOS PARA ASSEGURAR O RESPEITO À CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA	168
4.1 Mecanismos não-judiciais	168
4.2 Mecanismos judiciais: a atuação do Poder Judiciário	182
4.2.1 A intervenção judicial para assegurar a observância da programação televisiva ao disposto no art. 221 da Constituição Federal	184

4.2.2 A máxima da proporcionalidade como meio de controle da discricionariedade do Estado	200
4.2.3 A intervenção do Poder Judiciário na programação televisiva e a censura. Duas coisas que não podem ser confundidas	211
CONCLUSÃO	218
REFERÊNCIAS	230

INTRODUÇÃO

Vive-se hodiernamente em uma sociedade que vem sendo tomada de assalto por um fenômeno a que se tem dado o nome de globalização, onde as fronteiras entre os diferentes espaços territoriais têm sido superadas, cada vez mais, pelos modernos meios de interação social. Símbolo maior da queda – ou, ao menos, da mitigação – das barreiras físicas entre os países, a rede mundial de computadores (*internet*) permite, por exemplo, que com um único comando no teclado sejam buscadas informações sobre determinado tema, em arquivos existentes em quase todo o planeta, cuja resposta demandará frações de segundo.

Este ambiente globalizado propicia – e, até, exige – que as notícias circulem com uma velocidade impressionante. Nesse contexto, os meios de comunicação de massa assumem um papel de acentuada relevância, pois são hoje os principais responsáveis pela profusão da circulação dinâmica das ideias, pensamentos e informações na sociedade.

A modernidade apresenta avanços tecnológicos que há poucas décadas atrás eram tratados como improváveis invenções cogitadas em obras de ficção científica. A possibilidade de assistir ao programa televisivo favorito na tela de cristal líquido de um aparelho de telefone celular, antes impensável, já faz parte da nossa realidade.

Muito embora essas inovações tecnológicas não estejam ao alcance de todos, a televisão constitui um dos mais poderosos meios de comunicação social existente, alcançando quase toda a população brasileira, nos mais distantes rincões deste país. Cogita-se que o poder de influência da programação televisiva é maior na parcela mais simples e com menor grau de escolaridade da população, o que, infelizmente, abarca boa parte dos cidadãos brasileiros.

A programação veiculada pelas emissoras de televisão aberta adentram nas residências das pessoas, atingindo os mais variados públicos, de diferentes faixas etárias. Na maioria dos lares de nosso país, os programas televisivos farão parte do cotidiano do indivíduo por toda a sua vida, por variados períodos de exposição e por diferentes razões, seja para a obtenção de informações sobre os mais diversos assuntos, seja para o mero entretenimento.

A capacidade de influência desse meio de comunicação social no

comportamento, na opinião e na conduta das pessoas é cada vez mais poderosa e impressionante. Para exemplificar, de forma bastante singela, este fenômeno, basta verificar a quantidade de recém nascidos que recebem os mesmos prenomes dos personagens dos protagonistas da novela de sucesso que está sendo transmitida em determinado momento histórico.

Essa potencialidade de ingerência da programação televisiva na vida das pessoas é maximizada quando tem por alvo, ainda que não desejado, as crianças e os adolescentes, pessoas ainda em formação na dicção da Lei nº 8.069/90.

Atualmente são cada vez mais comuns discussões sobre os possíveis efeitos de uma determinada “linha” de programação no comportamento das crianças e dos adolescentes. Questiona-se, por exemplo, se a veiculação de programas com forte apelo sexual não estaria contribuindo para a prematura erotização deste público; ou se cenas de violência e desrespeito aos direitos humanos não estariam fomentando a prática de delitos que envolvam tais ingredientes.

A Constituição Federal, sobretudo quando cuidou de delinear o sistema de proteção à criança e ao adolescente, determinou, também ao Estado, que fossem colocados a salvo “de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227), o que inclui, a toda evidência, mantê-los afastados de uma programação televisiva prejudicial às suas formações.

Mas como se advertiu acima, uma programação televisiva que não atende aos ditames constitucionais pode produzir efeitos negativos que não se restringem ao público infanto-juvenil. Ilustrativamente, espetáculos televisivos que incentivem a discriminação racial têm potencial para influenciar grande parte do público telespectador, podendo acarretar consequências extremamente perniciosas aos princípios fundamentais agasalhados pela Constituição Federal.

Seguindo este raciocínio, a necessidade de que sejam impostos limites mínimos à atividade da radiodifusão de sons e imagens mostra-se inarredável e de grande importância. Mas a questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista.

Como é sabido, este país, há poucas décadas atrás, atravessou um período mergulhado no regime ditatorial, quando a liberdade da expressão e informação, sobretudo

quando exercida pelos meios de comunicação social, não convinha aos detentores do poder, como de resto em todos os regimes deste jaez.

Uma imprensa livre e responsável é sempre apontada como um dos principais pilares da democracia.

Desse modo, qualquer forma de condicionamento ou controle dos meios de comunicação social deve ser analisada com redobrado cuidado, a fim de que não se retorne à censura prévia adotada pelo regime ditatorial.

Não obstante, se por um lado o exercício da atividade de exploração da radiodifusão de sons e imagens encontra previsão constitucional específica no capítulo dedicado à comunicação social e é legitimado e protegido por importantes direitos fundamentais como a liberdade de expressão e informação, sabe-se, por outro lado, que não existem direitos absolutos. Destarte, referida atividade – como qualquer outra – deve ser exercida em consonância com a Constituição Federal, conforme, aliás, prevê textualmente o *caput* de seu artigo 220.

Escudadas na liberdade de expressão e informação e na vedação constitucional da censura, as emissoras de televisão têm incluído em suas grades de programação atrações cujo conteúdo é de qualidade, no mínimo, duvidosa. O problema, no entanto, surge quando um determinado programa televisivo apresenta conteúdo atentatório a outros relevantes valores e normas consagrados na Lei Maior, acarretando, com isto, lesão a direitos individuais, coletivos ou difusos.

Ao tempo em que redigíamos esta dissertação, uma grande revista de circulação semanal estampou, em sua capa, uma chamada para a reportagem principal daquela edição, sob o título “A liberdade sob ataque”, com a reprodução literal do disposto no artigo 220, *caput*, e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Esta reportagem narrou e criticou diversos episódios patrocinados pelo atual governo federal brasileiro que, na visão da revista, objetivaram o cerceamento da livre atividade informativa da imprensa, uma vez que o papel de fiscal dos atos públicos desempenhado pela imprensa independente estaria incomodando os detentores do poder político.¹ Curiosamente, na mesma edição do periódico foi publicada uma reportagem com o título “Um circo dos horrores”, que criticou o conteúdo de programas

1 PORTELA, Fábio. **A imprensa ideal dos petistas**. Veja. São Paulo : Abril, n. 39, ed. 2.184, ano 43, p. 74-80, 29 de setembro de 2010.

transmitidos por grandes redes de televisão nas tardes de domingo, com “a exploração do mundo-cão”. Colhe-se desta reportagem da revista que três programas dominicais vespertinos exibiram recentemente matérias sobre anões, meninas gigantes, crianças com síndromes chocantes, todas apresentadas com viés apelativo, mediante a ostensiva exploração pública, pelos apresentadores, das dificuldades enfrentadas por aquelas pessoas em razão de suas diferenças. A reportagem da revista qualificou estas matérias televisivas – não sem razão – com os adjetivos “impiedoso”, “apelativo” e “humilhante”.²

Deveras, a principal dificuldade nesse campo é justamente estabelecer um ponto de equilíbrio entre as liberdades conferidas às emissoras de televisão e as restrições a elas impostas, de onde sobressai a contraposição entre as liberdades de expressão e de informação, direitos fundamentais albergados pela Lei Maior, e os demais valores e bens igualmente tutelados constitucionalmente.

Por outro lado, pelo modelo constitucional brasileiro, a União detém exclusividade para a exploração dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, “a”, da CF), o que pode fazê-lo direta ou indiretamente, neste último caso através dos institutos da autorização, concessão ou permissão.

Nota-se, bem por isto, que ainda quando executada por particulares, as emissoras de televisão aberta exercem atividade que não pode ser caracterizada como privada. As pessoas jurídicas que exploram essa atividade prestam serviços públicos. Submetem-se, portanto, a um regime jurídico diferenciado, marcado pela parcial derrogação das normas de direito privado por normas de direito público. A qualificação das atividades de televisão aberta como serviços públicos há de ter alguma consequência na liberdade de programação das emissoras, pois o atendimento ao interesse público primário é uma finalidade inerente à prestação dos serviços públicos.

O próprio arcabouço constitucional traça algumas diretrizes básicas que devem nortear o conteúdo da programação televisiva (art. 221) e remete à regulamentação por lei ordinária os meios de defesa postos à disposição da pessoa e da família contra o desrespeito às aludidas diretrizes (art. 220, § 3º, II).

O mencionado art. 221 da Constituição Federal determina, textualmente, que

2 MARTHE, Marcelo. **Um circo de horrores**. Veja. São Paulo : Abril, n. 39, ed. 2.184, ano 43, p. 162-163, 29 de setembro de 2010.

“a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios” (*caput*), dentre outros, a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” (inciso I) e o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV).

Em uma sociedade pluralista e livre como a nossa, a quem cabe dizer e delinear quais são os valores éticos e sociais da pessoa e da família? Quais são as manifestações ou expressões da conduta humana de natureza artística ou cultural e quais são aquelas que não podem receber tais qualificações?

As respostas às questões acima não são nada simples. A sociedade brasileira tem experimentado, nos últimos anos, uma modificação em seus hábitos e valores, sob os influxos e talvez na mesma velocidade dos “avanços” do mundo globalizado. Percebe-se uma sensível mudança de pensamento em relação a conceitos morais e éticos, quando aplicados a casos concretos do cotidiano. Se há alguns anos a veiculação, em horário nobre, de cenas tórridas de um casal simulando o ato sexual em uma novela causaria consternação na maior parte do público telespectador, atualmente a mesma cena acaba sendo recebida com indiferença pelo grande público. O mesmo fenômeno também se verifica com outros temas polêmicos. O homossexualismo, antes tratado como opção sexual imoral e socialmente inaceitável, passa, cada vez mais, a receber acolhida no meio jurídico e social.

As consequências dessa alteração de paradigmas morais e éticos da sociedade e seus efeitos na programação televisiva merecem uma profunda reflexão. Nessa seara, será que em nome da liberdade de expressão e informação, vale tudo?

Responder a esta questão é tarefa complexa. Respeitante ao exame jurídico da problemática, caminha-se em um terreno extremamente sensível e perigoso. Em se admitindo uma larga ingerência do Estado no conteúdo e/ou na forma de veiculação da programação televisiva, estar-se-á limitando o exercício de direitos fundamentais derivados da liberdade de expressão e informação. Esses direitos, como é cediço, são indispensáveis à democracia, e qualquer menção em restringi-los é imediatamente associada a medidas próprias de regimes ditatoriais. Deveras, não é possível se falar em democracia sem que se garanta a liberdade dos meios de comunicação social.

Assim, procuraremos, neste estudo, identificar alguns contornos mínimos

impostos pela Constituição Federal ao exercício da liberdade de expressão e informação pelas emissoras de televisão. A análise sobre a possibilidade, a legitimidade, as formas e os limites de eventuais restrições à programação televisiva, com base no atual regramento constitucional, buscará a compatibilização entre a liberdade de informação e expressão das emissoras e outros direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos pela Magna Carta. Em outras palavras, pretendemos, neste trabalho, analisar o conteúdo e os limites da programação televisiva aberta à luz da Constituição Federal de 1988.

Também direcionaremos nossos esforços no sentido de verificar quais os mecanismos colocados à disposição do Estado e da sociedade para assegurar que a programação televisiva respeite a conformação que a ela foi dada pela Constituição Federal, bem como as possíveis consequências em caso de sua inobservância.

Reconhecemos que o tema proposto é de grande amplitude e permite diferentes abordagens.

Há casos em que um programa que venha a ser veiculado na televisão acaba por lesar direitos fundamentais de apenas um indivíduo determinado, ou grupo de indivíduos perfeitamente individualizáveis. Isto ocorrerá quando, por exemplo, determinado apresentador de televisão lhe(s) ofenda a honra de forma totalmente injustificada e despropositada, visando, talvez, com esta postura, aumentar os índices de audiência. Tais casos, embora importem na violação, pelo programa televisivo, de direitos fundamentais, não serão objeto desta dissertação, pois referem-se a lesão a direitos individuais. Centraremos a nossa atenção na tutela constitucional daqueles que estão expostos à programação televisiva, o público telespectador, efetivo ou potencial, considerado coletivamente. Esta vasta gama de pessoas tem os seus interesses desrespeitados quando as emissoras não cumprem a conformação da programação televisiva ditada pela Constituição Federal. A opção realizada nesta pesquisa busca ajustá-la à área de concentração do mestrado desta universidade (Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos).

Na primeira seção deste trabalho serão apresentados alguns conceitos básicos, relacionados às atividades de comunicação, cujo conhecimento é pressuposto necessário para o presente estudo. Em seguida, será abordado o potencial, a extensão e os mecanismos de influência da televisão no comportamento humano, mormente em relação às crianças e adolescentes, através de estudos realizados não só no campo jurídico, mas também em outras

áreas do conhecimento, como a psicologia e o jornalismo. Depois, serão recuperados e estudados os precedentes históricos da forma de exploração das atividades de radiodifusão de sons e imagens no Brasil, com a análise do regime jurídico a ela aplicável em diferentes momentos. Essa digressão histórica, além de interessante, revela-se extremamente útil para melhor compreensão do estágio atual da temática, vez que há pouco tempo os meios de comunicação social desvencilharam-se da severa censura imposta pela ditadura, para ver, consagrados no texto constitucional, direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão e informação e a expressa vedação à censura. Ainda na primeira seção tentaremos dissecar o atual regramento jurídico da atividade exercida pelas emissoras de televisão aberta, tendo por ponto de partida, obviamente, a Constituição Federal. Neste mesmo passo procuraremos verificar qual a natureza jurídica atribuída pela Lei Maior às atividades de radiodifusão de sons e imagens (televisão), bem como a possibilidade e a forma pela qual podem ser elas exercidas pelas emissoras privadas, pois estes fatores poderão refletir na forma e nos limites de eventual intervenção ou condicionamento da programação televisiva.

A segunda seção será dedicada ao estudo dos direitos e garantias fundamentais relacionados à liberdade de manifestação do pensamento. A delimitação de um conceito de direitos fundamentais será realizada em um primeiro momento, e, na sequência, procederemos à investigação daqueles direitos relacionados a todas as formas de expressão e informação, as suas variadas facetas, os seus contornos, as suas características e as suas importâncias para o regime democrático. Também dedicaremos a nossa atenção aos direitos e/ou garantias constitucionais que amparam as atividades das emissoras de televisão no exercício de sua atividade-fim, isto é, na transmissão de programas televisivos. Ainda nesta segunda seção será objeto de análise a proibição à censura estipulada expressamente pela Constituição, com a delimitação do conceito de censura e a abordagem de razões históricas e jurídicas para o estabelecimento de garantia dessa espécie.

Após a fixação de algumas bases teóricas nas seções anteriores, adentraremos mais especificamente no tema principal desta dissertação a partir da terceira seção. Inicialmente serão apresentadas justificativas jurídicas e fáticas para a proteção da criança e do adolescente em relação a determinados conteúdos veiculáveis pela televisão, assim como a existência de alguns meios legais, com direto fundamento constitucional, criados com este escopo. Nessa categoria se enquadram a classificação indicativa e o controle (bloqueio) eletrônico de conteúdos, conhecido como *v-chip*. Logo em seguida será analisada a

conformação constitucional da programação televisiva definida pela Constituição Federal em seu artigo 221, mediante a análise das normas consignadas em seus diferentes incisos, a fim de perscrutar os seus efeitos jurídicos, mormente se – e em que medida – aquelas normas vinculam as atividades das emissoras de televisão, impõem deveres ao Estado e/ou amparam pretensões jurídicas dos telespectadores. A eficácia e a aplicabilidade das normas do artigo 221 da Constituição Federal também será examinada a partir da notória classificação proposta por José Afonso da Silva. Ademais, serão abordados nesta seção dois casos peculiares, a televisão educativa e a televisão pública, além da existência de um interesse difuso ao recebimento de informações verdadeiras e a aplicabilidade do Código de Defesa e Proteção do Consumidor às atividades de televisão.

Na quarta e última seção serão analisados os mecanismos judiciais e extrajudiciais com o objetivo de assegurar a observância, pelas emissoras, à conformação da programação televisiva fixada pela Constituição Federal. No campo extrajudicial serão avaliadas diferentes modalidades de controles com o propósito acima, quando analisaremos a possibilidade jurídica, as vantagens e desvantagens, e as características relacionadas às diferentes formas de intervenção na programação televisiva visando a sua adequação aos ditames constitucionais. Será destacada a atuação do Ministério Público, instituição sobre a qual recai a relevante responsabilidade de exigir o cumprimento das disposições constitucionais relacionadas à programação da televisão, mediante o uso de instrumentos extrajudiciais próprios ou através do ajuizamento das medidas judiciais adequadas. Por fim, será realçada a importância do Poder Judiciário na árdua missão de concretizar a vontade constitucional, sem que, com isto, se proceda à limitação indevida dos direitos fundamentais das emissoras de televisão ou o exercício de atividade enquadrável no conceito de censura. Para tanto, também trataremos de um meio que permite verificar se a atividade judicial ou legislativa neste campo – conformação da programação televisiva - , quando de sua concretização a hipóteses específicas, faz-se com plena observância ao que determina a Constituição Federal.

A bibliografia nacional que trata da programação televisiva com o mesmo enfoque deste estudo – isto é, dos direitos do pólo passivo do processo de comunicação, os telespectadores - ainda é escassa. É nossa intenção dar uma pequena contribuição para melhorar esse quadro.

1 A RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS

1.1 Conceitos básicos: Comunicação social, telecomunicação, radiodifusão e televisão

A vida em sociedade seria impossível sem a comunicação. A comunicação não se limita às palavras escritas e faladas. Abrange qualquer forma de expressão do pensamento e do sentimento do ser humano, bastando muitas vezes um singelo gesto com as mãos, um piscar de olhos, a produção de um sinal de fumaça aos ares, a provocação de um ruído diferenciado, para que determinada mensagem seja transmitida. Sem a comunicação, seria impossível à própria humanidade fazer o registro de sua história, transmitir os conhecimentos às gerações seguintes, desenvolver-se nas mais diversas áreas do conhecimento.

Nos dizeres do jurista e sociólogo Pinto Ferreira:

A comunicação é o processo mediante o qual os sentimentos e as ideias são transmitidas entre indivíduos, indivíduo e grupo, ou grupos entre si, possibilitando a interação social. É por consequência o processo de transmissão de significados entre pessoas ou grupos, tanto de sentimentos como de ideias e valores.³

Para Charles H. Cooley *apud* Pinto Ferreira, a comunicação social “[...] abrange todo o mecanismo através do qual relações humanas se desenvolvem – todos os símbolos do espírito, juntamente com os meios de transmiti-los através do espaço e conservá-los no tempo.”⁴ Em termos semelhantes, mas realçando a sua repercussão no campo do Direito, José Cretella Júnior afirma que “[c]omunicação social é a exteriorização do pensamento humano que, por qualquer meio, se projeta no mundo e apresenta interesse para o mundo jurídico.”⁵

Para uma definição mais próxima da concepção jurídica adotada pela CF em seu Capítulo V do Título VIII (“Da Comunicação Social”), pode-se citar o conceito formulado por Fábio Henrique Podestá, que entende a locução “comunicação social” como sinônima de “comunicação coletiva”, “comunicação cultural” e “comunicação de massa”, tendo o autor justificado a sua opção por esta última em virtude de sua maior aceitação entre os teóricos:

3 FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 7. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 209.

4 Id. *Ibid.*, p. 208.

5 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 8. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. p. 4.490.

[P]ode-se conceituar a comunicação de massa [ou comunicação social] como o processo oriundo da indústria (estrutura nos moldes de uma empresa) cultural (o produto de um consumo psíquico) com o objetivo de informar, influir, entreter e educar um ente coletivo, utilizando-se de meios dotados de grande circulação e penetração no seio da sociedade.⁶

Deveras, o desenvolvimento da comunicação vem acompanhando a evolução histórica. Se nos primórdios da civilização as comunicações limitavam-se aos contatos primários entre o emissor e o receptor da mensagem, presencialmente (“face-a-face”) e de forma direta, os avanços tecnológicos possibilitaram que a comunicação também se faça por contatos secundários, com a adoção de mecanismos para intermediar as comunicações, os quais permitem que estas sejam realizadas à distância (através de cartas, telégrafos, telefone, televisão etc.).

Nota-se esta expansão dos meios de comunicação pela elevação do número de veículos de comunicação de massa, o aumento do número de destinatários que estes alcançam e o incremento exponencial do poder de influência por eles exercido na vida das pessoas. Este fenômeno propicia o progresso da sociedade, pois a troca de informações, ideias e sentimentos é a mola propulsora para as grandes descobertas científicas e para o compartilhamento de experiências exitosas nos mais diversos campos da vida humana. É pela comunicação que o ser humano externa sentimentos indispensáveis ao bem-estar individual e coletivo, através, por exemplo, de demonstrações de afeto, carinho e solidariedade. Enfim, estaria o ser humano condenado a uma estagnação intelectual, de costumes, de tradições e de comportamentos sem formas eficazes de se comunicar entre si e de registrar a sua história.

Mas este efeito potencializador possibilitado pelo desenvolvimento dos meios de comunicação não traz somente benefícios. Da mesma forma que possibilita, por exemplo, que informações fundamentais para o avanço das ciências sejam propagadas e compartilhadas com uma velocidade crescente e atingindo uma gama de destinatários cada vez maior, os meios de comunicação podem ser utilizados com a mesma eficiência para a veiculação de mensagens nocivas ao próprio ser humano, como ocorreu com os ideais nazistas no governo de Hitler, na Alemanha.

Nesta senda, o surgimento da telecomunicação foi um passo largo no desenvolvimento dos meios de comunicação social. A Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), qualifica como serviços de

6 PODESTÁ, Fábio Henrique. Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação e Controle Judicial. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

telecomunicações “[...] a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.” (art. 4º, *caput*). A Lei 4.117/62 foi revogada pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, “[...] salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”, (art. 215, I). A Lei 9.472/97, no entanto, reproduziu basicamente os conceitos adotados pelo anterior diploma legal, ao dispor, em seu artigo 60, *caput*, que “[s]erviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, ao passo que no § 1º do mesmo artigo define telecomunicação como “[...] transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

Constata-se, portanto, que a telecomunicação é uma forma de comunicação em que a mensagem é transmitida por meio eletromagnético. Diversas são as modalidades de serviços de telecomunicações, dentre as quais podem ser citadas a telefonia, a telegrafia e os serviços de radiodifusão (de sons ou destes e de imagens). Interessa para os fins deste trabalho esta última modalidade citada.

O Decreto nº 52.795, de 31 de outubro de 1963, que aprovou o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, define, em seu artigo 5º, que a radiodifusão “[...] é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons (radiodifusão sonora) ou a transmissão de sons e imagens (televisão), destinada a ser direta e livremente recebida pelo público.” Este conceito encontra-se alinhado com as disposições do Código Brasileiro de Telecomunicações que, ao classificar o serviço de radiodifusão como uma das modalidades dos serviços de telecomunicações, dispôs que os serviços de radiodifusão compreendem a radiodifusão sonora e televisão (art. 6º, “d”).

Ao analisar o conceito de radiodifusão, Alexandre Ditzel Faraco esclarece que:

O termo radiodifusão abrange a transmissão de conteúdos sonoros ou audiovisuais a partir de um ponto determinado para diversos outros pontos. Os conteúdos são transmitidos na forma de ondas eletromagnéticas de determinada frequência que se propagam sem qualquer suporte físico tangível. Essa transmissão é normalmente feita de forma “aberta” e para um público indeterminado, de modo que qualquer pessoa com um terminal receptor adequado dentro da área de transmissão (i.e., um aparelho de rádio ou de televisão) pode captá-la.⁷

7 FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação** : rádio, televisão e internet. Belo Horizonte : Fórum, 2009. p. 80.

A televisão é a modalidade de radiodifusão onde são propagados sons e imagens conjuntamente, segundo se extrai do artigo 5º do Decreto nº 52.795/63. Para Carlos Alberto Bittar, a “televisão é o processo técnico de transmissão de imagens à distância, mediante a conversão de ondas luminosas em elétricas e a posterior reconversão à forma anterior.”⁸

1.2 O poder de influência da televisão

Dentre os meios de comunicação de massa, a televisão é aquele que tem a maior presença no cotidiano da população brasileira. Neste país de extensa área territorial, de grande população, marcado por profundas desigualdades regionais e sociais, a televisão aberta alcança quase todo o território nacional. Segundo dados do Suplemento de Cultura da Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2006 (MUNIC 2006), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹, a TV aberta está presente em 95,2% dos municípios brasileiros (para comparação, tem-se que a participação de 48,6% da rádio comunitária, 36,8% de jornal diário, 34,3% da rádio FM e 21,2% da rádio AM).

Outro levantamento realizado pelo IBGE, cujo dados constam da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) referentes ao ano de 2008, revelou que 42,9% da população brasileira assiste mais de três horas de programação televisiva, sendo que 57,2% da população assiste pelo menos um hora diariamente. Em relação ao público infanto-juvenil, a pesquisa apurou que 58,2% das crianças de até 9 anos e 58,8% dos jovens entre 10 e 17 anos passam mais de três horas assistindo à televisão, sendo essas as faixas de idade com maior percentual de realização dessa atividade.¹⁰

Desde a inauguração da primeira emissora de televisão, no ano de 1950, os programas televisivos, combinando imagens e sons levados ao público telespectador, exercem

8 BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 85.

9 Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2006/default.shtm>>. Acesso em: 16 set. 2010.

10 Conforme notícia do jornal Correio Braziliense, em sua versão eletrônica na *internet*. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2010/03/31/brasil,i=183179/BRASILEIRO+PASSA+MAIS+DE+UMA+HORA+EM+FRENTE+A+TV+POR+DIA+MOSTRA+PESQUISA.shtml>>. Acesso: em 17 jun. 2010.

um verdadeiro fascínio em um elevado número de indivíduos.¹¹ A televisão é apontada hodiernamente como o principal meio de informação e de entretenimento de grande parcela da população brasileira.¹² Esta constatação denota o potencial de influência dos programas televisivos na formação da opinião, no estabelecimento de padrões culturais e na (des)consideração de valores no meio social.¹³

Entre as razões que contribuem para que a televisão continue a ser um poderoso instrumento de influência na vida em sociedade, é comumente apontado o alto índice de analfabetismo da população brasileira e o seu reduzido poder aquisitivo. Sem possibilidade de acesso a outros meios de informação (jornais e revistas, por exemplo), as pessoas com reduzida escolaridade ficam adstritas às informações divulgadas pelo rádio e pela televisão. Por outro lado, as classes economicamente mais desfavorecidas tendem a dar preferência ao rádio e à televisão, pois a estes têm acesso sem necessidade de despender nenhuma quantia adicional (com exceção da energia elétrica ou baterias), o que não ocorre com os outros meios de informação, que geralmente dependem de pagamento.¹⁴

Portanto, o potencial de influência da televisão na formação pessoal e cultural

-
- 11 SIMÕES, I. F. defende que a história da televisão brasileira pode ser dividida em três períodos. O primeiro que vai do início de funcionamento da primeira emissora, a TV Tupi, no ano de 1950, até a metade da década de 60. As atividades neste campo ainda eram incipientes, sendo o rádio e o cinema os principais meios de comunicação para o entretenimento da população. Uma segunda fase corresponde ao período da ditadura militar, onde verificou-se uma notável expansão na exploração da televisão, passando a deter o posto de meio de comunicação mais importante do Brasil. O terceiro período, segundo a autora, iniciou-se com o fim da ditadura militar e prossegue até os dias atuais, estágio em que a televisão “assume o topo da pirâmide do poder, como principal formador da opinião pública brasileira e acima dos controles institucionais.” SIMÕES, Inimá Ferreira. **A nossa TV brasileira : por um controle social da televisão**. São Paulo : Senac, 2003. p. 61.
- 12 ARBEX, J. revela que 25 milhões de brasileiros assistem a telenovelas e minisséries no horário noturno. ARBEX, José. **O poder da TV**. São Paulo : Scipione, 1995. p. 22.
- 13 Tamanha a presença da televisão na vida das pessoas – não só no Brasil mas também no resto do mundo – a ponto de FERRÉS, J. afirmar que “A televisão é o fenômeno social e cultural mais impressionante da história da humanidade. É o maior instrumento de socialização que jamais existiu. Nenhum outro meio de comunicação na história havia ocupado tantas horas da vida quotidiana dos cidadãos, e nenhum havia demonstrado um poder de fascinação e de penetração tão grande.” FERRÉS, Joan. **Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas**. Tradução de Rosa, Ernani Rosa; Neves, Beatriz A. Porto Alegre : Artmed, 1998. p. 13.
- 14 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2007. p. 689. Compartilha o mesmo entendimento DAWALIBI, Marcelo. **Controle da qualidade dos programas de televisão e de rádio por meio da ação civil pública**. p. 415-430. In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coord. Édís Milaré. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 416-417. O analfabetismo e a baixa escolaridade também são apontados por SILVA, L. M. e PAULINO como uma das razões pelas quais grande parte da população têm na televisão a sua principal 'agência socializadora de valores”. PAULINO, Fernando O.; SILVA, Luiz Martins da. **Classificação indicativa: responsabilidade social e atuação do Estado, sociedade e mercado**. p. 229-254. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso: em 24 mai. 2010. p. 252.

da população brasileira justifica-se por ser este o principal – quando não o único – meio pelo qual as pessoas recebem informações de relevância social, seja porque não têm elas acesso a outras fontes, seja por mera comodidade.¹⁵

Sem o acesso a outras fontes de informação, esta considerável parcela da população brasileira que se informa tão somente através da televisão recebe uma visão dos fatos noticiados contaminada pela linha ideológica e política dos responsáveis pela respectiva emissora, não tendo possibilidade de confrontar aquela versão dos acontecimentos com outras realidades possíveis.

Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, a outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as “mensagens” radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, “penetram como faca quente na manteiga”. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que se lhes queira inculcar. Dado que as emissões não se chocam com uma base cultural e ideológica medianamente consistente, o que só ocorreria se a população estivesse abeberada e subsidiada por outras fontes de informação ou cultura (capazes de, em sua mescla, engendrar um substrato de opinião dotado de alguma densidade), as mensagens do rádio e da televisão modelam livremente o “pensamento” dos brasileiros.¹⁶

Não se pode ignorar que os demais meios de transmissão de mensagens, como jornais impressos e livros, também são marcados pelas respectivas concepções ideológicas dos escritores ou da linha editorial da publicação. A parcialidade e a possibilidade de deturpação ou omissão de informações são males que podem contaminar tanto os programas veiculados por emissoras televisivas como os demais veículos de comunicação social. Mesmo ao se restringir ao ambiente televisivo, percebe-se que as diversas emissoras brasileiras trabalham com variados “enfoques” na sua programação, muitas vezes abordando os mesmos temas sob diferentes perspectivas. Mas, pelas causas já citadas anteriormente e outras que serão expostas a seguir, a realidade nos mostra que a televisão é atualmente o meio de comunicação mais presente na vida dos brasileiros.

Além dos fatores já elencados, alude-se também a processos e reações na mente humana provocados por mensagens subliminares¹⁷ transmitidas pela televisão como

15 ARBEX, J. (op. cit., p. 23) afirma que a televisão é uma forma das pessoas fugirem de seus problemas cotidianos, mergulharem em um mundo de ficção. Referido autor compara a televisão a uma substância entorpecente com efeitos alucinógenos, o ópio, ao justificar que aquela é capaz de produzir um efeito anestésico e de fazer com que as pessoas esqueçam por alguns momentos os problemas do dia-a-dia.

16 MELLO, C. A. B. de. op. cit., p. 689.

17 “Considera-se subliminar qualquer estímulo que não é percebido de maneira consciente, pelo motivo que seja: porque foi mascarado ou camuflado pelo emissor, porque é captado desde uma atitude de grande excitação emotiva por parte do receptor, porque se produz uma saturação de informações ou porque as

causas pelas quais ela exerce força tão atrativa ao público. De acordo com os estudos da psicologia, “[...] a percepção precede a defesa perceptiva. Para que se produza a defesa frente a um conteúdo é preciso tê-lo percebido, ainda que de maneira inconsciente”.¹⁸ Cientes e aproveitando-se deste mecanismo da psique do ser humano, o que se nota é que as emissoras de televisão, na chamada “guerra por audiência”, formatam a sua programação de acordo com aquilo que “o povo quer ver”, explorando as dimensões mais obscuras da mente humana.¹⁹ Não há uma maior preocupação por parte das emissoras com o conteúdo e com o formato dos programas que transmitem. Muitos programas qualificados como jornalísticos são exibidos como verdadeiros espetáculos, destinados muito mais ao entretenimento do que para a informação do público, onde são abundantemente explorados o sofrimento humano e as tragédias. Esta “falsa” qualificação de um programa de espetáculos, apresentado ao público como se fosse jornalístico, contribui, de forma inconsciente, para a atenuação dos mecanismos de defesa e de crítica da mente humana do público telespectador.²⁰

A análise do papel de indutores de crenças, atitudes, valores e pautas de comportamento exercido pelos programas de televisão desperta maior atenção quando se cuida do público infante-juvenil. As crianças e adolescentes, principalmente as primeiras, estão em um estágio de suas vidas em que os valores e os seus caracteres estão um processo de formação e consolidação. Nesta fase, as crianças e adolescentes estão muito mais suscetíveis a serem influenciados, mormente porque ainda não possuem um espírito crítico bem desenvolvido.

A capacidade de dissociar a realidade da fantasia tende a acompanhar o avanço etário. As crianças de tenra idade são geralmente incapazes de compreender e separar a ficção da vida real daquilo que veem na televisão. Em razão disto é comum que as crianças busquem imitar aquilo que assistem nos programas televisivos, sem terem a consciência do significado e das consequências de seus gestos e atitudes. Na incessante busca por índices de audiência cada vez mais elevados – o que garante um maior retorno financeiro do negócio -, as emissoras de televisão brasileira incluem costumeiramente em sua programação atrações com apelo sexual e/ou com cenas de violência, pois estes “ingredientes” geralmente atraem

comunicações são indiretas e aceitas de maneira inadvertida.” FERRÉS, J. op. cit. p. 14.

18 Id. Ibid., p. 34-35.

19 “Certamente se o lixo seduz é porque remete inconscientemente o espectador às dimensões mais obscuras de si mesmo, porque dá corpo narcisicamente a seu fascínio pelo mal, pela dor, pela destruição e pela morte, porque atua como espelho inconsciente das zonas mais turvas do próprio psiquismo.” Id. Ibid., p. 13.

20 Id. Ibid., p. 171.

grande parcela do público. Se o público infanto-juvenil tem acesso a este tipo de conteúdo, próprio do mundo adulto, o resultado certamente é a sua precoce sexualização e o estímulo a atos de violência²¹, em prejuízo da formação da criança e do adolescente.²²

[...] consequência do fato de ver programas para adultos é a superestimulação erótica que daí deriva e que impede que o impulso sexual seja suficientemente sublimado na aprendizagem. Além disso, a criança vai tendo uma ideia irreal do mundo, pois acredita que nele existem somente pistoleiros, espiões, delinquentes, pessoas imorais e guerras.²³

Este elevado potencial de influência exercido pela televisão no meio social justifica a regulamentação da atividade pelo Estado, com especial atenção à proteção das crianças e dos adolescentes.

1.3 Escorço histórico da disciplina jurídica da atividade de exploração da radiodifusão de sons e imagens no Brasil

Inspirado no *Wireless Ship Act*, editado pelos Estados Unidos da América no ano de 1910²⁴, o governo brasileiro editou, em 1917, o Decreto 3.296, que regulava os serviços de telegrafia e radiotelegrafia no território nacional. Este Decreto classificava tais

21 SOIFER, R. relata que é comum o atendimento, em hospitais, de crianças que sofreram fraturas ao tentarem imitar seus personagens prediletos. Também menciona a autora que em alguns países é grande o número de fraturas, atos de agressão contra outras pessoas e acidentes fatais causados por esse desejo de imitação. SOIFER, Raquel. **A criança e a TV**. Tradução: Rodrigues, Iara. Porto Alegre : Artes Médicas, 1991. p. 26.

22 KEHL, M. sustenta posicionamento diverso. Afirma que este assunto está sendo tratado de forma equivocada por psicanalistas, psicoterapeutas e pedagogos, uma vez que a criança tem condições para assistir e entender qualquer tipo de programa sem que isto lhe cause prejuízos à sua formação, desde que receba uma orientação e um suporte cultural adequado, que deve ser fornecido, em regra, pelos pais. Esta autora discorda que a prematura exposição da criança a uma cena de sexo explícito, por exemplo, irá “traumatizá-la”. Para a autora, o preparo que a criança recebe para encarar a realidade social é o que determinará a sua formação e a sua capacidade de discernimento acerca dos conteúdos que lhe são apresentados. Assim, defende a autora que a discussão sobre a imposição de restrições à programação televisiva, para proteção de crianças e adolescentes, encontra fundamento no campo da ética e não o da psicologia. KEHL, Maria Rita. **Deve o Estado classificar indicativamente o entretenimento a que o público tem acesso?** p. 129-138. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 de mai. 2010. p. 136-138.

23 SOIFER, R. op. cit., p. 31.

24 O *Wireless Ship Act* cuidava apenas da radiotelegrafia marítima, vez que naqueles tempos o rádio era utilizado como um equipamento de segurança para navios que deixavam os portos americanos. A regulamentação do rádio para outros usos adveio dois anos mais tarde, com o *Radio Act* de 1912, que obrigava os operadores de rádio a transmitirem somente em frequências aprovadas pelo Departamento de Comércio e após obterem licença. ALMEIDA, André Mendes de. **Mídia Eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001. p. 12.

serviços como públicos, que poderiam ser explorados por empresas privadas mediante licença, sob o controle governamental.²⁵

A primeira emissora de rádio no Brasil foi inaugurada no ano de 1923, no Rio de Janeiro. Foi o Decreto 20.047, editado pelo governo federal no ano 1931, o primeiro a regulamentar especificamente a radiodifusão. Este diploma normativo considerou a radiodifusão um atividade de interesse nacional e com o objetivo principal de promover a educação do povo, atribuindo ao governo federal a competência exclusiva para regulamentá-la. “É a adoção do *trustee ship model*, já consagrado na legislação americana: o espectro eletromagnético é um bem público, natural e limitado e os radiodifusores atuam como fiduciários sob controle governamental.”²⁶

Em complementação ao Decreto 20.047, em 1932 foi editado o Decreto 21.111, denominado Regulamento para a Execução de Serviços de Rádio Comunicação. Em seus 109 artigos, o novo Decreto definiu a natureza dos serviços de radiodifusão, estipulou o critério e o procedimento para a expedição de licenças, estabeleceu os direitos e deveres das emissoras de rádio, previu sanções para crimes de comunicação e criou a Comissão Técnica de Rádio, órgão público destinado a fiscalizar a atividade.²⁷

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, atribuiu à União a competência privativa para explorar ou dar em concessão os serviços de radiocomunicação²⁸ (art. 5º, VIII). Ademais, facultou aos estados-membros

25 ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 49.

26 O *trustee ship model* foi adotado primeiramente nos Estados Unidos da América, no *Radio Act* de 1927. Este modelo de exploração parte do pressuposto de que o espectro de radiofrequência é um bem natural, público e limitado. Deste modo, cabe ao Poder Público autorizar e organizar a utilização deste bem por particulares, mediante a concessão de licenças, uma vez que a limitação do espectro impossibilita o uso por todos os interessados. “A regulamentação da radiodifusão pelo governo se torna então necessária a fim de evitar o caos no espectro eletromagnético”. Nos EUA, o órgão governamental responsável por desempenhar estas atividades de controle é o *Federal Communications Commission* (FCC). Id. Ibid., p. 14-15 e 49.

27 Id. Ibid., p. 49-50.

28 Para ESCOBAR, J. C. M. “uma das espécies de telecomunicação é a radiocomunicação, que utiliza frequências radioelétricas não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos. Como subespécie da radiocomunicação temos a radiodifusão, que consiste no serviço de telecomunicações que compreende a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), destinadas a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral.” ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 194. No entanto, não podemos deixar de registrar que a história constitucional brasileira revela a falta de técnica do legislador constituinte ao fazer uso de termos para designar as atividades de radiodifusão. A Constituição de 1946 atribuiu à União a competência para explorar as atividades de radiocomunicação e de radiodifusão, a elas se referindo como se fossem serviços distintos. A Constituição de 1967, ao tratar da proibição quanto à propriedade, por estrangeiros, de determinados meios de comunicação social, aduz que ela se aplica às empresas de televisão e de radiodifusão, como se fossem modalidades distintas (art. 166), ao passo que ao tratar da competência da União sobre tais serviços, parece tê-los englobado sob o gênero “telecomunicações” (art. 8º, XV, “a”).

manterem serviços de radiocomunicação para atenderem às suas necessidades administrativas (art. 5º, § 2º). Era federal a competência para legislar sobre as atividades de radiocomunicação, podendo, todavia, os estados-membros exercerem as suas competências legislativas supletiva e complementar (art. 5º, § 3º).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 manteve a competência privativa da União para explorar ou dar em concessão os serviços de radiocomunicação (art. 15, VII), a competência federal para legislar sobre estas atividades (art. 16, X) e as competências legislativas complementar e supletiva dos estados-membros (art. 18, b). Outorgada por um governo ditatorial, a Lei Maior de 1937 foi a primeira a referir expressamente, em seu texto, a atividades de radiodifusão. Considerou que a imprensa exerce uma função pública (art. 122, 15). Embora tenha prescrito que “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei” (art. 122, 15), as severas restrições que poderiam ser impostas ao exercício deste direito poderiam, na prática, quase que aniquilá-lo. Especificamente em relação à radiodifusão, dentre as limitações passíveis de serem realizadas por lei ordinária, poderia o legislador submeter a programação a uma censura prévia, podendo a autoridade competente proibir a difusão, desde que entendesse que tal medida fosse necessária “com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública” (art. 122, 15, a). Naquela época as atividades das emissoras de rádio ainda eram incipientes e não havia emissora de televisão em operação no Brasil, razão pela qual as maiores restrições recaíram sobre a imprensa escrita (jornal). Dentre as restrições previstas pela Constituição de 1937, havia a possibilidade de lei regulamentadora obrigar as empresas jornalísticas a inserirem em suas publicações comunicados do governo (art. 122, 15, b) e de a responsabilidade do diretor responsável acarretar até mesmo a sua prisão (art. 122, 15, e). A Carta Magna estabeleceu a proibição de que estrangeiros fossem proprietários de empresas jornalísticas, incumbindo aos brasileiros natos a orientação intelectual, política e administrativa destas (art. 155, 15, g), mas não foi estipulada igual restrição às empresas de radiodifusão. Observa-se, deste modo, que as atividades dos meios de comunicação social em geral, sobretudo as empresas jornalísticas, foram seriamente comprometidas com a Constituição de 1937.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, promulgada após a queda do regime ditatorial até então vigente, reduziu sensivelmente as restrições às atividades das empresas de comunicação. Em seu artigo 141, § 5º, garantiu a liberdade na manifestação

do pensamento e aboliu o mecanismo de censura prévia. Proibiu-se somente a propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem pública e social, ou de preconceitos de raça ou classe. Entretanto, previu-se, durante o estado de sítio, a possibilidade excepcional do Presidente da República determinar a censura das atividades de radiodifusão (art. 209, parágrafo único, inciso I). Na linha das anteriores, a Magna Carta de 1946 atribuiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de radiocomunicação e de radiodifusão (art. 5º, XII). Proibiu-se, no entanto, a propriedade de empresas de radiodifusão por sociedades anônimas por ações ao portador e por estrangeiros, de forma direta ou indireta (como acionistas de sociedades anônimas proprietárias de empresas de radiodifusão), incumbindo exclusivamente a brasileiros a responsabilidade pelas empresas de radiodifusão e a sua orientação intelectual e administrativa (art. 160).

No dia 18 de setembro de 1950 foi inaugurada, por Assis Chateaubriand, a primeira emissora de televisão brasileira, a TV Tupi de São Paulo.²⁹

Com o “surgimento” da televisão no Brasil, em 19 de julho de 1951 foi editado o Decreto 29.783, pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, que alterou e complementou alguns dispositivos do Decreto 21.111, que também passou a abranger a televisão (art. 1º).

Embora outros atos normativos tenham sido editados nas primeiras décadas de funcionamento das emissoras de rádio e televisão no Brasil, os Decretos 20.047 e 21.111 (este com as alterações do Decreto 29.783) constituíram as principais normas regulamentadoras da atividade de radiodifusão em território nacional, até a edição do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), em 27 de agosto de 1962 (Lei 4.117).³⁰

O CBT concentrou a regulamentação das atividades de telecomunicações, inclusive a de radiodifusão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão). À luz do disposto na Constituição Federal de 1946, o CBT continuou a adotar, com relação às atividades de radiodifusão, o *trusteeship model*, por meio do qual o serviço poderia ser executado pela iniciativa privada mediante delegação do Poder Público, que fixaria as condições e o espectro eletromagnético a serem observados na exploração da atividade.³¹ Esse diploma legal

29 ANDRADE, Antonio de; REIMÃO, Sandra. **Meio Século de Censura no Cinema e na Televisão Brasileira**. p. 85-99. In: Síndrome da Mordaca : mídia e censura no Brasil (1706-2006), Melo, José Marques de (Org.). São Bernardo de Campo : Universidade Metodista de São Paulo, 2007. p. 85.

30 ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 50.

31 Id. Ibid., p. 51-52.

qualificou expressamente o serviço de radiodifusão, destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão, como uma espécie de serviço de telecomunicações (art. 6º, “d”). À União foi cometida a competência privativa para fiscalizar os serviços de telecomunicações por ela concedidos, autorizados ou permitidos (art. 10, II). Foi criado o Conselho Nacional de Telecomunicações (CONTEL), órgão colegiado subordinado ao Presidente da República (art. 14) e cujos membros eram por ele livremente escolhidos (art. 15), com um rol extenso de atribuições, principalmente nas áreas de planejamento das atividades de telecomunicações, assessoramento técnico, fiscalização e aplicação de sanções nos contratos de concessão e nos atos de permissão e de autorização, assim como a regulamentação do setor (art. 29). Dentre as competências do CONTEL destacavam-se os poderes-deveres de “e) promover, orientar e coordenar o desenvolvimento das telecomunicações, bem como a constituição, organização, articulação e expansão dos serviços públicos de telecomunicações”, “h) fiscalizar o cumprimento das obrigações decorrentes das concessões, autorizações e permissões de serviços de telecomunicações e aplicar as sanções que estiverem na sua alçada”, “j) fiscalizar as concessões, autorizações e permissões em vigor; opinar sobre a respectiva renovação e propor a declaração de caducidade e perempção”, “o) estabelecer normas técnicas dentro das leis e regulamentos em vigor, visando à eficiência e integração dos serviços no sistema nacional de telecomunicações”, “x) outorgar ou renovar quaisquer permissões e autorizações de serviço de radiodifusão de caráter local (art. 33, § 5º) e opinar sobre a outorga ou renovação de concessões e autorizações (art. 34, §§ 1º e 3º)” e “af) fiscalizar o cumprimento, por parte das emissoras de radiodifusão, das finalidades e obrigações de programação, definidas no art. 38”.

O CBT estabeleceu prazos máximos para a exploração dos serviços de radiodifusão, quando delegados pela União. Dispôs que “os serviços de radiodifusão, nos quais se compreendem os de televisão, serão executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão” (art. 32), com prazo de até 15 anos no caso de televisão, prorrogável por períodos sucessivos e iguais (art. 32, § 3º).

Em 20 de maio de 1963 foi editado o Decreto 52.026, que aprovou o Regulamento Geral para execução da Lei 4.117/62, e, pouco mais de um ano depois, foi editado do Decreto 52.795, em 31 de outubro de 1963, que aprovou o regulamento específico dos serviços de radiodifusão.

Com a tomada do poder pelos militares, a nova Constituição, editada em 1967, cuidou novamente de fazer uso de diversos mecanismos de limitação à livre atividade dos meios de comunicação social. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 ressuscitou a censura a espetáculos de diversões públicas (art. 150, § 8º). Também previu a possibilidade de censura da imprensa e das telecomunicações, por ato do Poder Executivo, no caso de decretação de estado de sítio pelo Presidente da República (art. 152, § 2º, “e”). As restrições quanto à propriedade, à administração e à orientação intelectual das empresas de radiodifusão, existentes na Constituição de 1946, foram mantidas, tendo ainda sido prevista a possibilidade de uma lei “estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão, no interesse do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção.” (art. 166). A Carta de 1967 atribuiu à União a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicação (estando nesta expressão incluídos os serviços de radiodifusão) (art. 8º, XV, “a”), bem como a competência para legislar sobre tais matérias (art. 8º, XVII, “I”).

Sob os auspícios do regime ditatorial foi editada a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967³² (conhecida como Lei de Imprensa), que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.” Esta lei estabeleceu diversas restrições ao livre exercício das atividades de radiodifusão. Já em seu primeiro artigo, apesar de preconizar, no *caput*, que “é livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio”, excepcionou, em seu § 2º, a aplicação deste direito às empresas de radiodifusão, as quais deveriam se submeter a censura fixada por lei, ou, em caso de estado de sítio, diretamente pelo governo. A Lei de Imprensa previu um extenso rol de sanções administrativas e penais àqueles que, de acordo com seus termos, cometessem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, sanções estas as quais também estavam sujeitos os responsáveis pelas empresas de radiodifusão. Dentre as inúmeras medidas de cunho autoritário previstas pela Lei de Imprensa, pode ser citada a possibilidade de prisão, com imposição de pena de detenção de 01 (um) a 04 (quatro) anos, de jornalistas e responsáveis pelos meios de comunicação social que fizessem propaganda de “processos de subversão da ordem política e social” (art. 14).

32 O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, declarou que a Lei nº 5.250 não foi recepcionada pela Constituição de 1988, porque com ela incompatível. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2010.

Com um viés autoritário peculiar aos regimes militares, em 28 de fevereiro de 1967 foi editado o Decreto-lei 236, que complementou e modificou o CBT. Este Decreto-lei incluiu, entre as hipóteses de abuso do exercício da liberdade de radiodifusão previstas no artigo 53 da Lei 4.117/62, a conduta de “colaborar na prática de rebeldia, desordens ou manifestações proibidas” (“I”), modificou o regramento sobre as sanções administrativas e penais praticadas pelos responsáveis pelas empresas de radiodifusão, bem como alterou outras disposições do CBT.

Pelo Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, o CONTEL passou a integrar a estrutura do Ministério das Comunicações, no papel de órgão normativo, de consulta, orientação e elaboração da política nacional de telecomunicações daquele Ministério (arts. 165 e 199, III). O CONTEL passou a exercer somente as funções de planejamento, ao passo que a maior parte das demais atribuições cometidas àquele órgão pelo CBT passaram a ser de competência do Ministro das Comunicações. Em 1972, o CONTEL foi extinto pelo Decreto 70.568, tendo um outro órgão, o DENTEL, órgão executivo do Ministério das Comunicações, assumido as competências que ainda remanesciam na esfera do CONTEL.

Até a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, outras leis e normas infralegais alteraram, de alguma forma, o tratamento jurídico conferido às empresas de radiodifusão. Este tópico buscou apenas apresentar as principais normas aplicáveis aos serviços de radiodifusão até se chegar ao estágio atual, para possibilitar a visualização do panorama normativo no decorrer da história. Aliás, nesta matéria, verifica-se que, ao longo do tempo, foi sendo formado um complexo e disperso cipoal de normas jurídicas, composto pela Constituição, inúmeras leis esparsas, decretos e regulamentos. Este problema perdura até os dias atuais, o que fomenta o reclamo de diversos operadores do Direito pela necessidade da edição de uma lei que reúna, atualize e concentre as normas legais aplicáveis às atividades de radiodifusão.³³

³³ Nesse sentido: PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 127; BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 235.

1.4 Regime e disciplina jurídica atual das atividades de radiodifusão de sons e imagens

1.4.1 Panorama constitucional e infraconstitucional

Serão identificadas, a seguir, as principais normas constitucionais, legais e infralegais em vigor que disciplinam os serviços de radiodifusão – e, em especial, aquela destinada à transmissão de sons e de imagens (televisão). Um estudo mais detalhado de algumas destas normas será realizado em tópicos posteriores, sendo a nossa intenção, por ora, apenas a de apresentar uma visão panorâmica do regramento constitucional e infraconstitucional aplicável aos serviços de radiodifusão.

Em sua redação originária, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF), promulgada em 05 de outubro de 1988, ao definir as competências materiais da União, estipulou uma disciplina aparentemente contraditória quando tratou da exploração das atividades de telecomunicações. O inciso XI do art. 21³⁴ prescrevia que a exploração deste tipo de atividade competia à União, diretamente ou mediante concessão a empresas sob o controle estatal. Todavia, o inciso XII³⁵ do mesmo artigo autorizava a União a explorar os “serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações”, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, não fazendo qualquer restrição quanto às entidades para as quais o serviço poderia ser delegado. A redação destes artigos é aparentemente contraditória, pois, enquanto o inciso XI atribuía com exclusividade ao Poder Público – diretamente ou mediante empresas sob o controle estatal – a exploração das atividades de telecomunicações, o inciso XII possibilitava esta exploração por particulares, mediante autorização, permissão ou concessão. Além disto, a radiodifusão é uma espécie de radiocomunicação, a qual, por sua vez, encontra-se abrangida pelo gênero

34 “Art. 21. Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.”

35 “Art. 21. Compete à União:

[...]

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.”

telecomunicações.³⁶

Para corrigir esta aparente incongruência normativa e para possibilitar a desestatização de alguns serviços públicos, entre os quais as telecomunicações, houve a promulgação, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional (EC) nº 8, em 15 de agosto de 1995, a qual veio a lume com a única finalidade de dar uma nova redação aos incisos XI e XII, “a”, do art. 21, da Lei Maior, que passaram a ostentar as seguintes redações:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

[...]

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

As Leis 9.295, de 19 de julho de 1996, e 9.472, de 16 de julho de 1997, regulamentaram os serviços de telecomunicação em geral. A Lei 9.472 regulamentou o mandamento previsto no inciso XI, do art. 21, da CF, com a redação dada pela EC 8/95. Criou-se, por esta lei, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com a função de órgão regulador das telecomunicações (art. 8º). Além disto, a Lei 9.472 atribuiu à ANATEL a competência para celebrar e gerenciar os contratos de concessão dos serviços de telecomunicações (art. 19, VI). Entretanto, o art. 211 desta mesma lei excepcionou esta regra quanto à outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, excluindo-a da competência da ANATEL.

De fato, a Lei 9.472/97 não incluiu as atividades de radiodifusão no seu âmbito de aplicação, ilação que também se extrai do seu art. 215, I, que enunciou expressamente a revogação do CBT, “salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”.

Conclui-se, destarte, que, no plano infraconstitucional, as atividades de radiodifusão tem no CBT o seu principal – mas não único - diploma legal. Esta lei, como noticiado anteriormente, recebeu uma regulamentação específica no tocante aos serviços de radiodifusão, através do Decreto 52.795, de 31 de outubro de 1963. Evidentemente, as disposições de ambos os instrumentos normativos citados devem ser analisados à luz da Constituição Federal de 1988, considerando não recepcionadas as normas que com ela

36 Neste sentido: ESCOBAR, J. C. M. op. cit., p. 194.

conflitem.

As disposições do CBT, do Decreto 52.795 e de outras normas infraconstitucionais serão abordadas mais detalhadamente adiante, na medida em que se mostrarem necessárias para a análise das questões analisadas neste trabalho.

Quanto à competência constitucional para legislar sobre radiodifusão, esta incumbe privativamente à União (art. 22, IV).

A CF adota como regra a liberdade de manifestação do pensamento e das ideias (art. 5º, IV, VI e IX), inclusive pelos serviços de radiodifusão (art. 220). Entretanto, a própria Magna Carta prevê que na vigência do estado de sítio decretado pelo Presidente da República no caso de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (art. 137, I), poderão ser tomadas contra as pessoas “restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”³⁷ (art. 139, III).

Em seu título VIII, ao tratar da “Ordem Social”, a CF reservou o capítulo V, sob o título “Da Comunicação Social”, para sistematizar o regramento aplicável às empresas de radiodifusão, principalmente no tocante à sua organização, a liberdade – com responsabilidade – no exercício desta atividade, o conteúdo da programação e restrições à propriedade dos meios de comunicação social.

O primeiro artigo do capítulo dedicado pela CF à comunicação social enfatiza que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*). A liberdade individual de todas as formas de expressão e de informação do ser humano foi assegurada, na qualidade de direito fundamental, no art. 5º da CF, em especial nos incisos IV, VI, VIII, IX, X e XIV.

No entanto, recém saído da experiência vivida no regime militar, onde as ingerências sobre os meios de comunicação de massa eram profundas e constantes, optou o legislador constitucional em reafirmar expressamente que estas liberdades também devem ser

³⁷ Novamente há de ser criticada a falta de técnica do legislador constituinte, ao referir-se, no mesmo dispositivo, às atividades de radiodifusão e de televisão, como se esta última já não estivesse englobada no conceito de radiodifusão.

observadas em relação aos veículos de comunicação social. Por outro lado, saliente-se, desde logo, que a parte final do *caput* do art. 220 determina sejam observadas as demais disposições constitucionais, o que demonstra que este direito não é absoluto e nem ilimitado. O § 1º do art. 220 reforça esta constatação, pois, ao mesmo tempo em que preconiza que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, determina a observância do disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, os quais consignam algumas restrições ao exercício das próprias liberdades que abrigam. Com efeito, o inciso IV garante a liberdade de manifestação do pensamento, mas veda o anonimato; os incisos V e X asseguram o direito de resposta e a indenização por dano material, moral ou à imagem, mecanismos de compensação e reparação por abusos na liberdade de manifestação; o inciso X, citado acima, garante a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; o inciso XIII prevê a possibilidade de lei estabelecer qualificações profissionais para o exercício de determinadas atividades; e, por fim, o inciso XIV resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

O controle sobre as informações divulgadas pelos meios de comunicação social exercido pelo regime militar anteriormente à redemocratização do país, inspirou a inserção do § 2º do art. 220, o qual proíbe “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Cumpre lembrar a já mencionada exceção prevista no art. 139, III, que permite o estabelecimento de restrições à liberdade dos meios de comunicação social, na forma da lei. A censura será tratada mais adiante, em tópico próprio.

O § 3º do art. 220 trouxe importantes inovações, tendo atribuído à lei federal a incumbência de regular mecanismos de proteção do telespectador com relação à programação veiculada. Neste sentido, lei federal poderá “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” (inc. I) e “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” (inc. II).

Em consonância com o mandamento constitucional acima e atento à proteção

integral conferida pelo art. 227 da CF ao público infanto-juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, estabeleceu a obrigatoriedade do Poder Público promover a classificação dos programas televisivos de acordo com as faixas etárias para as quais são recomendadas, devendo apresentar a classificação realizada antes da exibição do respectivo programa (arts. 74 e 76, parágrafo único, do ECA). A Lei 10.359, de 27 de dezembro de 2001, que entrou em vigor somente em 30 de junho de 2004 (art. 8º), atribuiu ao Poder Executivo a responsabilidade de promover a classificação indicativa dos programas de televisão, a qual deverá ser realizada com a identificação daqueles que contenham cenas de sexo ou violência (art. 3º). O mecanismo de classificação indicativa dos programas televisivos é atualmente regulamentado pela Portaria 1.220, de 11 de julho de 2007, do Ministério da Justiça. A classificação indicativa será objeto de detida análise adiante, em tópico próprio.

Por outro lado, a mesma Lei 10.359/01 instituiu a obrigatoriedade de os novos aparelhos de televisão conterem dispositivo que possibilite o bloqueio temporário da recepção de programação inadequada, através da utilização de código alfanumérico, de forma previamente programada, ou pelo reconhecimento de código ou sinal que as emissoras de televisão passaram a ser obrigadas a transmitir juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência (arts. 1º e 4º).

Também com a finalidade de proteger o público telespectador, o § 4º do art. 220, da CF, sujeita a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias a restrições legais, recomendando-se a veiculação de advertência sobre os malefícios decorrentes do uso desses produtos.

As limitações à propaganda de produtos nocivos, na forma preconizada pelo dispositivo constitucional acima, foi regulada pela Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispôs sobre “as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas”. Esta lei sofreu algumas alterações posteriores, mormente pelas Leis 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e 10.702, de 14 de julho de 2003, e pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. O Decreto 2.018, de 1º de outubro de 1996, foi editado com o objetivo de regulamentar a Lei 9.294/96, mas já se encontra defasado e inaplicável em diversos aspectos em razão das posteriores alterações àquele diploma legal.

Outra importante inovação da atual CF foi a inserção, em seu texto, de

princípios que deverão nortear a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, os quais encontram-se enumerados no art. 221. Não se trata, contudo, de uma novidade no sistema jurídico, uma vez que legislação infraconstitucional existente antes da vigência da nova carta política já continha diversos dispositivos indicativos do conteúdo das programações televisivas.³⁸ O grande avanço neste tema foi a elevação, à estatura constitucional, das diretrizes que devem reger a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão. Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, estas deverão atender aos seguintes princípios: “I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”, “II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação”, “III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei” e “IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Diversos diplomas legais regulamentam o conteúdo da programação televisiva em consonância com o mandamento constitucional acima, caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 76, *caput*), do CBT (art. 38, “h”) e da Lei 11.652/08 (art. 2º).

“Os meios e comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”, na dicção do § 5º do art. 220 da CF. A análise da realidade nos causa dúvida sobre o efetivo cumprimento deste mandamento constitucional. As concessões de televisão e rádio encontram-se hoje concentradas nas mãos de algumas poucas famílias, muitas das quais ligadas à área política. Pesquisas revelaram que apenas oito famílias detêm a maior parte das concessões de rádio e televisão.³⁹ Além disto, de acordo com um levantamento realizado no de 2001 pela liderança do Partido dos Trabalhadores (PT) na Câmara dos Deputados, com base em dados dos registros no Ministério das Comunicações e na ANATEL, 73,75% das 3.315 concessões da rádio e TV do país pertenciam a políticos ou seus familiares.⁴⁰

Seguindo a tradição constitucional brasileira, a Constituição de 1988 também

38 Por exemplo, o CBT e o Decreto 52.795/63.

39 FANTAZZINI, Orlando; GUARESCHI, Pedrinho. **A campanha Ética na TV e o conteúdo da programação televisiva.** In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. 117-128. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 123-124.

40 REBOUÇAS, Edgard. **O discurso/escudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia.** In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. 95-106. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em 24 mai. 2010. p. 98.

estabeleceu outras restrições quanto à propriedade, à administração e à orientação intelectual das empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Estas restrições sempre foram justificadas pelo argumento central de proteção à soberania nacional em face de indevidas ingerências externas, haja vista que os meios de comunicação social são poderosos instrumentos de influência na vida das pessoas, na formação de opiniões e convicções. A redação original da CF determinava que a propriedade, a administração e a orientação intelectual das empresas de radiodifusão de sons e de sons e imagens deveriam ser exercidas com exclusividade por brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, vedada a participação de estrangeiros, inclusive através de pessoa jurídica.⁴¹

A Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002, flexibilizou moderadamente a exigência de que a propriedade e a administração das empresas de radiodifusão se restrinjam às mãos de brasileiros. O *caput* do art. 222, com a redação que lhe foi dada pela sobredita emenda, dispõe 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.” Contudo, com a EC nº 36, permitiu-se a participação de estrangeiros na propriedade das empresas de radiodifusão, desde que esta participação não ultrapasse o máximo de 30% trinta por cento do capital total e do capital votante destas empresas (art. 222, § 1º). Esta participação estrangeira foi relegada à regulamentação por lei (art. 222, § 4º), sendo que a Lei 10.610, de 10 de dezembro de 2002, atualmente cumpre este papel. Qualquer alteração do controle societário das empresas de radiodifusão deverá ser comunicada ao Congresso Nacional (art. 222, § 5º). Em qualquer caso, no entanto, a gestão das atividades, a responsabilidade editorial e o conteúdo da programação veiculada deverão ficar a cargo de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos (art. 222, §§ 1º e 2º).

Em harmonia com o art. 21, XII, “a”, da CF, que faculta à União a delegação, a particulares, das atividades de radiodifusão de sons e de sons e imagens, o art. 223 atribui ao Poder Executivo a competência para conceder e renovar a concessão, permissão e autorização

41 A redação original do dispositivo era a seguinte:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual.

§ 1º É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político 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.”

destes serviços, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Consoante já consignado anteriormente, a competência para celebrar e gerenciar contratos de concessão dos serviços de telecomunicações, em regra, é da ANATEL, por força do art. 19, VI, da Lei 9.472/97. Todavia, o art. 211 dessa lei excluiu as atribuições da sobredita agência reguladora em relação à outorga e renovação da concessão dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. A competência para outorga e renovação das concessões dos serviços de radiodifusão, por esta expressa disposição legal, permaneceu no âmbito de competências do Poder Executivo central, cabendo à ANATEL tão somente elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica.

Em atenção ao mencionado princípio da complementaridade dos sistemas público, privado e estatal, foi editada a Medida Provisória nº 398, de 10 de outubro de 2007, que instituiu “os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta, autoriza o Poder Executivo a constituir a Empresa Brasil de Comunicação - EBC, e dá outras providências”. Esta medida provisória foi convertida na Lei 11.652, de 7 de abril de 2008. A Empresa Brasil de Comunicação S.A. - EBC será vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (art. 5º), e terá por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos, observados os princípios e objetivos estabelecidos naquela lei (art. 6º).

Por outro lado, o Decreto-lei nº 236, de 28 de fevereiro de 1967, menciona a modalidade de serviços de televisão educativa em seus arts. 13 a 15, que traz algumas especificidades em relação ao regime geral das atividades de radiodifusão. Pelo seu art. 14 esta modalidade de televisão somente pode ser explorada pelo Poder Público (União, Estados e Municípios), por universidades brasileiras ou por fundações constituídas no Brasil, cujos estatutos não contrariarem o CBT (art. 14).

A televisão por assinatura também possui legislação específica (atualmente a Lei 8.977, de 06 de janeiro de 1995), mas não será objeto de estudo deste trabalho, uma vez que diversas de suas características (contraprestação direta pelo telespectador, limitação do serviço aos assinantes etc.) tornam o regime jurídico desta atividade diferente daquele ao qual

os serviços de radiodifusão aberta encontra-se submetido.⁴²

O ato do Poder Executivo que conceder ou renovar a delegação do serviço de radiodifusão de sons (rádio) ou de sons e imagens (televisão) tem os seus efeitos jurídicos condicionados à aprovação do Congresso Nacional, o qual terá o prazo previsto no art. 64, §§ 2º e 4º⁴³ para apreciação, a contar do recebimento da mensagem (art. 223, §§ 1º e 3º). O prazo da concessão ou permissão dos serviços de rádio será de dez anos, e dos serviços de televisão, quinze anos (art. 223, § 5º). Quanto à renovação, são necessários dois quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação nominal, para que ela não seja autorizada.⁴⁴

Ao estabelecer que o “cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”, o art. 223, § 5º, conferiu aos serviços de radiodifusão um tratamento diferente dos regimes jurídicos comuns da permissão e da concessão, institutos do Direito Administrativo. Estes dois institutos serão tratados mais detalhadamente em tópico próprio a seguir, cabendo aqui adiantar que a regra é a de que ambos possam ser desfeitos por vontade e ato unilateral da própria Administração Pública, desde que pautada pelo interesse público. O dispositivo constitucional mencionado, entretanto, excepciona esta regra, ao estabelecer que o cancelamento da concessão antes de findo o seu prazo só poderá ocorrer por decisão judicial.

Por fim, o art. 224 prevê a criação por lei, pelo Congresso Nacional, do Conselho de Comunicação Social (CCS), órgão que deverá auxiliá-lo nas suas atividades relacionadas a este assunto.

A Lei 8.389, de 30 de dezembro de 1991, cuidou de criar o CCS, atribuindo-lhe as funções de realizar estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional a respeito do capítulo da “Comunicação Social” previsto na CF.

42 No campo da radiodifusão, quando a transmissão é dirigida ao público em geral, sem diferenciação, ela é chamada de *broadcasting* (caso do rádio e da televisão aberta). Se a transmissão atinge uma audiência específica, dirigida, que geralmente paga pelo acesso à programação, ela é chamada de *narrowcasting* (por exemplo, a TV a cabo e a TV por assinatura). ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 67.

43 Estes dispositivos estabelecem o prazo conferido ao Congresso Nacional para apreciar projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, para os quais este haja demandado urgência.

44 MELLO, C. A. B. de (op. cit., p. 689) qualifica como escandaloso o tratamento dado pela CF às concessões de radiodifusão, o qual atribui ao poder das empresas exploradoras dos meios de comunicação, muitas das quais nas mãos dos próprios políticos. Esta crítica funda-se no tratamento privilegiado conferido aos exploradores desta atividade, quando comparado com o regime constitucional de delegação dos demais serviços públicos.

1.4.2 A radiodifusão de sons e imagens enquanto serviço público

Corolário do princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput*), a CF estabelece, como regra, que o exercício das atividades econômicas é livre aos particulares, independentemente de autorização do Poder Público. Este mandamento, aliás, constitui direito fundamental individual (art. 5º, XIII), e, portanto, uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Ressalve-se, contudo, que o próprio dispositivo constitucional que assegura este direito prevê a possibilidade de lei infraconstitucional estabelecer condições ao exercício de determinadas ocupações (art. 5º, XIII) ou a exigência de prévia autorização do Poder Público para a exploração de determinadas atividades econômicas, nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único).

Ocorre que o Estado pode assumir para si a titularidade da prestação de determinadas atividades, por considerá-las importantes para a coletividade, e que, por este motivo, não podem ficar dependentes tão somente da iniciativa privada. Nesta hipótese, pode o Estado, na própria Constituição Federal⁴⁵ ou através da edição de lei, qualificar estas atividades reputadas relevantes à sociedade como serviços públicos, que deverão ser prestados por ele diretamente ou através de delegação a particulares, mediante a observância de um regime jurídico diferenciado. É o Estado quem elege quais são os serviços que considera públicos em um determinado momento histórico, através das normas que produz.⁴⁶ Conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado “poder de polícia”).

Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, as coloca sob uma disciplina peculiar instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente

45 Impende registrar a ressalva levantada por MELLO, C. A. B. de (op. cit., 672), ao sustentar que determinados serviços previstos na CF não são de titularidade exclusiva do Estado, os quais somente poderão ser qualificados como serviços públicos quando por ele prestados. É o caso da saúde, da educação, da previdência social e da assistência social, os quais poderão ser explorados por particulares sem necessidade de uma delegação estatal através da permissão ou concessão.

46 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2002. p. 99; MELLO, C. A. B. de. op. cit., p. 677-680.

corresponde ao próprio Estado, isto é, uma disciplina de Direito Público.⁴⁷

Na definição deste mesmo autor,

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interessados definidos como públicos no sistema normativo.⁴⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica esse conceito proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, uma vez que, na visão da autora, a expressão “utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados” restringe indevidamente o conceito, pois não abrangeria outras espécies de serviços públicos e que não são usufruíveis diretamente pela coletividade, como, por exemplo, os serviços diplomáticos e os trabalhos de pesquisa científica.⁴⁹ Em outras palavras, para esta autora estariam excluídos do conceito do serviço público proposto acima aqueles chamados *uti universi*, os quais são usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos.⁵⁰ Por esta razão, entende a citada doutrinadora que o serviço público pode ser melhor conceituado como

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, como o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.⁵¹

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são serviços públicos por determinação constitucional, pois incluem-se entre aqueles em que a “Carta Magna do País já indica, expressamente, [...] como da alçada do Poder Público Federal.”⁵² Deste entendimento não diverge Maria Silvia Zanella Di Pietro, que entende tratar-se de serviços públicos comerciais e industriais do Estado, sujeitos à disciplina do art. 175 da CF, cuja execução incumbe ao Estado de forma direta ou indireta, por

47 MELLO, C. A. B. op. cit., p. 655-656.

48 Id. Ibid., p. 656.

49 DI PIETRO, M. S. Z. op. cit., p. 97.

50 Id. Ibid., p. 106.

51 Id. Ibid., p. 99. Outro conceito nos é fornecido por MEIRELLES, H. L., para quem “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Note-se que, para este autor, basta a vontade do Estado, manifestada por lei (em sentido amplo), para que determinado serviço seja qualificado como público e, por conseguinte, se submeta a um regime jurídico próprio. No caso, o atendimento do interesse público primário não é indispensável à noção de serviço público, haja vista que o Estado pode atribuir esta qualificação a determinadas atividades por mera conveniência em determinado momento histórico. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2001. p. 311

52 Op. cit., p. 670.

meio de concessão ou permissão.⁵³ Hely Lopes Meirelles afirma que as atividades previstas no art. 21, XII, da CF, são serviços públicos de competência privativa da União.⁵⁴

Com relação às atividades de radiodifusão há um regramento constitucional específico delineado no Capítulo V, do Título VIII, da CF, que cuida da Comunicação Social, e que excepciona a regra da livre iniciativa, corolário da opção do legislador constitucional em ter qualificado esta atividade como serviço público (art. 21, XII, “a”). O art. 223 da CF determina que a exploração das atividades da radiodifusão por particulares depende da concessão, permissão ou autorização pelo Poder Público, que terá um prazo de dez anos para as atividades de radiodifusão de sons (rádio) e de quinze anos para as atividades de radiodifusão de sons e imagens (televisão) (artigo 223, § 5º, da CF).

A qualificação das atividades de radiodifusão como serviço público pode ser justificada por razões fáticas e jurídicas.

Inicialmente impende destacar a importância destes meios de comunicação para a coletividade, especialmente por ser o principal veículo de informação da população brasileira, com grande influência na formação da opinião das pessoas. Conforme se verá adiante, a liberdade de expressão e informação, mormente quando exercida pelos meios de comunicação de massa, possui uma dimensão subjetiva (que objetiva tutelar o livre desenvolvimento da personalidade humana) e uma dimensão objetiva (consistente na importância do exercício desta liberdade para contribuir para o debate público de ideias, fomentando o pluralismo e a participação popular na formação da vontade estatal). Nesta senda,

[...] o exercício da liberdade de expressão e comunicação pela mídia eletrônica deve ser delineado como serviço público, porque este se afigura o regime jurídico mais apropriado para garantir que as emissoras de rádio e televisão possam efetivamente contribuir com a consecução dos princípios básicos que fundamentam a sociedade e o Estado brasileiros, máxime quanto à preservação da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da cidadania, do pluralismo político (CF, art. 1º, I, II, III, V), quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e à prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º).⁵⁵

Além disto, o espectro de radiofrequência, meio pelo qual as transmissões de

53 Op. cit., p. 105.

54 Op. cit., p. 320. DAWALIBI, M. (op. cit., p. 417) também não discrepa deste entendimento, anotando que as radiodifusão sonora e de sons e imagens são serviços públicos que podem ser concedidos a particulares.

55 FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação** : teoria e proteção constitucional. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 218.

rádio e de televisão são levadas até o telespectador, é fisicamente limitado⁵⁶, sendo necessário evitar interferência entre as diferentes transmissões. Por outro lado, não é possível a utilização de uma mesma frequência, simultaneamente, por diferentes veículos de comunicação, o que restringe ainda mais o potencial de uso do espectro de radiofrequência.⁵⁷ Além disto, diversas instituições prestadoras de serviços públicos relevantes dependem do espectro de radiofrequência para comunicação no exercício de suas atividades, caso das polícias, do corpo de bombeiros, serviços médicos de emergência e controladores de vôos. Cabe ao Poder Público, portanto, a incumbência de organizar e autorizar o uso do espectro de radiofrequência, uma vez que este é um bem público⁵⁸, conforme assim o define o art. 157 da Lei 9.472/97.⁵⁹

1.4.3 A delegação do serviço público de radiodifusão de sons e imagens para particulares

A identificação da natureza jurídica do título pelo qual o Poder Público delega aos particulares a execução dos serviços de radiodifusão de sons e imagens tem fundamental importância. Permite a definição do regime jurídico aplicável às entidades exploradoras dos serviços, o que repercute na determinação do regramento legal aplicável, principalmente nas suas relações com o Poder Público e com os destinatários finais das transmissões (telespectadores).

A CF, tanto no art. 21, XII, “a”, como no art. 223, menciona que o Poder Público poderá delegar a execução dos serviços de radiodifusão para particulares através da concessão, permissão e autorização. Portanto, pela dicção constitucional, todos estes três

56 ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 14-15.

57 Id. Ibid., p. 1-2.

58 A doutrina (DI PIETRO, M. S. Z. op. cit., p. 544-547) classifica os bens públicos em três modalidades: bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais (do domínio privado do Estado). Bens de uso comum do povo são “aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração”. “Bens de uso especial são todas as coisas, móveis e imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins.” Bens dominicais são “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.” Por esta classificação, o espectro de radiofrequência pode ser enquadrado como um bem de uso especial, pois ele é o meio pelo qual o Estado, direta ou indiretamente, se utiliza para a prestação dos serviços públicos de radiodifusão.

59 “Art. 157. O espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.”

institutos, embora possuam características e regulamentação distintas, constituem meios pelos quais o Poder Público pode delegar serviços públicos de radiodifusão a particulares.⁶⁰

A possibilidade de delegação de um serviço público estatal para particulares através dos institutos da concessão e permissão não encontra maiores resistências na doutrina pátria.⁶¹ Entretanto, muitos autores sustentam que a autorização é um instituto que, por suas características, não seria adequado para esta finalidade. Deveras, na definição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “autorização é o ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedada”.⁶² Colhe-se deste conceito que a autorização é aplicável ao exercício de atividades materiais (porte de arma, por exemplo) e não aos serviços públicos.

Já a permissão “é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se faculta, a título precário, ao particular, a execução de obras e serviços de utilidade pública, ou o uso excepcional de bem público, ou a prática de ato jurídico de ofício público”.⁶³ Nota-se, pelo próprio conceito doutrinário de permissão, a possibilidade desta ser utilizada para a prestação de serviços públicos por particulares.⁶⁴

O principal traço comum entre a autorização e a permissão é o caráter precário de ambas, o que permite as suas revogações livres e unilateralmente, e a qualquer tempo, pelo Poder Público, por motivo de interesse público, exceto disposição legal em contrário ou se dadas por prazo certo.⁶⁵ Tanto a autorização como a permissão são atos administrativos

60 DI PIETRO, M. S. Z. critica a falta de uniformidade da CF ao se referir a estes institutos. Enquanto o art. 175 menciona a possibilidade de delegação de serviços públicos sob o regime de “concessão ou permissão”, os arts. 21, XI e XII, e 223, aludem à autorização, além daqueles dois institutos. Já o art. 25, § 2º, que prevê a competência dos estados explorarem serviços locais de gás canalizado, refere-se somente à concessão. DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública** : concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo : Atlas, 2006. p. 86.

61 MELLO, C. A. B. de. op. cit., p. 675.

62 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 1969. p. 493.

63 Id. Ibid., p. 492.

64 MELLO, C. A. B. de. (op. cit., p. 740) defende que a permissão, em virtude das características da precariedade e da discricionariedade, deveria ficar restrita às situações em que “a possibilidade de revogação unilateral a qualquer tempo e sem qualquer indenização [...] não acarretaria consequências econômicas perniciosas para o permissionário, sendo, pois, um instituto aplicável sobretudo em face de situações efêmeras, transitórias.” Este autor entende que a permissão seria cabível nas hipóteses em que: “a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.” Não requer maior esforço intelectual a conclusão de que a atividade de televisão não se compatibiliza com as condições citadas pelo referido autor.

65 MELLO, O. A. B. de. op. cit., p. 492-493.

unilaterais, diferentemente da concessão, que tem natureza contratual.⁶⁶ A precariedade verificada naquelas também não existe na concessão, a qual tem prazo determinado.⁶⁷

Para explicar a referência, da Constituição atual, à autorização como meio hábil a permitir a prestação de serviços públicos por particulares, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que:

[...] a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de integração de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias [...]. Aí, então, a palavra “autorização” foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 223 da Constituição.⁶⁸

A redação da Constituição Federal de 1988, quando alude aos institutos da concessão, permissão e autorização como instrumentos para a delegação do serviço público de radiodifusão, parece ter se inspirado na legislação infraconstitucional que à época disciplinava a matéria.

Deveras, o CBT prevê, em seu art. 32, que os serviços de radiodifusão poderão ser executados diretamente pela União ou através de concessão, autorização ou permissão. O Decreto 52.026/63, que aprovou o regulamento geral do CBT, definiu a autorização como o “ato pelo qual o Poder Público competente concede ou permite a pessoas físicas ou jurídicas,

66 MELLO, C. A. B. de (op. cit., p. 696) posiciona-se contrariamente a este entendimento, ao analisar a natureza jurídica da concessão de serviço público. Para este autor, a “concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.” Não obstante estas considerações, reconhece o autor que a concessão é referida no Direito Administrativo brasileiro simplesmente como um contrato administrativo.

67 Embora a doutrina entenda que a permissão, dada a sua natureza, não se compatibiliza com a fixação de um prazo certo, a realidade brasileira atual demonstra que não são raros os exemplos em que a Administração Pública autoriza a exploração de serviços públicos por particulares, com estabelecimento de prazo. Esta situação, denominada de permissão condicionada (por MEIRELLES, H. L.) ou de permissão qualificada (por CRETELLA JÚNIOR, J.), é comumente verificada nas delegações de serviços de transporte público. DI PIETRO, M. S. Z. (op. cit., 2006, p. 281-282) critica o uso da permissão com este formato (com fixação de prazo), alertando que este expediente desnatura o instituto e o aproxima da concessão.

68 MELLO, C. A. B. de. op. cit., p. 675.

de direito público ou privado, a faculdade de executar e explorar em seu nome e por conta própria serviços de telecomunicações, durante um determinado prazo” (art. 6º, nº 1); a concessão como “a autorização outorgada pelo poder competente a entidades executoras de serviços públicos de telecomunicações, de radiodifusão sonora de caráter nacional ou regional e de televisão” (art. 6º, nº 4); e a permissão como “a autorização outorgada pelo poder competente a pessoas físicas ou jurídicas para execução dos seguintes serviços: Radiodifusão de caráter local, não incluindo o de televisão; Público Restrito; Limitado Interior; Radioamador; Especial”. (art. 6º, nº 23).

O Decreto 52.795/63, que traz o regulamento específico dos serviços de radiodifusão, repete em seu art. 5º, nos nºs 1 e 3, as definições de autorização e concessão trazidas pelo art. 6º, nºs 1 e 4, do Decreto 52.026, respectivamente. Quanto à permissão, o Decreto 52.795 dispôs que ela é adequada somente para “a autorização outorgada pelo poder competente a entidades para a execução de serviço de radiodifusão de caráter local” (art. 5º, nº 21), até porque as demais modalidades previstas no art. 6º, nº 23, do Decreto 52.026, não se referem à radiodifusão.

A regulamentação infraconstitucional vigente antes da promulgação da Constituição de 1988, embora tenha aludido à autorização, não possibilitava a delegação dos serviços de radiodifusão através desta modalidade. Os decretos acima, como visto, dispõem que a permissão é o instituto cabível para a delegação dos serviços de radiodifusão sonora local. Por outro lado, a radiodifusão sonora de caráter regional e nacional e as atividades de televisão somente podem ser delegadas através de concessão.

Embora a CF também faculte a delegação desta atividade à iniciativa privada pelos institutos da autorização e da permissão (art. 223), priorizar-se-á, doravante, a argumentação a respeito do instituto da concessão, por ser aquele que reúne as características que mais se adequam ao objeto de delegação e ter a sua disciplina específica desenvolvida pela legislação infraconstitucional acima referida (CBT e Decretos 52.026/63 e 52.795/63). Isto não significa, entretanto, que o regramento infraconstitucional atual impede seja a delegação da atividade de radiodifusão de sons e imagens instrumentalizada através dos institutos da autorização e permissão. Conclusão desta espécie é inadmissível, pois subverteria a hierarquia das normas jurídicas, colocando as disposições de decretos acima de enunciados constitucionais. Ademais, tendo a própria CF fixado prazo certo, de quinze anos, tanto para a

concessão como para a permissão do serviço de televisão (art. 223, § 5º), na prática deixa de subsistir qualquer diferença relevante entre os regimes jurídicos de cada um, pois a fixação de prazo na permissão muito a aproxima da concessão.

Oswaldo Antônio Bandeira de Mello, com base no estudo da doutrina francesa, alemã e italiana, aduz que a concessão é um instituto cuja compreensão suscita divergências, sendo os italianos aqueles que lhe atribuem um significado de maior amplitude. Este mesmo autor registra que também não há uniformidade de entendimento sobre a natureza jurídica da concessão, dividindo-se a doutrina em três grandes correntes de pensamento: a-) uma primeira que entende tratar-se de ato unilateral do concedente, que demanda um outro ato unilateral do concessionário, aceitando-a; b-) aquela que enxerga no instituto um ato contratual, decorrente do acordo de vontade entre as partes; c-) e uma terceira corrente que vislumbra a existência de dois atos jurídicos: um unilateral, regulamentando o regime do ato de atribuição do Poder Público, e um contratual sobre a equação econômico-financeira do concessionário.⁶⁹ Outros autores também aludem a esta falta de consenso doutrinário sobre a concessão no Direito Administrativo.⁷⁰ Apesar destas divergências, para fins deste estudo,

Pode-se definir concessão como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.⁷¹

O nosso atual ordenamento jurídico prevê diversas modalidades de concessão: a concessão de obra pública, regulada pela Lei 8.987/95, e, em sua forma patrocinada, pela Lei 11.079/04; a concessão patrocinada, uma das modalidades de parceria público-privada prevista na Lei 11.079/04; a concessão administrativa, outra modalidade de parceria público-privada disciplinada pela Lei 11.079/04; a concessão de bem público, com ou sem exploração do bem, regulada por legislação esparsa; e, por fim, a concessão de serviço público, cujas regras gerais são trazidas pela Lei 8.987/95.⁷² Sagaz a constatação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao mencionar que:

Em muitos contratos, existe a conjugação de diferentes modalidades, em que uma constitui o objeto principal e a(s) outra(s), o acessório. É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia, em que o objeto é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de

⁶⁹ Mello, O. A. B. de. op. cit. p. 488-491.

⁷⁰ DI PIETRO, M. S. Z. (op. cit., 2006, p. 83); Mello, C. A. B. de. (op. cit., p. 696); GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 231.

⁷¹ DI PIETRO, M. S. Z. op. cit., 2006, p. 273.

⁷² Id. Ibid., p. 84.

remuneração do concessionário; mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público. Também é o que ocorre nas várias modalidades de concessão de serviço público (e vai ocorrer nas parcerias público-privadas), em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público.⁷³

Ao autorizar a exploração das atividades de radiodifusão, o Poder Público confere ao delegatário a prerrogativa de prestar um serviço público, consistente na transmissão de sons (rádio) ou de sons e imagens (televisão), que utilizará como veículo um bem público, qual seja, o espectro de radiofrequências.⁷⁴ Portanto, o contrato administrativo celebrado entre o Poder Público e o delegatário terá por objeto a concessão de um serviço público, que se utilizará de um bem público na sua prestação.

Diógenes Gasparini afirma que concessão de serviço público

é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certos serviços, que lhe são privativos, a terceiros que para isso manifestem interesse e que serão remunerados adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifas previamente aprovadas.⁷⁵

Comporta dificuldades a aplicação da definição acima ao contrato de concessão dos serviços de radiodifusão, uma vez que a principal forma de remuneração das emissoras comerciais abertas de rádio e televisão é a obtenção de receita pela veiculação de publicidade paga. Neste caso, a remuneração do concessionário não é suportada de forma direta pelo usuário final do serviço (telespectadores), mas pelos anunciantes.⁷⁶

Atenta a esta peculiaridade, que também se verifica em outros serviços públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sugere uma outra definição de concessão de serviço público. Para esta administrativista, o instituto em tela é melhor conceituado como o “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”⁷⁷

O contrato de concessão de serviço público busca conjugar o interesse da

73 Id. *Ibid.*, p. 84-85.

74 De acordo com o art. 157 da Lei 9.472/97, “o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.”

75 GASPARINI, D. *op.cit.*, p. 231.

76 Ao explicar que a remuneração do concessionário se faz em geral e basicamente pelas tarifas cobradas dos usuários, MELLO, C. A. B. de (*op. cit.*, p. 687) ressalva a possibilidade de que a contrapartida pela prestação do serviço se origine de outras fontes. O exemplo citado em sua obra é justamente a concessão de rádio e televisão, cuja remuneração advém de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes.

77 DI PIETRO. M. S. Z. *op. cit.*, 2006, p. 93.

Administração Pública, consistente na adequada prestação do serviço, com as pretensões do delegatário, o qual geralmente visa o lucro na exploração da atividade. Este duplo aspecto da concessão demanda a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico híbrido, que mescla normas de direito público e de direito privado.

Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito a sua organização, a sua estrutura, as suas relações com terceiros [...], ao regime de trabalho de seus empregados, submetido à CLT; como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo.⁷⁸

Com efeito, em razão do interesse público na prestação do serviço à coletividade, o Poder Público goza de prerrogativas não verificadas em negócios do direito privado, e que o colocam em posição de superioridade frente ao delegatário. Esta posição de vantagem da Administração é expressa, no contrato de concessão, pelas chamadas cláusulas exorbitantes.⁷⁹ Também em razão da natureza dúplice do contrato de concessão, que busca conciliar o interesse público com as pretensões da entidade delegatária,

Toda concessão é submetida a duas categorias de normas, integrantes do respectivo contrato: uma diz respeito ao serviço concedido, propriamente, com sua regulamentação, e outra, compreendendo as normas de natureza contratual, propriamente ditas. Aquelas, de natureza regulamentar, podem ser alteradas, unilateralmente, pelo poder concedente. As ditas contratuais referem-se ao negócio estabelecido entre o poder concedente e a concessionária, suas condições econômico-financeiras, a retribuição pecuniária pelo serviço que vai prestar, etc., que só podem ser alteradas por acordo entre as partes.⁸⁰

Quando o Poder Público delega o serviço público a particulares, ele não abre mão da titularidade do serviço. Tendo-se em conta que aquela atividade foi qualificada por lei (em sentido amplo) como serviço público, o Estado conserva a titularidade do serviço, transferindo apenas a sua execução a terceiro, que o fará por sua própria conta e risco. A delegação também não retira ou diminui a ideia subjacente de que aquele serviço público é de interesse da coletividade, cabendo, pois, ao Estado, fiscalizar a sua prestação e adotar todas as

78 Id. *Ibid.*, p. 94.

79 “Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. [...] as principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato, na ocupação provisória e na aplicação de penalidades contratuais pela Administração.” MEIRELLES, H. L. *op. cit.*, p. 203-204.

80 ESCOBAR, J. C. M. *op. cit.*, p. 77.

medidas necessárias para garantir a satisfação das necessidades dos destinatários do serviço delegado.

O Estado deve ter sempre em vista que serviço público e de utilidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são, na feliz expressão de Brandeis, *public servants*, isto é, criados, servidores do público. O fim precípua do serviço público ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí decorre o dever indeclinável de o concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado.⁸¹

Por expresse mandamento constitucional, incumbe ao Poder Executivo a competência para outorgar e renovar a concessão do serviços de radiodifusão (art. 223 da CF). Contudo, este ato do Poder Executivo somente produzirá efeitos jurídicos após a aprovação do Congresso Nacional (art. 223, §§ 1º e 3º).⁸²

Trata-se de um ato de complexidade externa, condicionado à atuação convergente de duas vontades, a saber: a do Poder Executivo, como concedente, e a do Poder Legislativo, como deliberante, para formar um ato jurídico único de vontades concorrentes, ou “um feixe unitário de impulsos volitivos”, como esclarece Oswaldo A. Bandeira de Mello.⁸³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que os serviços de radiodifusão estão subordinados à disciplina do art. 175 da CF. Esta autora enfatiza que não são aplicáveis as disposições do art. 174, que tratam de atividades genuinamente econômicas as quais o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.⁸⁴

81 MEIRELLES, H. L. op. cit., p. 315.

82 ALMEIDA, A. M. de (op. cit., p. 67) entende que a exigência de aprovação da concessão e da renovação dos serviços de radiodifusão, pelo Congresso Nacional, foi salutar, haja vista que quando este “poder” ficava centralizado no Poder Executivo, a licença de radiodifusão era uma valiosa moeda eleitoral, sabido que muitos políticos tinham interesse neste tipo de concessão. Para ilustrar o afirmado, noticia o referido autor que “deputados e senadores frequentemente são aquinhoados com concessões ou permissões para rádio, TV e mesmo a nova TV por assinatura, em troca de apoio ao governo federal. Por exemplo, só na metade do governo do presidente José Sarney (1985-1990), exatas 1.087 concessões de rádio e TV haviam sido outorgadas, quase o dobro do número de outorgas de seu antecessor, o presidente João Figueiredo (634 concessões). A maior parte das concessões dadas por Sarney foi para deputados e senadores ou seus parentes ou amigos, em troca de suporte aos projetos do governo. Um verdadeiro disparate.”

83 FERREIRA, P. op. cit., p. 262. Com efeito, MELLO, O. A. B. de (op. cit., 474), referido nesta citação, esclarece que o “ato complexo é formado pela manifestação de vontade, que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade. Há como um feixe unitário de impulsos volitivos, de forma que o ato jurídico é produto da ação conjugada da vontade desses órgãos. Nesse ato há unidade de conteúdo e unidade de fins de várias vontades que se congregam, operando em fases simultâneas ou sucessivas, para formar um único ato jurídico, com vontades concorrentes que cooperam na sua constituição.”

84 DI PIETRO, M. S. Z. op. cit., p. 105. MELLO, C. A. B. de (op. cit., p. 688-689) também defende a submissão das concessionárias de radiodifusão (rádio e televisão) ao disposto no art. 175 da CF. Este autor critica com veemência a inobservância, na prática, da obrigatoriedade de prévia licitação nos serviços de radiodifusão, burla esta que credita a uma “velha tradição do favoritismo”, uma vez que muitos congressistas são titulares de concessões deste tipo.

Todavia, este regime jurídico geral de delegação de serviços públicos, quando tiver por objeto a radiodifusão de sons ou de sons e imagens, não se compatibiliza totalmente com a CF. Diversas normas constitucionais relativas a esta atividade estabelecem garantias específicas ao livre desenvolvimento dessas atividades, o que afasta a possibilidade de sujeitar o delegatário à aplicação de cláusulas exorbitantes na mesma extensão em que elas incidem nos demais serviços públicos.⁸⁵

Tome-se, como exemplo, a norma do § 4º do art. 222, que declara que o cancelamento da concessão ou permissão destes serviços antes de vencido o prazo depende de decisão judicial. Esta disposição constitucional aniquila a possibilidade de estipulação de uma cláusula exorbitante que contemple a rescisão unilateral do contrato administrativo. Além disto, as inúmeras normas constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e informação em geral, e, em especial, quando exercida pelos meios de comunicação social (especialmente o art. 220 e seus §§ 1º e 2º), limitam as hipóteses em que será possível a alteração unilateral do contrato ou a aplicação de sanções administrativas, conforme se verá adiante. Trata-se, deste modo, de uma espécie de delegação de serviço público *sui generis*, condicionada por diversas normas constitucionais que não se harmonizam com a regulamentação geral promovida pela lei editada em atendimento ao comando do art. 175 da CF.

Com efeito, no plano infraconstitucional, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF. Cuida-se, portanto, do diploma legal que regula o regime geral de concessão e permissão dos serviços públicos.⁸⁶ Observa-se, contudo, que o art. 41⁸⁷ dessa Lei subtrai do âmbito de sua aplicação as atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

A Lei 9.472/97, por sua vez, atribuiu à ANATEL a competência para celebrar e gerenciar os contratos de concessão dos serviços de telecomunicações (art. 19, VI), mas afastou expressamente de sua esfera de atribuições as atividades de radiodifusão (arts. 211 e 215, I). A propósito, o art. 215, inciso I, da Lei 9.472/97 revogou expressamente a Lei

85 FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão**: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. p. 59.

86 A Lei 8.987/95 foi posteriormente complementada e alterada por outras normas, mormente pela Lei 9.074 de 05 de julho de 1995, e pela Lei 9.648 de 27 de maio de 1998.

87 “Art. 41. O disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens.”

4.117/62, “salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”, o que torna clara a intenção do legislador em manter a regulamentação da concessão dos serviços de radiodifusão de sons e imagens no CBT. A reforçar esta assertiva, a Lei 10.610, de 20 de dezembro de 2002, que trata da participação estrangeira nas emissoras de radiodifusão, promoveu diversas modificações no texto do CBT.

Segundo já assinalado anteriormente, a concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens aberta encontra-se hodiernamente disciplinada, no plano infraconstitucional, essencialmente no CBT, com a regulamentação específica do Decreto 52.795, de 31 de outubro de 1963 (o qual sofreu importantes alterações pelo Decreto 91.837, de 25 de outubro de 1985).⁸⁸ Evidentemente a leitura de tais diplomas legais deve ser feita à luz da ordem constitucional vigente, considerando não recepcionados os dispositivos que lhe forem contrários.

⁸⁸ Consoante advertência anterior, tanto o CBT como os decretos referidos foram editados em data anterior à promulgação da atual Constituição Federal. Desse modo, somente os preceitos que se compatibilizarem com o atual regramento conferido pela Lei Maior são aplicáveis, considerando-se as disposições que com ela conflitam como não recepcionadas pela atual ordem constitucional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Interessa-nos especificamente neste trabalho o conteúdo da programação televisiva, veiculado pelas emissoras de radiodifusão de sons e imagens. Antes, contudo, de abordar especificamente este assunto, mister seja promovida a análise dos principais direitos e garantias fundamentais relacionados àquela específica atividade. Esta abordagem preliminar é relevante, pois permitirá compreender melhor diversos aspectos dos direitos e garantias fundamentais que lastreiam a difusão de conteúdos pela televisão, assim como facilitará a posterior análise sobre a possibilidade e os limites de restrição à liberdade na veiculação dos conteúdos.

Neste estudo será adotada principalmente a teoria dos direitos fundamentais proposta pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, com algumas contribuições trazidas às suas ideias por diferentes juristas, dentre os quais se destaca, na doutrina brasileira, o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva. Embora a teoria de Robert Alexy tenha como base a Constituição da Alemanha, não há óbice para que seja ela aplicada, com algumas adaptações, ao sistema jurídico brasileiro.

2.1 Conceito de direitos fundamentais

O conceito de direitos fundamentais é comumente associado à concepção de direitos humanos, razão pela qual algumas considerações preliminares sobre esta última categoria serão necessárias.

Inicialmente há que se observar que não existe um consenso doutrinário sobre o significado das expressões “direitos humanos” (ou “direitos do homem”).⁸⁹ Costuma-se empregar a concepção jusnaturalista, ao aludir aos direitos humanos como “[...] algo inerente à condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos”⁹⁰, ou como “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão

89 ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la etica em la sociedad atual**. Madrid : Editorial Civitas, 1997. p. 17.

90 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo :

jusnaturalista-universalista). [...] Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal.”⁹¹

Para Norberto Bobbio⁹², os direitos humanos podem ser entendidos como direitos decorrentes de um sistema de valores adotado pela sociedade em um determinado contexto histórico. Este sistema de valores pode se fundado de três modos distintos: a) através da dedução de um dado objetivo, como, por exemplo, a natureza humana; b) ao adotar a ideia de que os valores são evidentes por si; c) a verificação de quais os valores são aceitos de uma forma geral (não necessariamente total) em um determinado período histórico. Exemplo desta última hipótese pode ser encontrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que contém um catálogo de direitos humanos e recebeu a adesão inicial de 48 Estados.

Expressando entendimento semelhante, Gregório Robles⁹³ relaciona os direitos humanos com o reconhecimento de determinados valores ou critérios morais em virtude de sua “bondade intrínseca”, ou a “critérios morais de especial relevância para a convivência humana”. Os direitos humanos não gozam de nenhuma proteção e não produzem nenhum efeito jurídico enquanto não positivados, isto é, enquanto não forem reconhecidos como direitos por um determinado ordenamento jurídico. Após a sua positivação, que comumente se dá na Constituição, os direitos humanos serão denominados de direitos fundamentais, passando então a ser autênticos direitos que receberão a proteção pelo ordenamento jurídico, geralmente ocuparão uma posição privilegiada e receberão um tratamento especial em comparação com os demais direitos que não tenham este *status*.⁹⁴

Essa é a grande diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Aqueles, geralmente associados a valores “universais” do ser humano, necessitam, para que possam ter alguma tutela do Direito, ser reconhecidos e positivados pelo sistema jurídico.⁹⁵ Enquanto isto não ocorre, não passam de meras “pautas” de valores, sem qualquer eficácia

Saraiva, 2008. p. 58.

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Livraria Almedina, 1997. p. 359.

92 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Coutinho, Carlos Nelson. Nova ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004. p. 26-27.

93 ROBLES, G. op. cit., p. 18-20.

94 Id. Ibid., p. 20.

95 A positivação é exatamente a essência da definição apresentada por CANOTILHO, J. J. G. (op. cit., p. 359): “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. [...] os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

jurídica.⁹⁶ Esta positivação dos direitos humanos tem ainda a vantagem de conferir maior segurança jurídica às relações sociais, além de ter uma função pedagógica, pois evidencia os valores éticos de maior importância para a sociedade.⁹⁷

Antonio Enrique Pérez Luño, utilizando-se da expressão “derechos humanos”, tenta conjugar este aspecto material (de conteúdo) e o aspecto formal (positivação) dos direitos fundamentais, ao propor o seguinte conceito:

derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁹⁸

Na doutrina brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet, estribado nas lições de Robert Alexy e J. J. Gomes Canotilho, observa que os direitos fundamentais têm como características as suas fundamentalidades formal e material. A primeira concerne ao fato de que os direitos fundamentais encontram-se no ápice do ordenamento jurídico – a Constituição Federal -, cujas disposições encontram-se submetidas a uma proteção especial conferida pela própria Magna Carta quanto à possibilidade de modificação ou supressão dos direitos fundamentais que consigna (limites à reforma). A fundamentalidade material “[...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.”⁹⁹ Por força de seu art. 5º, § 2º, a Constituição brasileira admite a existência de outros direitos fundamentais não relacionados diretamente no seu texto, o que revela uma abertura da Carta neste aspecto.¹⁰⁰

Em razão da dúplice fundamentalidade vista acima, a conceituação de direitos

96 COMPARATO, F. K. (op. cit., p. 59-61) cogita a possibilidade de que alguns direitos possam ser, por interesses dos detentores do poder, “alçados” à condição de fundamentais na Constituição de um Estado ou em convenções internacionais, sem que detenham a nota da fundamentalidade material (de atributo inerente à condição humana). Para o autor, diante de tal risco, somente a positivação não seria um fundamento seguro para qualificar um direito como fundamental. Sugere o autor, então, a combinação com um outro fundamento, consistente na “[...] consciência na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.” Em outras palavras, uma consciência ética coletiva.

97 Id. Ibid., p. 59.

98 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª ed. Madrid : Editorial Tecnos, 2005. p. 50. Ao justificar este conceito, este autor (op. cit., p. 53) afirma: “La definición propuesta pretende conjugar las dos grandes dimensiones que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio.”

99 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007. p. 88-89. Sobre a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material: CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 349-350.

100 SARLET, I. W. op. cit., p. 89.

fundamentais deve ter em vista a ordem constitucional de um determinado Estado. Atento a esta diretiva, Ingo Wolfgang Sarlet, baseado na concepção de direitos fundamentais de Robert Alexy e na Constituição Federal Brasileira, apresenta a seguinte definição:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁰¹

Esta sucinta exposição tem por objetivo somente introduzir o tema, haja vista que direitos fundamentais é um tema praticamente inesgotável para o Direito.

2.2 A liberdade da manifestação do pensamento e a democracia

Ao longo da história pode-se perceber claramente que a possibilidade das pessoas expressarem livremente suas ideias e convicções dependia do regime político então vigente. O controle da informação e da manifestação do pensamento nos estados totalitários era um poderoso instrumento de manutenção do *status quo*, impedindo que as classes populares descontentes com os governantes exteriorizassem esse descontentamento. Invariavelmente, os regimes de índole autoritária obstaculizam a livre manifestação do pensamento, impondo suas linhas ideológicas como únicas a serem aceitas, observadas e seguidas, infensas a qualquer crítica externa. Governantes de regimes dessa espécie são sabedores de que eventual insurgência dos governados será mais rápida, vigorosa, ampla e intensa se se permitir o livre desempenho daquela liberdade.

As manifestações do pensamento, exteriorizadas não só pela palavra escrita ou falada, mas por todas as demais formas de expressão (corporal, artística etc.), sempre fizeram parte da vida em sociedade. É através destas manifestações que as pessoas interagem entre si e se comunicam, trocam ideias e impressões, externam as suas opiniões e visões sobre os mais

101SARLET, I. W. op. cit., p. 91. O conceito geral e formal proposto por Robert Alexy foi assim formulado: “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2008. p. 446

variados assuntos. Muitas vezes ideias ou opiniões contrárias e/ou complementares são contrapostas àquelas inicialmente manifestadas pelo sujeito emissor, em um verdadeiro movimento dialético, que contribui para o amadurecimento e uma maior reflexão dos assuntos debatidos. Esse processo pavimenta o caminho necessário para as grandes transformações da vida coletiva e antecedeu as revoluções sociais e políticas ocorridas na sociedade. A história é rica em exemplos que confirmam esta assertiva.

A Revolução Francesa, que propiciou o rompimento do Estado absolutista e a transição para um Estado liberal, foi antecedida pelo Iluminismo, movimento que trabalhou na difusão de ideias e pensamentos que permitiram o amadurecimento e a conscientização necessários à deflagração da revolução. Semelhantes condições precederam e configuraram os movimentos sociais que permitiram a conquista da independência pelos povos americanos colonizados por nações europeias, como é o caso dos Estados Unidos da América.

Dentre os diferentes conteúdos da comunicação, sobressai a importância da informação como instrumento indispensável para a participação social, como bem ressalta Paulo Affonso Leme Machado, pois

A qualidade e a quantidade de informação irão traduzir o tipo e a intensidade da participação na vida social e política. Quem estiver mal informado nem por isso estará impedido de participar, mas a qualidade de sua participação será prejudicada. A ignorância gera apatia ou inércia dos que teriam legitimidade para participar.

Em regimes políticos onde não se permita uma razoável participação dos cidadãos na vida política se irá procurar diminuir, impedir ou direcionar a informação. Contudo, como é praticamente impossível, na atualidade, impedir completamente a transmissão de dados de interesse geral ou difuso, mesmo o cidadão deficientemente informado acabará por postular um mínimo de participação.

102

Levando-se em conta as considerações acima, percebe-se claramente que a liberdade de manifestação do pensamento é relacionada aos regimes democráticos, ao passo que o cerceamento dessa liberdade é cenário próprio de regimes autoritários.¹⁰³ Estes últimos não perdurariam por muito tempo em um ambiente de livre trânsito das informações, ideias e pensamentos, e a democracia não poderia ser assim qualificada se não permitisse a crítica. Afinal, “[a] democracia repousa nos três princípios fundamentais: o princípio da maioria, o princípio da igualdade e o princípio da liberdade.”¹⁰⁴

102MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo : Malheiros, 2006. p. 34.

103Neste sentido: CRETELLA JÚNIOR, J. op. cit., p. 4.500.

104ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Democracia participativa e opinião pública : cidadania e desobediência civil**. São Paulo : RCS Editora, 2006. p. 52.

A liberdade de manifestação do pensamento é pressuposto e condição necessária para uma sociedade democrática. O pluralismo de ideias e pensamentos, a diversidade de concepções e opiniões e o livre diálogo e interação entre as pessoas são requisitos para afirmação de uma democracia. A harmoniosa convivência de diferentes convicções ideológicas, religiosas, filosóficas e políticas, sem a pretensão de superioridade de umas sobre as outras, é ingrediente indispensável para o desenvolvimento da sociedade, com respeito à individualidade e diferenças dos indivíduos que a compõem.

Aliás, para que outras liberdades públicas possam ser exercidas em sua plenitude, mister seja assegurado que aquelas possam ser exteriorizadas. O direito de reunião, por exemplo, não teria sentido se os seus participantes não pudessem exprimir livremente os seus pensamentos. O direito à livre convicção religiosa restaria seriamente abalado se fosse permitido professar publicamente apenas uma religião. O pluralismo político não passaria de mera demagogia se apenas uma linha ideológica norteasse todos os partidos políticos.

A livre manifestação das ideias é instrumento à disposição dos indivíduos para transformações sociais e políticas, para participar e interferir diretamente nos rumos da administração estatal. Além disto, em uma sociedade democrática, o povo é governado por representantes por ele eleitos. Estes atuam como mandatários da sociedade. A possibilidade de crítica e cobrança dos eleitos é mecanismo de controle e fiscalização indissociável de um regime que se intitule democrático, que se pautar pela soberania popular. Neste contexto, a proteção à liberdade da manifestação do pensamento não pode deixar de abarcar as manifestações veiculadas através dos meios de comunicação social. Estes têm um papel de extrema relevância, dado o seu potencial de difusão de informações e críticas, capaz de levar ao conhecimento de considerável parcela da comunidade notícias de interesse público e social.

Em síntese, o espaço público de diálogo e interação numa democracia complexa está significativamente baseado nos meios de comunicação social de massa, os quais viabilizam o acesso a informações de uma forma coerente e organizada, permitem a disseminação de ideias e visões do mundo com uma abrangência que, em geral, não tem como ser replicada através de outros processos de comunicação, além de possibilitar o desenvolvimento de um referencial comum que agrega pessoas sem qualquer espécie de vínculo ou relação.¹⁰⁵

Os meios de comunicação social, enquanto canais de circulação de ideias e fomentador de debates e reflexões na sociedade, é considerado um dos pilares de uma

105FARACO, A. D. op. cit., p. 39.

democracia. Para Rui Barbosa,

A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonégam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.¹⁰⁶

Mais adiante, Rui Barbosa conclui que

Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições.¹⁰⁷

Nesta mesma linha, a percuciente percepção de L. G. Grandinetti Castanho de Carvalho:

[...] A imprensa é o termômetro da democracia. Quanto mais livre um povo, mais livre a sua imprensa; quanto mais educado e evoluído, mais responsável e socialmente útil é a sua imprensa. Daí poder-se dizer, também, que a imprensa é o termômetro do grau de cultura e maturidade de um povo.¹⁰⁸

Ressalta o sobredito autor que o atual papel exercido pelos meios de comunicação social na transmissão de informações não se compatibiliza com uma concepção do liberalismo clássico, no sentido de ser permitido ao comunicador escolher se e como será divulgada determinada notícia de interesse público.

O Estado verdadeiramente social deve ir adiante e assegurar a livre informação sob uma nova dimensão participativa e pluralista, com o objetivo final de aperfeiçoar a democracia, fundada não só na liberdade, mas no princípio da igualdade e da dignidade; democracia que persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização.¹⁰⁹

A assertiva acima pode ser estendida a todas as formas de manifestação do pensamento, não se limitando àquela exercida pelos meios de comunicação de massa. Aqui, impende registrar uma crítica. Restringir a avaliação do nível da democracia unicamente ao papel exercido pelos meios de comunicação social é arriscado, mormente em países como o nosso, em que os grandes veículos de comunicação estão concentrados sob o comando de verdadeiros oligopólios de fato. As emissoras de rádio e de televisão, meios de comunicação social mais influentes na população, sobretudo nas classes mais pobres, encontram-se sob o

106BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo : Com-Arte, Editora da Universidade de São Paulo, 1990. p. 37.

107Id. Ibid., p. 38.

108CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 3.

109Id. Ibid., p. 36.

domínio de umas poucas famílias, favorecidas pelas concessões que são outorgadas pelo Estado. Esta concentração dos veículos de comunicação social nas mãos de poucos, com gestão nem sempre independente, pode acarretar efeitos perniciosos, como a “seletividade” das notícias divulgadas, ou a escolha do “enfoque” conferido às informações. Os oligopólios de fato – ainda que regionais – dos meios de comunicação de massa colocam em risco o direito de obter informações de relevância pública de forma completa e imparcial.

Atento ao risco acima, Fábio Konder Comparato, ao comentar o artigo 15¹¹⁰ do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, defende a necessidade de se garantir o acesso do indivíduo à vida cultural, pois

Hoje, na era da comunicação de massa, a participação do povo na vida cultural dá-se, principalmente, por intermédio do rádio e da televisão. É mais uma razão para se impedir que a organização e o funcionamento desses veículos de comunicação social fiquem subordinados exclusivamente ao interesse empresarial privado, ou à dominação incontrolada de autoridades governamentais. O direito de participar da vida cultural está, com efeito, intimamente ligado à liberdade coletiva de expressão.

111

O futuro acena com boas perspectivas. A globalização, impulsionada pela rede mundial de computadores (*internet*), tem propiciado o incremento da quantidade de veículos de informação independentes, como *blogs* e páginas eletrônicas (*sites*) especializados na divulgação de notícias.¹¹² A possibilidade de acesso a um número maior de fontes de notícias

110“Artigo 15

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada individuo o direito de:

1. Participar da vida cultural;
2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

§3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

§4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.”

111COMPARATO, F. K. op. cit., p. 363.

112A *internet* vem se firmando como um dos principais meios de democratização de prestação e de obtenção de informações nesta e nas próximas décadas. Embora nem toda a população brasileira tenha acesso à *internet*, o número de pessoas que passam a ser incluídas neste “mundo digital” cresce exponencialmente. Segundo dados do IBGE, constantes do suplemento da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD de 2005 sobre acesso à *internet* e posse de telefone móvel celular para uso pessoal, 32,1 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade acessaram pelo menos uma vez a *internet* em algum local - domicílio, local de trabalho, estabelecimento de ensino, centro público de acesso gratuito ou pago, domicílio de outras pessoas ou qualquer outro local - por meio de computador. Este número equivale a cerca de vinte e um por cento da população brasileira, e certamente não reflete o número atual, que cresceu de forma veloz de lá para cá. Disp. em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoainternet/tabelas/tab1_19_3.pdf>, Acesso em:

permite ao cidadão procurar munir-se de mais informações, temperadas por diferentes concepções ideológicas e políticas, propiciando a ele próprio, cidadão, formar a sua convicção sobre os fatos que lhe são trazidos a conhecimento.

2.3 A imprecisão terminológica dos direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento

Na doutrina e na jurisprudência brasileiras não há uniformidade na terminologia utilizada para designar os direitos fundamentais à livre manifestação e intercâmbio do pensamento, de fatos, notícias e outras formas da expressão humana. “Liberdade de expressão”, embora seja a nomenclatura mais comumente manejada para identificar tal direito, não é a única. Esta observação inicial é importante na medida em que todos os autores, embora não se valham da referida nomenclatura, reconhecem a existência do direito fundamental em apreço. Alguns autores tratam, sob a mesma denominação, direitos fundamentais distintos, o que pode gerar confusão na aplicação dos preceitos. Sintetizando esta verdadeira babel e os seus efeitos negativos para a análise dogmática, Edilsom Farias registra que

A difusão de pensamentos, idéias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade tem tido e ainda mantém várias denominações na doutrina, na jurisprudência e na legislação: **liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação**, dentre muitas outras. Tal profusão de nomes só faz majorar as imprecisões e a insegurança jurídica sobre o assunto, já em si tendencialmente polêmico.¹¹³ (Grifo nosso).

Pinto Ferreira¹¹⁴ e Alexandre de Moraes¹¹⁵ denominam o direito protegido pelo art. 5º, inciso IV¹¹⁶, da CF, de “liberdade de pensamento”. Este último autor identifica no art. 220¹¹⁷ da Lei Maior a garantia constitucional de “liberdade de comunicação social”.

16 ago. 2010.

113FARIAS, E. op. cit., p. 52.

114FERREIRA, P. op. cit., p. 67.

115MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo : Jurídico Atlas, 2002. p. 206 e 288.

116“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”.

117“Art. 220. 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.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹⁸ trata do direito fundamental sob a denominação “liberdade de expressão ou manifestação do pensamento”, entendendo que esta engloba os dois dispositivos constitucionais mencionados no parágrafo precedente. Reserva a expressão “liberdade de pensamento ou liberdade de consciência” para o direito tutelado no art. 5º, inciso VI¹¹⁹, da CF, que, em sua ótica, corresponde à liberdade de foro íntimo, de convicção e consciência pessoal.

Fábio Henrique Podestá defende que

Por liberdade de expressão deve-se entender a possibilidade e a faculdade de todo ser humano emitir ou exteriorizar seus pensamentos, seja com relação às suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, aspecto que não se confunde com o meio passível de utilização, vale dizer, o rádio, a televisão ou o jornal impresso (os mais comuns), ou mesmo o conteúdo que a informação envolve (o próprio objeto).

120

Em classificação proposta por José Afonso da Silva¹²¹, sob a denominação “liberdade de expressão coletiva” estariam compreendidas as disposições que cuidam do livre acesso de todos à informação. Destaca, ainda, o renomado constitucionalista, a dimensão coletiva do direito à informação previsto pelo art. 5º, inciso XIV.¹²² Ao direito fundamental comumente denominado de “liberdade de expressão”, referido autor atribui a designação “liberdades de comunicação”, que abarcariam a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de informação em geral, a liberdade de informação jornalística, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão intelectual, artística e científica, a liberdade de expressão cultural e a liberdade de transmissão e recepção do conhecimento.

O ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto no histórico julgamento do *habeas corpus* nº 82.424/RS¹²³, expôs seu entendimento no

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

118 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 290-291.

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

120 PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 50.

121 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo : Malheiros, 2004. p. 234; 244-255.

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

123 Neste caso, o escritor e dono de uma editora, o paciente Siegfried Ellwanger, foi acusado da prática de crime de racismo (art. 20 da Lei 7.716/89) por escrever e publicar obras antisemitas, suas e de outros autores, que incitariam e incentivariam a discriminação contra judeus, bem como negariam o holocausto. O paciente foi absolvido no primeiro grau de jurisdição. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar

sentido de que a “liberdade de expressão” possui variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e direito à proibição de censura.¹²⁴

Sobre o tema, outras expressões também são mencionadas com frequência: “liberdade de imprensa”, “liberdade de comunicação social” e “liberdade de informação jornalística”, estas geralmente associadas aos arts. 220 a 224 da CF, quando a liberdade de manifestação do pensamento é exercida pelos meios de comunicação social. Há muitos outros termos utilizados para referir-se aos direitos em tela; outras vezes os mesmos termos são utilizados por diferentes autores, mas para designar liberdades de conteúdos diferentes, conforme já se advertiu anteriormente. A exposição acima procurou apenas dar uma pequena mostra da falta de uniformidade terminológica e conceitual que cerca esta temática no direito brasileiro.

O paradigma de equivocidade referido acima, é, pois, a tradução da liberdade de expressão na realidade jurídica brasileira, onde não sendo muitas vezes percebidos os matizes que separam essas formas de liberdade de pensamento, como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de informação, liberdade de comunicação, liberdade de palavra e outras, a terminologia nem sempre é corretamente usada, do que resulta frequente obscuridade.¹²⁵

Esta abundância de termos utilizados para a designação dos direitos relacionados à manifestação do pensamento exige, para o desenvolvimento do tema, a escolha das nomenclaturas que serão doravante utilizadas para designar as posições jurídicas que serão objeto de estudo, bem como a opção por eventuais classificações propostas pela

recurso de apelação interposto pelo assistente de acusação, condenou o paciente pelo crime em questão. A defesa impetrou *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça alegando que houve prescrição do crime. Esta tese foi afastada por aquela Corte porque a Constituição definiu que o crime de racismo é imprescritível, mantendo-se a condenação. A Defesa impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça. A tese defensiva teve por argumento central a afirmação de que os judeus não constituíram uma raça na acepção técnica do termo. A partir desta premissa, o impetrante arguiu que o paciente não poderia ter sido condenado por racismo ou, ainda que mantida a condenação, não poderia se falar em imprescritibilidade do crime.

O relator originário do *habeas corpus*, ministro Moreira Alves, concedeu a ordem, pois, segundo constou de sua decisão, de acordo com os mais avançados estudos científicos, não há razão para dividir os seres humanos em raças, pois apenas 0,1% do genoma os diferenciam entre si. Esta divisão em raças baseia-se em dados históricos, sociológicos e políticos. Após a prolação deste voto, os ministros passaram a discutir com profundidade, além desta específica questão (possibilidade de divisão do *homo sapiens* em diferentes raças), o conceito e os limites da liberdade de expressão. Ao final decidiu-se que a liberdade de expressão não é absoluta, cedendo, no caso concreto, ao princípio da dignidade da pessoa humana e à proibição das práticas de racismo. Decisão publicada no Diário de Justiça de 30-09-2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 set. 2010.

124MELLO, Marco Aurélio. **Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito**. p. 237-250. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Coord.: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da. São Paulo : Quartier Latin, 2009. p. 239.

125SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo : IBCCRIM, 2000. p. 73.

doutrina ou a construção de uma nova classificação. Essas questões não são meramente formais, como poderia se supor em um primeiro momento. Muito mais do que atribuir uma nomenclatura aos direitos fundamentais, importa delimitar os seus âmbitos de proteção.

Edilson Farias adota a terminologia “liberdade de expressão e comunicação” “[...] para representar o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das ideias e das notícias.”¹²⁶ A “liberdade de expressão e comunicação” é dividida pelo citado autor em duas espécies: a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação, cada qual com um âmbito de proteção distinto e com peculiaridades que as distanciam entre si.

Referido autor optou pela terminologia “liberdade de comunicação” para designar os direitos relacionados à circulação de notícias e fatos, em detrimento das clássicas e mais utilizadas expressões “liberdade de imprensa” e “liberdade de informação”. Segundo explica, a locução “liberdade de imprensa” é inapropriada porque remete à ideia de uma liberdade conferida somente ao sujeito ativo da comunicação, ignorando, assim, os direitos dos receptores das informações, tais como o direito da coletividade à informação. Além disto, a expressão “liberdade de imprensa” não se ajusta hodiernamente aos meios de comunicação de massa, pois há muito tempo os conteúdos não são veiculados somente por meios impressos. Por outro lado, a expressão “liberdade de informação” seria inadequada porque a “informação” é apenas um dos conteúdos passíveis de difusão por meio do processo de “comunicação”.¹²⁷

Neste trabalho, adotar-se-á preferencialmente a linha doutrinária propugnada por Edilson Farias, pois, além do mérito de ter sistematizado uma excelente dogmática sobre o tema, embasou-se na teoria de direitos fundamentais, em relação a qual Robert Alexy é o principal expoente. Externou-se anteriormente a escolha em adotar esta mesma teoria como principal referencial teórico desta dissertação, de modo que a construção teórica de Edilson Farias ajusta-se sem maiores perplexidades à linha de raciocínio deste trabalho. À teoria de Edilson Farias serão acrescidas contribuições de outros autores, nacionais e estrangeiros.

Não obstante as considerações acima, a opção neste trabalho será pela expressão “liberdade de expressão e informação” para designar o gênero no qual se incluem todos os direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento, e a expressão

126FARIAS, E. op. cit., p. 53.

127Id. Ibid., p. 53-54.

“direito de informação” para denominar os direitos relacionados à divulgação de notícias e fatos. Estas locuções correspondem, respectivamente, ao que Edilsom Farias designa de “liberdade de expressão e comunicação” e “liberdade de comunicação”. Embora sejam bastante consistentes as razões apresentadas por citado doutrinador para justificar as suas escolhas terminológicas, a opção nesta dissertação pela expressão “informação” ao invés de “comunicação” deve-se ao fato de que “informação” é o termo geralmente utilizado em documentos internacionais¹²⁸, nas constituições dos países¹²⁹ e na doutrina nacional e internacional, de modo que se encontra “consagrado pelo uso”.

Outra advertência é importante. Embora a opção pelo uso do termo “liberdade de expressão e informação”, ao invés de “direito”, ver-se-á que os direitos fundamentais relacionados abrigam posições jurídicas que não se restringem ao conceito tradicional de “liberdade pública”¹³⁰, cunhado pelo liberalismo. Deveras, a “liberdade de expressão e informação” muitas vezes depende, para a sua efetivação, de uma ação estatal positiva, exigível diretamente do Estado (direitos à proteção)¹³¹, ou de um pólo da comunicação em relação ao outro (emissor e receptor).

2.4 A liberdade de expressão e informação

Pensar é um processo mental inerente à natureza humana. A célebre frase atribuída ao filósofo francês René Descartes, “penso, logo existo”, traduz esta necessária relação entre o ser humano e a sua capacidade de pensar. A transmissão dos pensamentos é decorrência e exigência de uma vida em sociedade. O homem é um ser social por natureza, pois necessita da integração com outros seres humanos, nas mais variadas esferas de sua vida

¹²⁸Veja-se, por exemplo, o art. XIX, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Assembleia Geral das Nações Unidas, e o art. 13, nº 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

¹²⁹Dentre outras, a Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 37º) e a Constituição Espanhola de 1978 (art. 20).

¹³⁰“Liberdade pública é 'todo direito subjetivo público de autodeterminação, individual ou coletivo, declarado expressamente pelo Direito Positivo, reconhecido e garantido pelo Estado, mediante o qual o respectivo titular opta livremente por modos de agir, dentro de limites previamente fixados por normas jurídicas constitucionais ou infraconstitucionais vigentes.’” CRETELLA JÚNIOR, J. op. cit., p. 4.491.

¹³¹LA SERNA, L. E. compartilha este entendimento, ao registrar que “[...] la libertad de expresión, como todos los derechos fundamentales, define situaciones subjetivas que demandan una acción positiva de los poderes públicos.” LA SERNA. Luis Escobar de. **Derecho de la información**. Madrid : Dykinson, 1996. p. 374.

(família, trabalho, lazer, esporte etc.), para ser feliz.

A partir destas brevíssimas considerações já se pode inferir o quão importante é para o homem ser livre para manifestar os seus pensamentos. Embora aparente ser uma liberdade inata ao ser humano, nem sempre este dispôs de uma ampla possibilidade de expressar o que pensa. Ao revés, apenas recentemente o homem passou a não sofrer tantos limites ou interferências externas sobre o conteúdo daquilo que pode divulgar em público. A história registra inúmeros exemplos de constrição desta liberdade, bastando lembrar que filósofos como Sócrates, na Grécia antiga, foram condenados à morte tão somente por divulgarem pensamentos críticos que desagradavam os governantes; as barbaridades ocorridas na Inquisição, a ponto de ter sido criada uma lista de livros proibidos (*index*), com o objetivo de sufocar as ideias contrárias à Igreja; dentre tantos outros casos.

Embora tenha sido lento o processo e diversos fatores tenham contribuído, as revoluções francesa e norte-americana, no século XVIII, foram os grandes marcos para o reconhecimento de uma ampla liberdade de manifestação do pensamento. Estas revoluções, que tiveram em comum o ideal libertário e a oposição ao Estado absolutista, deram ensejo, respectivamente, à Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que reconheceram a liberdade de expressar-se em público como um direito essencial para o ser humano.

Transcorridas algumas décadas, outros importantes instrumentos internacionais buscaram consolidar a proteção da faculdade do homem em expressar livremente os seus pensamentos, ainda que contrários à opinião da maioria ou aos interesses dos governantes. Os documentos da comunidade internacional, sobretudo aqueles relativos aos direitos humanos, passaram, após os dois marcos históricos citados no parágrafo anterior, a conferir uma especial atenção e proteção à liberdade de manifestação do pensamento, da forma mais ampla possível.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, previu, em seu artigo XIX, que “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão. Este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, a liberdade de manifestação de pensamento foi tratada detalhadamente, ficando consignado no artigo 19, 2, que “[t]oda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha”, ressalvando, contudo, que este direito não é absoluto e encerra deveres e responsabilidades (art. 19, 3), sujeitando-se a restrições impostas para assegurar o direito das demais pessoas (art. 19, 3 “a”) ou para assegurar a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública (art. 19, 3, “b”). Ademais, o art. 19, 1, assegura que ninguém será molestado por suas opiniões, e o art. 18, 1 e 2, protege especificamente a liberdade de pensamento, de consciência, de religião e de crença. Este Pacto Internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e incorporado ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992.

Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual o Brasil aderiu e promulgou pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, assegura que “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha” (art. 13, 1), veda expressamente a censura prévia (art. 13, 2) ou o uso de quaisquer meios, ainda que indiretos, “destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões” (art. 13, 3), sem deixar, contudo, de estabelecer algumas restrições para garantir a tutela de outros direitos humanos (art. 13, 2, *a e b*, 4 e 5).

Sem perder de vista as considerações apresentadas no tópico anterior, a terminologia “liberdade de expressão e informação” abrange todas as posições jurídicas constitucionalmente garantidas relacionadas à manifestação do pensamento, qualquer que seja a designação dada a elas e por qualquer meio que venha ser utilizado para a veiculação. Desse modo, engloba a exteriorização do pensamento realizada pela palavra falada ou escrita, sons de qualquer tipo, imagens, gestos, movimentos corporais ou qualquer outra forma. Além disto, abarca toda e qualquer mensagem, independentemente de sua qualificação, como

ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, notícias, críticas, crônicas, fatos, informações, ou qualquer outra nomenclatura que possa ser atribuída.

Com semelhante entendimento, os constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado, sob a perspectiva da Constituição Portuguesa de 1976, afirmam que

O catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrado protege toda a comunicação publicística através do direito à liberdade de expressão em sentido amplo, o qual inclui a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão em sentido amplo (radiodifusão sonora, televisão hertziana, cabo, satélite, digital, online, etc.), devendo ser concebidos por referência a uma teia de valores e princípios que se reforçam mutuamente.¹³²

A liberdade de expressão e informação pode ser perspectivada sob duas dimensões (ou funções): uma objetiva e a outra subjetiva.

Pela dimensão subjetiva, esta liberdade é encarada como pressuposto necessário para proteção da dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade. A função subjetiva desta liberdade justificar-se-ia na medida em que o ser humano deve ser livre para se autodeterminar, formar e agir de acordo com o seu próprio convencimento, sem ser submetido a dominações a ele exteriores. Porém, somente a autodeterminação não é suficiente. A vida coletiva exige que o ser humano tenha a possibilidade de expressar o que pensa, e ouvir o que os outros pensam, pois de nada adiantaria garantir a liberdade de pensar sem que fosse possível externar este pensamento. Nota-se, portanto, que a dimensão subjetiva da liberdade de expressão alinha-se às teorias do liberalismo clássico, que entendiam que a principal (se não a única) função dos direitos fundamentais é a de proteger o indivíduo em face da ingerência do Estado.¹³³ Nesta acepção subjetiva, que toma a liberdade de expressão sob uma perspectiva meramente individual, esta é considerada um direito subjetivo em face do Estado.¹³⁴

Além da concepção subjetiva, a liberdade de expressão e informação comporta também uma dimensão objetiva, que lhe confere uma importante função instrumental¹³⁵ no

132CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e liberdade de programação**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. p. 8.

133FARIAS, E. op. cit., p. 64-67.

134SILVA, T. A. D. op. cit., p. 112.

135Jónatas M. Machado *apud* André Ramos Tavares refere-se a uma dimensão instrumental a liberdade de expressão em outro sentido, ao lado de uma dimensão dita substantiva: “A dimensão substantiva compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental traduz a

sistema democrático. Pela concepção objetiva, a pluralidade das fontes e dos pontos de vista das informações e a discussão de assuntos de interesse público são vetores a serem garantidos pela liberdade de expressão e informação a fim de possibilitar e fomentar a participação popular na formação da vontade estatal.¹³⁶ Nas palavras de José María Desantes Guanter, “[l]a libertad de la inteligencia tiene necesidad de la noticia para ampliar su horizonte; el proceso de la decisión exige estar completamente informado; la noticia no es solamente una concausa, sino que está en la base del proceso decisorio.”¹³⁷

Edilson Farias aponta Alexander Meiklejohn como um dos mais importantes defensores da teoria objetiva e afirma que

Segundo este autor, a liberdade de expressão e comunicação cumpre duas funções na democracia: (i) uma função informativa pela qual o livre fluxo das informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Desta forma, estarão os cidadãos mais preparados para levarem a cabo decisões inteligentes, uma vez que compete à soberania popular efetivar as decisões fundamentais no regime democrático; (ii) uma função crítica pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos, o que pode resultar na mudança dos governantes.¹³⁸

Esta concepção objetiva também é reconhecida por J. J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado¹³⁹, ao defenderem que as liberdades de manifestação do pensamento “[...] surgem ao serviço das mais diversas finalidades, entre as quais se conta a protecção da integridade da esfera de discurso público, de forma a garantir a comunicação livre e pluralista em todos os domínios da vida social.”

Estas duas dimensões (subjéctiva e objectiva) da liberdade de expressão e informação não são mutuamente excludentes, não se exigindo, portanto, a adopção exclusiva de uma ou de outra. Pelo contrário, a liberdade de expressão e informação reveste-se simultaneamente destas duas concepções, ficando mais evidente, em algumas situações, a dimensão subjéctiva, e, em outras, a dimensão objectiva.¹⁴⁰ Esta última prestigia uma perspectiva colectiva ou institucional, ao considerar a liberdade de expressão e informação um

possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.” TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008. p. 579.

136FARIAS, E. op. cit., p. 68-74.

137DESANTES GUANTER, José María. **La informacion como derecho**. Madrid : Editora Nacional, 1974. p. 51.

138FARIAS, E. op. cit., p. 70. Consoante asseverado linhas atrás, este autor utiliza-se do termo “comunicação” para designar aquilo que preferiu-se designar neste trabalho como “informação”. Doravante, deve-se ter em mente esta ressalva quando fizermos citações directas de trechos da obra de mencionado autor.

139CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M. op. cit., p. 14.

140FARIAS, E. op. cit., p. 64.

elemento essencial para a formação de uma opinião pública livre de maneira a possibilitar o pluralismo político.

Noticia Luis Escobar de La Serna que o Tribunal Constitucional da Espanha tem reconhecido, em suas decisões, a importância dessas duas dimensões, conforme trecho de decisão que transcreve em sua obra e que abaixo se reproduz:

“las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de una opinión pública libre, elemento indispensable del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales” (STC 51/1989, de 22 de febrero, fundamento jurídico 2).¹⁴¹

A liberdade de expressão e informação é o gênero que comporta a sua subdivisão em duas espécies distintas: a “liberdade de expressão” (em sentido estrito) e o “direito de informação”. O principal traço distintivo entre estas duas espécies é o objeto de proteção. O direito de informação tutela a difusão de notícia (transmissão de um fato). A liberdade de expressão, por sua vez, protege as demais formas de manifestação do pensamento não abrangidas pelo direito de informação.¹⁴²

Na prática, esta diferenciação comporta algumas dificuldades. Não raro, a notícia, quando veiculada, não é mera representação objetiva de um fato ocorrido no plano da realidade, pois recebe a visão crítica daquele que a divulga. Às vezes o juízo de valor daquele que a transmite fica mais evidente, em outras aparece mais discretamente. Diante desta constatação, o Tribunal Constitucional da Espanha, a fim de determinar qual a disciplina jurídica aplicável, busca verificar qual o conteúdo preponderante na mensagem, se a divulgação de um “fato noticiável ou noticioso” ou a carga valorativa a ele atribuída.¹⁴³

[...] a liberdade de expressão garante a livre manifestação de pensamentos, ideias, opiniões e juízos de valor, enquanto que a liberdade de informação tem por objeto fatos, e portanto são direitos distintos e autônomos, ainda que com conteúdo análogo: embora exista entre essas liberdades uma conexão íntima e direta, isto não impede que cada uma delas tenha matizes particulares que modulam seu respectivo tratamento jurídico, o que impede que sejam confundidas indiscriminadamente.

A liberdade de informação compreende fatos que possam encerrar transcendência pública e que sejam necessários para que seja real a participação dos cidadãos na vida coletiva. Assim, esta liberdade comporta uma distinção essencial: notícias são informações de fatos e particularmente fatos com relevância pública, enquanto que opiniões constituem-se naquilo que “for objeto de crítica política e de difusão ideológica.”¹⁴⁴

141 LA SERNA, L. E. de. op. cit., p. 378.

142 FARIAS, E. op. cit., p. 55.

143 LA SERNA, L. E. de. op. cit., p. 378-380.

144 SILVA, T. A. D. op. cit., p. 124-125. Ressalve-se, para compreensão do trecho transcrito, que este autor

Esta dicotomia é muito clara em algumas Constituições estrangeiras, sobretudo na Espanha.

Com efeito, a Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, destinou dispositivo específico para tratar do direito de informação (art. 20, 1, “d”), apartando-o das demais formas de manifestação de pensamento e dele exigindo o requisito da veracidade. Confira-se o teor do artigo 20, 1:

Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Em razão da expressa disposição constitucional acima, que distingue textualmente a liberdade na manifestação de pensamentos, ideias e opiniões, do direito de informação, com a exigência da veracidade apenas em relação a este último, a doutrina e a jurisprudência da Espanha despendem inúmeros esforços na tentativa de delimitar com precisão o âmbito de proteção de um e de outro. Segundo afirmam Clemente García e Andrés García, o julgamento do Recurso de Amparo 57/87 do Tribunal Constitucional da Espanha sintetiza o entendimento da doutrina e jurisprudência daquele país sobre o tema. O trecho da decisão é o seguinte:

Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada T.C. 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artlo. 20.1. d) CE y, por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a esta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas – de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.¹⁴⁵

utiliza-se da denominação “liberdade de informação” para o que aqui chamamos de “direito de informação”.
 145 GARCÍA, Clemente; GARCÍA, Andrés. **Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión**. Murcia : Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, 1994. p. 59-60.

Da mesma forma, a Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, distingue, em seu art. 37º, intitulado “liberdade de expressão e informação”, estas duas formas de manifestação do pensamento, nos seguintes termos:

Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

A Carta Lusitana trata separadamente, em seu art. 38º, do que denomina “liberdade de imprensa e meios de comunicação social”.

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tenha promovido uma clara distinção entre o direito de informação e a liberdade de expressão em sentido estrito, de seu arcabouço normativo é possível extrair a disciplina necessária a justificar esta divisão, conforme se verá a seguir.¹⁴⁶

2.4.1 A liberdade de expressão

“[E]xpressão tem o sentido de qualquer manifestação do pensamento, desde a exibição de uma peça teatral até a publicação de um livro, estes muito distantes da simples narrativa de um acontecimento.”¹⁴⁷ A liberdade de expressão “compreende a manifestação pública de pensamentos, ideias, opiniões, juízos de valor, críticas, crenças (religiosas ou não) e *tutti quanti*. Assim o objeto da liberdade de expressão abrange sempre elementos subjetivos.”¹⁴⁸ A subjetividade diz respeito à carga opinativa e valorativa aplicada pelo emissor da mensagem em relação ao seu conteúdo.

O âmbito normativo desta liberdade deve ser o mais extenso possível de modo a englobar opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição,

¹⁴⁶Há quem repudie este excessivo apego a classificações e “subdivisões” da liberdade de manifestação do pensamento, principalmente quando baseadas tão somente no critério do conteúdo da mensagem (informação jornalística, manifestação artística, expressão política etc.). Neste sentido, Guilherme Döring Cunha Pereira sustenta que, embora os diferentes conteúdos de mensagens possam ensejar disciplinas jurídicas distintas, isto não significa que há diferentes liberdades ou direitos sendo tutelados. Esta crítica será tratada mais detalhadamente em tópico específico, adiante. PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 71-72.

¹⁴⁷CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 99.

¹⁴⁸FARIAS, E. op. cit., p. 80.

juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas), e quaisquer que sejam as finalidades (influência da opinião pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais, cognitivos, etc.). A liberdade de expressão não pressupõe sequer um dever de verdade perante os factos embora isso possa vir a ser relevante nos juízos de valoração em caso de conflito com outros direitos ou fins constitucionalmente protegidos.¹⁴⁹

A liberdade de expressão não abrange, contudo, a divulgação de acontecimentos e fatos, pois estes são protegidos pelo direito de informação, conforme será visto adiante.¹⁵⁰ Enquanto o direito de informação encontra-se subordinado ao dever de veracidade, a liberdade de expressão não possui esta restrição.¹⁵¹ Com efeito, por cuidar de conteúdos subjetivos e geralmente abstratos, muitas vezes a situação retratada na mensagem não se refere a fato ocorrido no plano da realidade. Tome-se, como exemplo, o recital de um pianista com músicas clássicas, cujas mensagens (as músicas) não podem ter a veracidade do seu conteúdo aferida objetivamente.

Embora a veracidade da mensagem não constitua uma restrição à liberdade de expressão, isto não significa que esta possa ser exercida de forma absoluta. Algumas das restrições a esta liberdade constam textualmente da própria Constituição Federal, como a vedação do anonimato. Além destas, é necessário sublinhar que a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, também ostenta uma natureza principiológica, isto é, deve ser garantida na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas encontram limites na colisão com outros princípios ou bens constitucionalmente protegidos. Aliás, a liberdade de expressão é um direito fundamental que, em casos concretos, pode colidir com grande frequência com outros direitos fundamentais, exigindo-se, pois, a solução pelo sopesamento.¹⁵² Algumas situações de colisão já foram hipoteticamente previstas e sopesadas pelo legislador, resultando na produção de regras infraconstitucionais, como, por exemplo, o crime de injúria previsto no art. 140 do Código Penal (onde o legislador apresentou uma regra para a colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à honra subjetiva). Outras colisões de princípios não apresentam respostas

149CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. I. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais; Coimbra : Coimbra Editora, 2007. p. 572.

150Este caráter residual também é ressaltado por outros autores, como STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2010, p. 61.

151FARIAS, E. op. cit. p. 81. Este autor refere-se à veracidade como um “limite interno” ou um “controle” interno do direito de informação. Esta abordagem sugere que, no aspecto, adotou uma teoria de suporte fático restrito quando trata do direito de informação. Por este motivo, em observância ao referencial teórico adotado neste trabalho, entendemos que o dever de veracidade é uma restrição ao direito de informação.

152No mesmo sentido: FARIAS, E. op. cit., p. 81.

previamente definidas pelo legislador, razão pela qual incumbirá ao Poder Judiciário promover o sopesamento e estabelecer a regra de solução para o caso concreto. Voltaremos a tratar as restrições à liberdade de expressão de forma mais detalhada, adiante.

Edilson Farias, a partir da positivação, do direito fundamental em estudo, na CF, verifica ser possível relacioná-la a quatro espécies: a liberdade genérica de expressão do pensamento, liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa, liberdade de expressão filosófica e política e liberdade de expressão artística e científica.

A **liberdade genérica de expressão do pensamento** está positivada no artigo 5º, IV, da CF, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.¹⁵³ Este enunciado engloba todas as formas e conteúdos de mensagens, exceto aqueles que são objeto de tutela pelo direito de informação. Assegura a liberdade em seu aspecto positivo, isto é, de exprimir o pensamento, e também em seu aspecto negativo, consistente no direito de não ser obrigado a externar o pensamento, podendo-se falar em um direito fundamental ao silêncio. Outros enunciados constitucionais também relacionam-se a este aspecto negativo da liberdade do pensamento, como o art. 5º, LXIII, que consigna o direito do preso de permanecer calado, extensível aos todos os investigados e acusados pelo princípio da ampla defesa (art. 5º, LV), e o art. 14, que estipula que o voto é secreto.

Embora o art. 5º, IV, da CF, volte-se primariamente à liberdade na exteriorização do pensamento, Edilson Farias¹⁵⁴, na esteira de autores que cita, defende que esse dispositivo constitucional também objetiva assegurar a liberdade “interna” do pensamento, isto é, o direito de pensar, refletir, mesmo quando as impressões daquele que pensa não transbordam de seu íntimo. Diversos autores, contudo, entendem de forma diversa. José Cretella Júnior¹⁵⁵ e Tadeu Antonio Dix Silva¹⁵⁶ defendem que o pensamento, enquanto está apenas na mente humana, ou seja, quando não é externado, é indiferente para o Direito. Luis Escobar de La Serna¹⁵⁷ também espousa a divergência, pois, ao analisar dispositivo semelhante da Constituição Espanhola de 1978 (art. 20, 1, “a”), afirma que o bem jurídico protegido não é a liberdade de opinião pessoal, mas a comunicação particular ou pública das ideias ou juízos. A razão parecer estar com Edilson Farias, pois melhor se compatibiliza com

153FARIAS, E. op. cit., p. 154-155.

154Id. Ibid., p. 153-154.

155Op. cit., p. 4.494.

156Op. cit., p. 110.

157Op. cit., p. 367.

a dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação abordada anteriormente. Os demais autores citados parecem, no ponto analisado, partir de uma dimensão exclusivamente subjetiva da liberdade de expressão, em sua acepção de clássica liberdade pública que tem por escopo apenas proteger o cidadão contra a indevida ingerência estatal.

Por outro lado, em que pese o art. 5º, IV, da CF, possa ser relacionado à liberdade de expressão, é entendimento assente na doutrina que a vedação do anonimato consignado naquele dispositivo constitucional também se aplica ao direito de informação. Esta cláusula restritiva objetiva possibilitar a responsabilização posterior daquele que, a pretexto do exercício de tais liberdades, afeta negativa e indevidamente os direitos de terceiros. Se o anonimato fosse permitido, o emissor das informações, as quais posteriormente se mostrassem caluniosas e ferissem a honra de terceiros, não poderia ser responsabilizado, face à impossibilidade de sua identificação. A vedação do anonimato não proíbe, contudo, o uso de apelidos ou pseudônimos, até porque é muito comum esta prática nos meios artístico e literário, desde que a posterior identificação civil do artista seja possível.¹⁵⁸

Consoante destacado acima, ao lado da **liberdade genérica de expressão do pensamento**, é possível identificar na CF algumas “modalidades específicas” da liberdade de expressão.

Nos termos do artigo 5º, VI, da CF, “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Cuida-se de uma especificação da liberdade de expressão, que tem por objetivo proteger as manifestações no campo religioso, que pode ser denominada de **liberdade de expressão de consciência e crença religiosa**.¹⁵⁹

Esta disposição constitucional torna evidente a proteção da liberdade de expressão religiosa tanto em seu aspecto interno como no aspecto externo, como duas dimensões interdependentes. Em sua dimensão interna, assegura a liberdade para ser adepto ou simplesmente acreditar em uma determinada religião, seita ou qualquer outro tipo de concepção de natureza semelhante (crença), assim como a liberdade para não ser adepto, não acreditar e tampouco ser compelido a tanto (consciência). Na sua dimensão externa, protege o culto, a exteriorização, através de palavras (escrita e falada), gestos, rituais, ou por qualquer

158FARIAS, E. op. cit., p. 182-185.

159Id. Ibid., p. 155-157.

outra forma, da consciência ou crença de cunho religioso.

Outrossim, a **liberdade de expressão filosófica e política** foi positivada no art. 5º, VIII, da CF, que dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.¹⁶⁰ A primeira parte do dispositivo reforça o aspecto protetivo da liberdade de consciência e crença religiosa tratada acima, bem como coloca a salvo da interferência estatal direta a convicção e a manifestação de natureza filosófica e política.

A liberdade de expressão filosófica e política é essencial para a democracia, pois somente se os indivíduos puderem formar livremente as suas convicções políticas e filosóficas, defendê-las e compartilhá-las, é que será possível alcançar o pluralismo de ideias, fomentar o debate público e aprimorar o processo de formação da opinião pública.

A propósito, a crítica é inerente ao campo da política, que se manifesta por juízos de valor sobre a atuação concreta dos governantes ou em relação às próprias ideologias que motivam as suas ações políticas. Este tipo de crítica é a manifestação da dimensão política que todo homem possui, tendo-se em vista que a política é assunto que interfere na vida de todos e que se encontra sujeita a ser por todos avaliada e criticada.¹⁶¹

A CF também alberga a **liberdade de expressão artística e científica**, prevista expressamente no art. 5º, IX¹⁶², da CF, que estabelece que “[...] os cidadãos estão amparados constitucionalmente para desenvolverem as suas potencialidades intelectuais no campo artístico e científico.”¹⁶³

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. A atividade intelectual é genérica. Não diremos que abrange também o conhecimento artístico, porque este é intuitivo. A arte ingênua, primitiva, certamente não é uma atividade intelectual. Mas por certo a atividade científica o é. A atividade intelectual é especialmente vinculada ao conhecimento conceptual que abrange a produção científica e filosófica.¹⁶⁴

160Id. Ibid., p. 158.

161DESANTES GUANTER, J. M. op. cit., p. 65-67.

162“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

163FARIAS, E. op. cit., p. 159.

164SILVA, J. A. da. op. cit., p. 252.

Edilsom Farias¹⁶⁵ defende que a liberdade de expressão artística e científica abrange as manifestações relacionadas com a arte, a ciência, a educação e a cultura, razão pela qual diversas normas constitucionais interagem com esta liberdade (arts. 205 a 216, que versam sobre a educação e cultura; arts. 218 e 219, que tratam sobre ciência e tecnologia; art. 5º, XVII, que cuida sobre o direito autoral, e art. 5º, XXVIII, que protege a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas).

2.4.2 O direito de informação

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹⁶⁶ sustenta que o conceito de informação, no tema das liberdades constitucionais, é utilizado hodiernamente em substituição ao conceito de imprensa, sendo aquele mais amplo que este último. Por isto, referido autor trata da liberdade de imprensa e de informação conjuntamente, sob a denominação “liberdade de informação”, a qual qualifica como uma “[...] liberdade civil, individual, mas com expressão coletiva, fundamental e essencial, fazendo parte dos denominados direitos fundamentais.”¹⁶⁷ Segue esta mesma linha o pensamento de José Cretella Júnior, para quem “[i]nformação é toda notícia dada ao público por veículo ou processo proveniente de certas fontes, como o jornal, o rádio, a televisão.”¹⁶⁸ Em virtude da dicção do art. 220, § 1º, da CF, nota-se também a tendência de alguns autores em substituir as expressões “liberdade de imprensa” pela terminologia “liberdade de informação jornalística”, mas esta constitui apenas uma faceta do direito de informação.¹⁶⁹

O direito de informação tem o seu âmbito de proteção adstrito à divulgação de fatos ocorridos na sociedade, entendidos como notícias cujo conteúdo é sindicável quanto à sua veracidade.¹⁷⁰ Em outras palavras, o direito de informação abarca as mensagens cuja

165Op. cit., p. 161. CRETELLA JÚNIOR, J. (op. cit., p. 4.501) defende que o art. 5º, IX, abriga a liberdade de criação. Para este constitucionalista, “[n]ão se confunde a manifestação do pensamento com a criação – científica, artística, tecnológica -, pois 'manifestar' é apenas 'projetar' o pensamento no mundo, ao passo que 'criar' é introduzir, no mundo, algo novo, construído.” Não obstante a ponderação deste notável autor, entendemos que a inclusão das manifestações artísticas, intelectuais e científicas, no âmbito de proteção da liberdade de expressão e informação, é justificável se adotada uma teoria de suporte fático amplo.

166Op. cit., p. 37.

167Idem, p. 21-22.

168Op. cit., p. 4.501.

169SILVA, T. A. D., op. cit., p. 137.

170FARIAS, E. op. cit., p. 83.

veracidade é passível de comprovação e cotejo com a realidade. “Informação está relacionada com notícias, acontecimentos.”¹⁷¹ A semelhante conclusão chega Luis Escobar de La Serna, ao analisar o art. 20, 1, “d”, da Constituição da Espanha de 1978, quando sustenta que o objeto do direito de informação é a notícia, assim entendida como o fato verdadeiro que pode se revestir de transcendência pública.¹⁷² Enquanto a liberdade de expressão protege as manifestações de pensamento que são revestidas pelo subjetivismo daquele que as exterioriza, e que prescindem de ter a veracidade apurada no plano da realidade¹⁷³, o direito de informação tutela uma mensagem com conteúdo objetivo.

Nas palavras de Edilsom Farias,

Consequência importante e reiteradamente enfatizada, quanto ao conteúdo objetivo da liberdade de comunicação, é a oportuna aplicação do critério da comprovação da verdade ao pressuposto de fato dessa liberdade. Em outras palavras, os acontecimentos de interesse geral verificados na vida social, em razão de sua natureza mais concreta e objetiva, ao contrário do que sucede com as apreciações pessoais tuteladas pela liberdade de expressão, são susceptíveis de provas de sua autenticidade ou contrafação da realidade.¹⁷⁴

Nesta mesma linha, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho¹⁷⁵ menciona que Aguilera Fernadéz enxerga na exigência da verdade, na “liberdade de imprensa”, a única diferença entre esta e a liberdade de expressão.

A Constituição da Espanha de 1978 alude expressamente ao requisito da veracidade, ao reconhecer, em seu art. 20, 1, “d”, o direito de comunicar ou receber livremente informações **verdadeiras** por qualquer meio de difusão.¹⁷⁶ A Constituição brasileira de 1988 não prevê textualmente a veracidade da notícia como condição para a tutela

171CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 99.

172Op. cit., p. 371.

173Sob uma ótica diferente, PEREIRA. G. D. C. (op. cit., p. 59-60) defende que a inexistência do requisito da verdade às ideias e críticas não decorre da “crença discutível” de que estas são insuscetíveis de terem a veracidade ou falsidade analisada, mas porque “[...] o processo judicial não é o âmbito adequado para discussões de cunho filosófico, sociológico, político ou científico, ou para juízos morais cabais, do gênero ‘fulano de tal é mau’”.

174Op. cit., p. 83. Reitera-se aqui a ressalva apresentada em nota de rodapé anterior, quando entendemos que esse autor tende, neste aspecto, a adotar a teoria do suporte fático restrito, ao retirar, *a priori*, do âmbito de proteção do direito fundamental, a informação não verdadeira. Esta impressão é corroborada em outra passagem da mesma obra (p. 84), *in verbis*: “As informações que não afetam o bem comum e que estão relacionadas com a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas amiúde estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de comunicação.”

175CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit. p. 93.

176“Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

(...)

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

do direito de informação, mas este requisito (restrição) pode ser extraído de outras disposições constitucionais, como o art. 5º, V, que assegura o direito de resposta e que tem por uma de suas finalidades a correção de notícia falsa.

Para que não se tolha indevidamente o exercício do direito de informação, este “limite” da verdade deve ser entendido de uma forma subjetiva, isto é, no sentido de que aquele que divulga a notícia deve procurar certificar-se da sua veracidade, procurar confirmá-la com outras fontes e adotar medidas como a oitiva das pessoas supostamente relacionadas ao fato, agindo com diligência e cautela.¹⁷⁷ Não há que se confundir, portanto, com um dever objetivo de veracidade, que consideraria a emissão de uma mensagem, cuja falsidade posteriormente viesse a ser demonstrada, um exercício irregular do direito de informação, ainda que o emissor da informação tenha agido com os cuidados acima citados.¹⁷⁸ Se aquele que divulgou a mensagem adotou todas as cautelas para confirmar-lhe a veracidade, a constatação posterior de que esta é falsa não se traduzirá na violação do limite da veracidade, não ao menos sob o aspecto subjetivo.¹⁷⁹

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho aduz que o objeto da informação é a mensagem, a qual pode ser classificada em notícia, opinião e propaganda. Citando Pilar Cousido, afirma o autor que “[o]pinião é a aplicação de princípios a um fato real. A propaganda consiste nas mensagens de ideias. [...] as mensagens de fato são as notícias; as mensagens de juízo são as opiniões”, para concluir que somente as notícias estão adstritas ao dever da verdade.¹⁸⁰ Todavia, na linha do defendido até este momento, imperioso concluir que a opinião, a propaganda e a crítica encontram-se no âmbito de proteção da liberdade de expressão, e não no do direito de informação, sendo esta a razão para a

177FARIAS, E. op. cit., p. 91.

178DESANTES GUANTER, J. M. (op. cit., p. 47-48) adverte o perigo de se atrelar o direito de informação a uma concepção de veracidade objetiva, o que, na prática, poderia acarretar na exigência de aceitação de uma “verdade oficial”, independentemente da verdade real. Uma tal concepção poderia ensejar a “monopolização” da verdade pelos órgãos responsáveis por definir qual a “verdade oficial” de determinado fato, representando um risco para a democracia.

179FARIAS, E. op. cit., p. 92. Conforme registra CARVALHO, L. G. G. C. de (op. cit., p. 94), o Tribunal Constitucional da Espanha segue esta mesma linha, ao entender que o requisito da verdade deve ser entendido como o dever de diligência do informador.

180CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit. p. 100. Classificar o conteúdo da mensagem em propaganda, notícia e opinião parece ser uma tendência própria da doutrina espanhola. Também procede desta forma DESANTES GUANTER, J. M. (op. cit., p. 47), para quem “[l]a publicación o transmisión de unos principios, o de una ideología a la que pertenecen o con la que están concatenados, constituye lo que se conoce con el nombre de propaganda. La difusión erga omnes de un hecho real y de todas las circunstancias que lo rodean y que completan su fenomenología es lo que conocemos con el nombre de noticia. La conclusión del silogismo es un juicio u opinión que, cuando es comunitaria, coincide con la llamada opinión pública.” Convém esclarecer, contudo, que sob a locução “derecho a la información”, este autor trata do que aqui chamamos de “liberdade de expressão e informação”.

inaplicabilidade do dever de verdade a estas modalidades de manifestação do pensamento.

O direito de informação não encontra na veracidade da mensagem (em seu aspecto subjetivo) a sua única restrição. Por ser um direito fundamental, também possui uma natureza principiológica e, assim como a liberdade de expressão, também está sujeito às possibilidades fáticas e jurídicas para a sua efetivação. Destarte, aplica-se aqui as mesmas considerações que se fez quando da abordagem a respeito da possibilidade de restrições à liberdade de expressão, sobretudo pela colisão de princípios.

Com o abandono dos postulados do liberalismo clássico e a transição para o Estado social, perdeu sentido a antiga concepção de que o direito de informação visa proteger tão somente o sujeito ativo da comunicação (o emissor das mensagens). Passa-se a também dar importância aos sujeitos passivos da comunicação, os destinatários das informações, que também são vistos como titulares de direitos, dentre os quais o de receber informações verdadeiras. A Constituição da República Federal do Brasil de 1988, que conferiu os contornos do estado democrático de direito que instituiu, caminha neste mesmo sentido.

Lembremos que a liberdade de informação pretendida pelo constituinte brasileiro vai além da liberdade formal para uma liberdade material, que importa em uma verdadeira qualidade da notícia transmitida: a qualidade da verdade. Esta é a liberdade garantida, a que presta o serviço público de contribuir para a democracia, para a participação, para a igualdade, para a justiça, valores todos compatíveis com a verdade. Esta é que é a liberdade que deve ser perseguida.¹⁸¹

A elevada importância da informação na sociedade contemporânea e para o regime democrático motivou Paulo Affonso Leme Machado a propugnar o reconhecimento de um “Estado da Informação Democrática de Direito”, cujo conceito

[...] abrange a informação democrática, onde a isonomia possibilite a todos, sem exceção, acessar a informação existente, ou recebê-la, em matéria de interesse público ou geral. 'Estado de Direito' porque tanto o acesso como a divulgação da informação não são absolutos, estando subordinados às normas legais preexistentes e à interpretação e decisão dos tribunais, nos casos conflitantes.¹⁸²

E mais adiante o renomado autor arremata:

A democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. **O desinformado é um mutilado cívico.** Haverá uma falha no sistema democrático se uns cidadãos puderem dispor de mais informações que outros sobre um assunto que todos têm o mesmo interesse de conhecer, debater e deliberar.¹⁸³ (Grifo nosso).

181CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 98-99.

182MACHADO, P. A. L. op. cit., p. 50.

183Id. Ibid., p. 50.

Neste contexto, além da correspondência com a realidade, José María Desantes Guanter¹⁸⁴ sustenta a necessidade de que a notícia, enquanto conteúdo do direito de informação, seja completa, rápida e acessível por todos. A notícia há de ser completa sob dois aspectos: o primeiro, que deve ser entendido como a exigência de que todas as notícias sejam veiculadas, sem omissão de nenhuma, ainda que possa parecer insignificante; e o segundo aspecto, que se refere à obrigatoriedade da notícia ser divulgada com a exibição de todas as circunstâncias do fato narrado.¹⁸⁵ A rapidez da notícia se justificaria pela necessidade da sociedade ter conhecimento do fato tão logo seja possível, para que possa formar a sua opinião e provocar eventuais mudanças sociais, bem como para evitar seja a notícia modificada ou derogada por outra mais recente. A acessibilidade da notícia por todos é corolário do princípio da igualdade, que veda haja discriminação injustificada no pólo passivo da comunicação.

Edilson Farias¹⁸⁶ sustenta que a liberdade de comunicação (direito de informação), consistente na “faculdade de procurar, acessar, receber e difundir fatos, notícias ou informações”, está positivada sobretudo no art. 5º, IX, da CF, o qual preceitua que é livre a atividade de comunicação. Para este mesmo autor,

A liberdade de comunicação a que o mencionado dispositivo constitucional se refere é a comunicação pública (não obstante efetuada face a face ou por meio de pequeno grupo de pessoas) e não a comunicação particular (geralmente não destinada ao conhecimento de terceiros porque realizada em caráter sigiloso). Esta espécie recebe cobertura da Lei básica no inciso que trata sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência ou das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII).¹⁸⁷

Sob a locução “direito de informação” podem ser identificados diferentes feixes de posições jurídicas, ora relacionados ao(s) emissor(es) da mensagem, ora relacionados ao seu(s) receptor(es). Estes diferentes feixes podem ser agrupados em três categorias distintas, mas interligadas entre si: o direito de informar, o direito de informar-se e o direito de ser informado.

Este três direitos relacionados ao direito de informação encontram

¹⁸⁴Op. cit., p. 54-55.

¹⁸⁵Alerta MACHADO, P. A. L. (op. cit., p. 30) que a divulgação de notícias incompletas pode ser instrumento de manipulação da informação, pelos governos ou empresas privadas. “Não se recusa a informação, mas a mesma não é transmitida na sua integralidade e nem é aprofundada. Não se deixa tempo nem aptidão para a reflexão da informação recebida. De outro lado, não só se nivelam as notícias, como só se transmitem informações selecionadas, que chegam como avalanches, submergindo os informados.”

¹⁸⁶Op. cit., p. 161.

¹⁸⁷Idem, p. 162.

correspondência com o disposto no art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), das Nações Unidas, o qual assegura “[...] a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de **procurar, receber e transmitir informações e ideias** por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”(Grifo nosso). Procurar, receber e transmitir informações correspondem aos direitos de informar-se, de ser informado e de informar, respectivamente.¹⁸⁸

Ao analisar o sobredito enunciado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, José María Desantes Guanter¹⁸⁹ ressalta que o processo informativo não é completo sem os dois pólos de comunicação (emissor e receptor), existindo uma relação de reciprocidade entre eles, de modo que não há uma diferença de intensidade na titularidade do direito em razão do sujeito ocupar uma situação ativa ou passiva na comunicação. Nas suas palavras, [...] el público no es menos sujeto del derecho a la informacion que el informador. Hay un diferente ejercicio de la titularidad correspondiente a una distinta utilización del contenido. Pero su radical atribución al sujeto es de la misma natureza e intensidad.”

Também a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) previu os três direitos decorrentes do direito de informação. Em seu art. 13, 1, ao dispor que a liberdade de pensamento e de expressão inclui “[...] a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”, reconheceu-se naquele documento internacional os três direitos em questão.

2.4.2.1 O direito de informar

A primeira das facetas do direito de informação é o direito de informar. Tutela-se o direito de informação em seu aspecto ativo, isto é, consistente na faculdade de que o emissor da notícia dispõe para divulgá-la publicamente. O direito de informar encontra previsão constitucional no art. 5º, IX, da CF.¹⁹⁰

¹⁸⁸Segundo notícia SILVA, T. A. D. (op. cit., p. 115), após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o direito de informação passou a ser previsto em todas as declarações de direitos humanos, bem como em todas as constituições dos países democráticos aprovadas posteriormente aos anos cinquenta.

¹⁸⁹Op. cit., p. 43-44.

¹⁹⁰FARIAS, E. op. cit., p. 87.

O direito de informar é comumente referido na doutrina como um direito clássico de liberdade, um direito negativo, que exige tão somente a abstenção do Poder Público para que seja assegurado. Nesta concepção liberal do direito de informar, bastaria ao Estado não impedir ou interferir na faculdade de divulgação pública de uma notícia ou fato para a satisfação do direito.

Todavia, também incumbe ao Estado prover as medidas necessárias, sobretudo por meio de ações fáticas ou normativas, para que terceiros não intervenham em um direito fundamental de seu titular. Dentre as prestações positivas devidas pelo Estado para a satisfação dos direitos fundamentais, encontram-se os direitos a proteção, os quais, na concepção de Robert Alexy, são

[...] os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este proteja contra intervenções de terceiros. [...] [S]ão direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação. [...] Direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.¹⁹¹ [...] Os direitos a proteção dizem respeito sobretudo à delimitação entre as posições de direitos fundamentais de diferentes titulares.¹⁹²

Isso significa que os direitos à proteção também fazem parte do feixe de posições jurídicas de um direito fundamental. Atento a esta peculiaridade, Edilson Farias enfatiza que

[...] é obrigação do Estado agir para prevenir, fazer cessar ou afastar definitivamente todos os óbices ao livre exercício da informação, bem como fornecer ainda as estruturas necessárias para que o direito fundamental de informar seja realmente desfrutado por todos os cidadãos, e assim não fique reduzido a um mero enfeite jurídico ou a um alcapão verbal judicialmente formulado.¹⁹³

O direito de informar, por tutelar principalmente a faculdade conferida ao emissor da mensagem, exige como contrapartida a veracidade da notícia. Este dever de veracidade, como visto, deve ser entendido em seu aspecto subjetivo, ou seja, consistem na boa-fé, na diligência e na cautela empregadas pelo emissor da notícia antes de divulgá-la publicamente, através de medidas como a avaliação da idoneidade da fonte, a confirmação com outras fontes, a oitiva e confronto das versões de pessoas eventualmente citadas, assim como outras providências.¹⁹⁴

191ALEXY, R. op. cit., p. 450-451.

192Id. *ibid.*, p. 466.

193FARIAS, E. op. cit., p. 87.

194Id. *Ibid.*, p. 87.

2.4.2.2 O direito de informar-se (de acesso à informação)

O direito de informar-se não se confunde com o direito de ser informado, ao contrário do que uma apressada leitura destas duas nomenclaturas poderia sugerir. O direito de acesso à informação diz respeito à possibilidade de se alcançar livremente as fontes de informação disponíveis na sociedade¹⁹⁵, estando, portanto, ligado ao direito de informar. O direito de informar-se é previsto no art. 5º, IX, da CF, ao preconizar que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Embora este direito seja atribuído a todos indistintamente, na prática é exercido com maior frequência pelos profissionais do jornalismo¹⁹⁶, para quem consubstancia uma prerrogativa essencial para o regular desenvolvimento de suas atividades.¹⁹⁷

Deveras, o direito de informar ficaria seriamente comprometido sem o direito de acesso às fontes de informações, mormente se dificuldades forem impostas àqueles responsáveis pela difusão das notícias em uma sociedade (os meios de comunicação de massa). A imprensa, de um modo geral, tem na veiculação da notícia a sua principal tarefa, razão pela qual as empresas de comunicação social são melhores conhecedoras das fontes de informações dos fatos de relevância pública, o que lhes permitem exercer um jornalismo investigativo com maior efetividade. Com a divulgação ampla das notícias obtidas pelas mais diversas fontes, a sociedade é a principal beneficiada, com a possibilidade de receber informações mais completas e atuais.

Pelo sistema adotado pela CF, o livre acesso às fontes públicas de informação deve ser a regra, que pode ser excepcionada nas hipóteses previstas no texto constitucional, expressa ou implicitamente (colisão de princípios). Esta sistemática decorre da obrigação de transparência e do princípio da publicidade da Administração Pública (art. 37, *caput*, e § 1º), pois, em um regime democrático, a sociedade tem o direito de conhecer os fatos relacionados à gestão governamental e os atos do Poder Público. Dentre as hipóteses em que o acesso às fontes públicas não será garantido, pode ser mencionada a impossibilidade de acesso a

195Id. *Ibid.*, p. 88.

196CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 86.

197DESANTES GUANTER, J. M. op. cit., p. 73.

informações que afetem negativamente direitos personalíssimos (art. 5º, X) ou que objetivem resguardar a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). Com relação às fontes privadas ocorre o inverso, ou seja, o livre acesso é a exceção.¹⁹⁸ A CF confere especial proteção para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), garante a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), o que revela o propósito da Lei Maior em restringir o acesso das informações afetas às relações entre particulares.

Para possibilitar o pleno exercício do direito de informar-se, a CF prevê a garantia da manutenção do sigilo da fonte (art. 5º XIV), que, em última instância, objetiva fomentar a livre circulação de notícias especialmente sobre fatos relevantes da vida pública, mas cuja divulgação poderia ensejar risco à vida, à integridade física ou outro relevante bem jurídico daquele que forneceu as informações. Não há que se confundir, contudo, a garantia do sigilo da fonte com a vedação do anonimato (art. 5º, IV), pois enquanto esta última dirige-se àquele que torna pública a notícia, para possibilitar a eventual responsabilização por ilegalidades cometidas, aquela garantia tem por destinatário o fornecedor da informação.¹⁹⁹

2.4.2.3 O direito de ser informado

O direito de ser informado protege o receptor da mensagem. Consiste no direito deste receber informações sobre os fatos que ocorrem na sociedade, em especial aqueles que tenham uma “transcendência pública e sejam de interesse geral”.²⁰⁰ Este direito é previsto constitucionalmente no art. 5º, IX, da CF. Esclarece Edilson Farias que

[E]ntre nós, não vige apenas um interesse geral pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro e próprio direito do destinatário das notícias de recebê-las, isto é, uma posição jurídica subjetiva autônoma, acompanhada de tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Em outras palavras, o âmbito normativo configurado pelo inciso IX, do art. 5º protege igualmente o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo de comunicação.²⁰¹

198FARIAS, E. op. cit., p. 166.

199Id. Ibid., p. 89.

200Id. Ibid., p. 89-90.

201Id. Ibid., 167-168.

E mais adiante prossegue

O âmbito de proteção constitucional do direito fundamental de ser informado alcança tanto a obrigação do Estado de fornecer informação acerca da atuação de seus órgãos e de seus agentes quanto o dever dos órgãos de comunicação de massa de manter adequada e verdadeiramente informados os cidadãos sobre os acontecimentos atuais e de transcendência, dever que se estende, igualmente, para outros titulares da liberdade de comunicação, como é o caso da informação publicitária.²⁰²

Deveras, pouco adiantaria assegurar o direito de ser informado se não se pudesse concluir pela existência de um dever correlato, imposto ao Estado e aos meios de comunicação de massa, de tornar públicas as informações. O dever estatal de transmissão de informações de interesse público é corolário do princípio da publicidade da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), garantido expressamente pela Lei Maior (art. 37, § 1º). Quanto aos meios de comunicação de massa, o dever de informar a sociedade decorre da natureza jurídica de serviço público das atividades de radiodifusão de sons e de sons e imagens, sujeitas a um regime especial de delegação, conforme viu-se no tópico 1.4.2 deste trabalho.²⁰³

Nessa linha, José Afonso da Silva, ao cotejar a liberdade de informar quando exercida pelos profissionais do jornalismo e o direito da sociedade ser informada, defende que esta última deva prevalecer sobre aquela. E assim tem que ser porque

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 do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mas especialmente têm um dever. Reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.²⁰⁴

O direito de ser informado também comporta uma aspecto negativo, consistente na faculdade de não receber informações que não se deseja, assim como o direito de escolher quais as informações que se deseja receber. Tratando-se de informações de cunho político ou religioso, esta dimensão negativa do direito de ser informado resguarda, em última análise, a liberdade de consciência e de crença.²⁰⁵

202Id. *Ibid.*, p. 167-168.

203Nesse sentido: CARVALHO, L. G. G. C. de. *op. cit.*, p. 90.

204SILVA, J. A. S., *op. cit.*, p. 246.

205CARVALHO, L. G. G. C. de. *op. cit.*, p. 87.

2.4.3 Críticas à dicotomia liberdade de expressão e direito de informação

Nos tópicos precedentes afirmou-se que a diferença essencial entre a liberdade de expressão e o direito de informação reside no conteúdo da manifestação do pensamento. O direito de informação tem por objeto a exteriorização da notícia, entendida esta como a narração de fato ou de acontecimento do mundo externo, cuja veracidade pode ser comprovada objetivamente. O âmbito de proteção da liberdade de expressão é definido residualmente, abarcando todas as manifestações de pensamento que não se caracterizem como notícia na acepção acima descrita. Todavia, não são poucas as críticas que podem ser opostas à diferenciação em tela.

Guilherme Döring Cunha Pereira²⁰⁶, com amparo no escólio de Desantes Guanter e Soria, rejeita a distinção acima formulada. Segundo sustenta, o critério utilizado na diferenciação, qual seja, o conteúdo da mensagem (fatos ou ideias *lato sensu*) não é idôneo para justificar a existência de dois direitos fundamentais distintos. Defende que trata-se de um único direito fundamental, que tem um só objeto genérico que é a mensagem, cujo conteúdo pode assumir diferentes formas. Por outro lado, para estes autores, a submissão a diferentes disciplinas jurídicas, dependendo do conteúdo da mensagem, não seria suficiente para sustentar esta dicotomia. Em síntese,

Na verdade, não tem sentido cindir em dois ou três a liberdade fundamental de expressão ou manifestação do pensamento. Embora os diferentes tipos de mensagens possíveis possam implicar a existência de regras específicas, é preciso não perder de vista que o sentido teleológico fundamental do reconhecimento desta liberdade é o mesmo para qualquer tipo de mensagens: fomentar a comunicação do indivíduo, pela qual ele se relaciona com os demais para alcançar os seus fins fundamentais, e permitir a intensa troca de informações indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade.²⁰⁷

Em face desta objeção à dicotomia propugnada neste trabalho, podem ser contrapostos alguns argumentos em reforço do quanto já expendido.

De início, é necessário enfatizar que todas as formas de exteriorização do pensamento são tuteladas pela CF, encontrando-se no âmbito de proteção de direito(s)

206Op. cit., p. 71-72.

207Idem, p. 72.

fundamental(is), independentemente da adoção de uma concepção unitária ou plural da(s) liberdade(s) de manifestação do pensamento.

Embora exista uma estreita relação entre a liberdade de expressão e o direito de informação, forçoso convir que não há coincidência entre seus objetos de proteção. A liberdade de expressão abriga principalmente (mas não exclusivamente) a faculdade do sujeito ativo da comunicação, de exprimir de forma livre e desembaraçada os seus pensamentos, sem sofrer qualquer interferência ou sanção em razão de seu comportamento. O direito de informar a isto muito se assemelha. Entretanto, cumpre lembrar que o direito de informação não se esgota no direito de informar. Além deste, decorre do direito de informação o direito de informar-se e o direito a ser informado. Estes dois últimos direcionam os seus focos de proteção para campos não coincidentes com a liberdade de expressão, afastando, pois, a tese da identidade de objetos. Em comum, tanto o direito de informar-se e o direito de ser informado buscam assegurar o recebimento de informações.

O direito de informar-se, consubstanciado no acesso às fontes de informações, embora resguarde, no mais das vezes, o profissional da comunicação para o desempenho de suas atividades (jornalismo investigativo), concede-lhe esta proteção na condição de credor das informações, para que as receba. Ainda que esta proteção possa ser entendida sob uma perspectiva finalística, ou seja, assegurar o acesso às informações para possibilitar a sua posterior divulgação pública, não se pode negar que a tutela incide imediatamente na primeira fase deste processo, o recebimento das informações, e apenas mediamente na segunda etapa, a difusão.

O direito de ser informado está a uma distância ainda maior da liberdade de expressão. O direito de ser informado tem no sujeito passivo da comunicação o seu titular. Enquanto a liberdade de expressão, em uma grande parte dos casos concretos, se satisfaz com a mera abstenção estatal, a efetivação do direito de ser informado demanda uma prestação positiva do Estado ou de quem lhe faça as vezes.

Além disto, se o assunto é relacionado aos direitos fundamentais, impende analisar o tratamento que vem sendo dado ao tema pelos documentos internacionais de direitos humanos e pelas Constituições dos Estados ocidentais. Deveras, os tratados e convenções internacionais sobre direitos do homem que se seguiram à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceram, inspirados nesta última, a expressa proteção

tanto à liberdade de manifestação de pensamento como ao direito de informação. A exemplo dos documentos internacionais, a maioria das Constituições dos países ocidentais promulgadas após a segunda metade do século passado previram, textualmente, a liberdade de expressão e o direito de informação. Entre estas, incluem-se as Constituições de Portugal, da Espanha e do Brasil, como visto alhures. A positivação do direito de informação nos textos constitucionais e internacionais deve-se ao reconhecimento da fundamentalidade material desse direito, posto que considerado indispensável para o desenvolvimento intelectual, político e social do ser humano.

Reunidas, portanto, a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material, não há como rejeitar a existência de um direito de informação, que, embora mantenha estreita relação com a liberdade de expressão, possui diferente objeto, especialmente no tocante ao direito de ser informado e de informar-se.

Uma segunda objeção à aceitação da distinção entre a liberdade de expressão e o direito de informação, na forma proposta neste estudo, reside na afirmação de que muitas vezes não é possível discernir, em um caso concreto, se se está diante de uma notícia (narração de um fato) ou de uma ideia (opinião). Prescinde de maiores esforços empíricos a relevância desta assertiva.

Quando um homem narra um fato, por mais imparcial e objetivo que possa parecer, já o está descrevendo a partir de uma perspectiva própria ou contaminada pela apreciação de outra(s) pessoa(s) que lhe fez(izeram) o relato. Torna-se praticamente impossível estabelecer uma perfeita correspondência entre o acontecimento no plano da realidade e a sua narração humana. No campo da comunicação social – que é o que interessa neste trabalho –, mesmos os programas jornalísticos, que têm na notícia o seu principal “produto”, não é tarefa simples dissociar os fatos da valoração pessoal daquele que os narra. Esta dificuldade é agravada pela participação opinativa dos apresentadores, prática esta cada vez mais comum e intensa no meio televisivo.

Em que pese defenda ser possível esta diferenciação com base no “[...] bom senso e a compreensão costumeira das coisas, a compreensão do homem comum [...]”, || Guilherme Döring Cunha Pereira²⁰⁸ alerta para a dificuldade desta tarefa, porquanto “[...] a

208Op. cit., p. 66-67. Este autor, com base na doutrina italiana, propõe a diferenciação das liberdades relacionadas à manifestação do pensamento, conforme o seu conteúdo, da seguinte forma: 1-) liberdade de crônica, respeitante à narração de fatos; 2-) liberdade de opinião *lato sensu*, dividida em: 2a-) liberdade de

diferença entre fato e opinião é, em boa parte, uma questão de grau, de mais a menos determinado. Isso explica a dificuldade extrema, ou melhor, a impossibilidade de se traçar, no caso concreto, uma linha demarcatória clara entre o que é opinião e o que é puro fato.”

Esta segunda objeção, consistente na impossibilidade de se distinguir com segurança, e em todas as situações, a opinião, de um lado, e o fato, de outro, também não prospera. Apesar destas duas espécies de conteúdos sejam comumente mescladas nas diversas mensagens divulgadas ao público, é possível definir qual o conteúdo preponderante em cada caso concreto. Conforme registrou-se no tópico 2.4, o Tribunal Constitucional da Espanha, nos casos em que se depara com situações deste tipo, tem adotado o critério da preponderância da mensagem para definir qual a disciplina jurídica aplicável.²⁰⁹ Nas precisas palavras de Edilsom Farias,

[...] é verdade que tais elementos são conexos e que, na prática, podem apresentar-se interligados ou misturados. [...] do ponto de vista da teoria dos direitos fundamentais, havendo tal interligação, tem-se o fenômeno da concorrência de direitos, ou seja, de que um titular de um direito fundamental, em uma ação de comunicar fatos, emite também juízos de valor, opiniões ou críticas sobre os fatos comunicados. Todavia, de modo claro, a experiência jurídica tem demonstrado que, na hipótese em que fatos e opiniões apresentam-se unidos, é perfeitamente possível determinar em um caso concreto qual dos aspectos prepondera: a subjetividade (as ideias e opiniões tornadas públicas) ou a objetividade (os relevantes acontecimentos de interesse público). A subida importância do procedimento que atenta para a natureza do conteúdo do que é difundido amplamente na sociedade é, sem reboço de dúvida, a conversão daquele procedimento em uma técnica jurídica que, se, por um lado, facilita o controle jurídico dos desvios malévolos da expressão e comunicação da vida social, por outro, garante o livre fluxo das opiniões e notícias divulgadas com diligência, honestidade e continência.²¹⁰

Há uma terceira crítica relevante que pode ser feita contra a distinção entre a liberdade de expressão e o direito de informação, e que se aplica especificamente a este último: a exigência de veracidade da notícia.

O direito de informação tem por objeto a narração de fatos ou acontecimentos, ou seja, abrange elementos essencialmente objetivos. Por esta razão, entende-se que o conteúdo da mensagem encontra-se submetido ao requisito da veracidade, o qual não é exigido no âmbito da liberdade de expressão. Nesta senda, somente poderá se falar em exercício regular do direito de informação se a notícia for verdadeira, sob o prisma subjetivo

crítica, consistente na liberdade de manifestar a opinião acerca de fatos, pessoas, instituições etc.; 2b-) liberdade de expressão de ideias, concernente à manifestação de convicções mais gerais, doutrinas, concepções, teses etc.

209LA SERNA, L. E. de. op. cit, p. 378-380.

210Op. cit., p. 56-57.

analisado anteriormente.

Esse entendimento tem grande aceitação entre os autores brasileiros e deita as suas raízes principalmente na doutrina e na jurisprudência espanholas sobre o assunto. A Constituição da Espanha de 1978 reconheceu, em seu art. 20, 1, “d”, o direito de “[...] comunicar o recibir libremente información **veraz** por cualquier medio de difusión.” (Grifo nosso). Observa-se que o texto constitucional da Espanha exigiu expressamente que as informações divulgadas ou recebidas fossem verazes. Destarte, não há maiores dificuldades em se admitir que o requisito da veracidade da informação é inerente ao direito de informação no ordenamento jurídico daquele país. No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não dispõe de dispositivo com semelhante conteúdo. Desse modo, indaga-se: o direito de informação, à luz do direito positivo brasileiro, encontra-se jungido ao requisito da veracidade, tal como concebido na Espanha?

A resposta deve ser afirmativa. Ainda que a CF não tenha declarado textualmente que o direito em tela exige que a informação seja verdadeira, esta conclusão é decorrência lógica do regime adotado pela Carta de 1988. Viu-se linhas atrás a importância da livre circulação das informações no estado democrático de direito, porquanto contribui para a formação da opinião pública, fomenta o pluralismo político e possibilita uma maior participação popular na política. Os fatos e acontecimentos ocorridos na sociedade devem ser transmitidos guardando-se fidelidade com o ocorrido no plano da realidade histórica, pois, do contrário, há a manipulação da informação, em prejuízo da democracia em seus aspectos mencionados anteriormente.

A falsidade, a mentira, a deturpação da realidade, são ideias contrárias ao Direito. Como não poderia deixar de ser, estes vícios, pelos efeitos negativos que acarretam ao convívio social, não são protegidos na CF.²¹¹ Há, outrossim, referências esparsas no texto constitucional e que permitem inferir com segurança que a veracidade da informação também

211A maior parte da doutrina brasileira sustenta que a garantia prevista no art. 5º, LXIII, da CF, que assegura o direito do preso de permanecer em silêncio, extensível a todos os investigados e processados por força do princípio da ampla defesa (art. 5º, LV), também garante o direito de mentir. Não compartilhamos deste posicionamento. O que a CF assegura é o silêncio (postura passiva, que evita a autoincriminação) e não o direito de mentir (postura ativa, que pode inclusive ensejar a realização de diligências investigatórias desnecessárias pelo Poder Público – ensejando gastos, portanto – e o envolvimento indevido de terceiros nos fatos em apuração). Sobre o assunto, há interessante artigo que refuta o posicionamento da doutrina “tradicional”: ARAS, Vladimir. **A mentira do réu e o artigo 59 do CP**. In: Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org.: Calabrich, Bruno et al. Salvador : Editora Podivm, 2010. p. 239-266.

é exigida no direito positivo brasileiro.

Nesse sentido, o art. 50, § 2º, da CF, dispõe que a prestação de informações falsas às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por parte de Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importará em crime de responsabilidade. Por outro lado, uma das finalidades do direito de resposta previsto no art. 5º, V, da CF, é a de possibilitar a correção de informações falsas divulgadas ao público, evidenciando o compromisso da CF com o dever da verdade. Também demonstra este apreço pela verdade o art. 5º, LXXII, “b”, ao dispor que o *habeas data* é um remédio constitucional adequado “para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”. Por fim, há de se mencionar que o art. 37, § 1º, ao tratar da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, determina tenha aquela um caráter educativo, informativo ou de orientação social, características estas que, evidentemente, não se compatibilizam com a prestação de informações falsas.

2.4.4 A liberdade de expressão e informação pelos meios de comunicação social

A comunicação social teve o seu grande impulso com a invenção da prensa móvel pelo alemão Johannes Gutenberg, em meados do século XV. A prensa, equipamento que possibilitou a impressão com a utilização de tipos móveis, permitiu a produção de livros e jornais em larga escala, que até então era realizada artesanalmente. Em consequência, as ideias e pensamentos passaram a ser disseminados de uma forma muito mais ampla e rápida, tornando o conhecimento acessível a um número muito maior de pessoas. A impressão e a circulação de livros e jornais em larga escala foram fundamentais para possibilitar avanços nas mais diversas áreas, mormente a científica, dando ensejo a fase histórica conhecida como Renascimento (ou Renascença). Tão grande a importância desta invenção que, até os dias atuais, em que os meios de comunicação de massa não se limitam aos veículos impressos (perdendo cada vez mais espaço para outras tecnologias), é muito comum a utilização do termo “imprensa” ou outros dele derivados para designar, de uma forma geral, os meios de comunicação de massa.

Se à invenção e à ampla utilização da prensa móvel para impressão em larga escala podem ser atribuídos o rótulo de primeira grande revolução na forma de veiculação de informações e do conhecimento, a transmissão de conteúdos pelo espectro eletromagnético, mediante a difusão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão), constituiu uma segunda grande revolução neste campo.

Além de alcançarem um maior número de pessoas, o rádio e a televisão são mais acessíveis ao público, seja porque não sofrem restrições de ordem econômica a que os meios impressos estão geralmente sujeitos (cobrança pela venda do exemplar)²¹², seja porque não dependem da alfabetização dos destinatários das mensagens para que estas lhes cheguem ao conhecimento. Basta ao indivíduo possuir o aparelho decodificador respectivo (rádio ou televisor) e situar-se em uma área coberta pelos sinais de radiofrequência para receber todo o conteúdo transmitido, sem maiores esforços. Esta facilidade na recepção de conteúdos reflete na influência exercida sobre a vida das pessoas, conforme se viu no tópico 1.2 deste trabalho.

Em razão do papel de elevado destaque ocupado pelos meios de comunicação de massa na sociedade contemporânea, a ponto da imprensa, no Brasil, ser comumente chamada de “quarto poder”, nota-se uma constante preocupação entre os juristas e operadores do Direito em definir o regramento constitucional ao qual essa atividade encontra-se submetida.

Não raro a doutrina e a jurisprudência referem-se a expressões como “liberdade de imprensa” ou “liberdade de informação jornalística” para designar uma espécie autônoma de “liberdade de expressão e informação” quando exercida pelos meios de comunicação de social.

Inicialmente, deve-se ressaltar que o uso das nomenclaturas acima são inapropriadas, porquanto a primeira causa a falsa impressão de que são aplicáveis somente aos meios de informação impressos (como jornais e revistas) e a segunda remete a apenas uma espécie de comunicação (o jornalismo).²¹³

212Imperioso lembrar que as empresas brasileiras delegatárias do serviço de televisão geralmente possuem fins lucrativos, mas suas receitas provêm principalmente dos anunciantes (publicidade).

213FARIAS, E. op. cit., p. 102-103. CARVALHO, L. G. G. C. de (op. cit., p. 36) propõe um conceito moderno de imprensa, que tenha por essência a atividade e o meio utilizado para a divulgação, segundo o qual a imprensa “[...] significa informação, jornalismo, independentemente do processo gerador, seja a prensa ou seja radiodifusão de sons”, podendo ser incluída neste conceito “[...] a atividade jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio e a internet”.

Por outro lado, as mensagens podem ser distinguidas quanto à função ou efeito pretendido nas seguintes espécies: a informação jornalística propriamente dita (atualizadora e pedagógica ou instrutiva), a informação publicitária ou propagandística e a recreativa ou de entretenimento.²¹⁴ Não é incomum a doutrina e a jurisprudência associarem as denominadas “liberdade de imprensa” ou “liberdade de informação jornalística” a somente um dos possíveis conteúdos do ato comunicativo, a informação jornalística propriamente dita, na classificação acima. Se adotado este enfoque, não estariam na esfera dessas liberdades, por exemplo, as atrações do rádio e televisão para o entretenimento do público, como programas humorísticos e novelas.²¹⁵

Os meios de comunicação de massa (rádio, televisão, jornal etc.) são apenas o suporte físico pelo qual outras liberdades e direitos podem ser exercidos, notadamente a liberdade de expressão e o direito de informação.²¹⁶ A circunstância de uma informação ou qualquer outro tipo de mensagem ser transmitida por um meio de comunicação de massa não permite concluir que há uma terceira espécie de liberdade relacionada à manifestação do pensamento, ao lado da liberdade de expressão e do direito de informação. Desse modo, “a liberdade de comunicação social corresponderia à liberdade de expressão e informação através dos meios específicos de comunicação social.”²¹⁷

A comunicação social seria, portanto, um suporte ou um espaço onde se desenvolvem vários direitos, onde os seres humanos se realizam e desenvolvem a personalidade, tanto pelo exercício afirmativo dos seus direitos (uns, típicas liberdades negativas, v. g. a liberdade de criação artística, outros funcionalizados ao atendimento do interesse público, como o direito de informar e ser informado) quanto através da absorção passiva da informação e da própria cultura do seu país e do mundo que lhe é transmitida pela comunicação social.²¹⁸

É neste sentido que Edilson Farias denomina de “liberdade de comunicação social” o “exercício da liberdade de expressão e comunicação por meio dos órgãos de comunicação de massa”.²¹⁹ Portanto, não há uma “liberdade de expressão e informação” específica relacionada aos meios de comunicação, a ponto de configurar, ao lado da liberdade

214PEREIRA, G. D. C.. op. cit., p. 54.

215Adotando a posição restritiva acima, CARVALHO, L. G. G. C. de (op. cit., p. 36) entende que as novelas, a execução de músicas ou outras atrações que objetivam a diversão do público não se inserem no conceito moderno de imprensa.

216No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. (op. cit., p. 580) afirmam que a liberdade de imprensa é apenas uma qualificação da liberdade de expressão e informação destinada ao público, submetendo-se, portanto, ao regime constitucional desta última.

217FONTES JUNIOR, J. B. A. op. cit., p. 53.

218Id. Ibid., p. 55.

219FARIAS, E. op. cit., p. 102.

de expressão e do direito de informação, uma terceira espécie componente do gênero “liberdade de expressão e informação”. Para Edilsom Farias²²⁰ o conjunto de disposições previstas nos arts. 220 a 224 da CF conformariam uma garantia institucional dos meios de comunicação social.²²¹

Na espécie, esta garantia conferida pela Constituição não tem por objetivo primário a proteção dos direitos e liberdades dos proprietários e profissionais dos meios de comunicação. Esta especial tutela constitucional volta-se principalmente à defesa de uma instituição cara ao estado democrático de direito, a imprensa livre. Assegura-se o pluralismo, a independência e a liberdade no exercício das atividades da comunicação social, tal como delineado na CF, haja vista que estes predicados são essenciais para a existência e a manutenção de meios de comunicação de massa que contribuam positivamente para a formação da opinião pública e o pluralismo político. É sob esta ótica que deve ser encarada a proteção assegurada pelo Capítulo V, do Título VIII, da CF. Aliás, ao inserir o capítulo dedicado à “Comunicação Social” no título “Da Ordem Social”, ao lado de direitos como a saúde, a educação e a cultura, o legislador constitucional demonstra ter privilegiado a concepção acima defendida.

As normas de garantias institucionais são destinadas a proteger instituições públicas ou privadas, e muitas vezes guardam relação com as normas de direitos fundamentais, “[...] visando proteger formas de vida e de organização social indispensáveis à própria protecção dos direitos dos cidadãos.”²²² Neste sentido, algumas realidades sociais objetivas, como a maternidade, a família e a imprensa livre, em virtude da relevância vislumbrada pelo legislador constituinte, receberam uma especial proteção jurídica na Constituição.²²³ Busca-se, com isto, preservar a integridade de uma instituição tal como

²²⁰Id. *Ibid.*, p. 196.

²²¹Há quem defenda que o Capítulo V, do Título VIII, da CF, encerra algumas normas que configuram direitos subjetivos e outras que dizem respeito à organização dos meios de comunicação. Neste sentido, STROPPIA, T. (op. cit., p. 68-69) sustenta “[...] a existência dos dois blocos distintos de normas que compõem o direito de comunicação social, tratando da sua dimensão jurídico-subjetiva nos arts. 220, §§1º, 2º, 3º, inc. II e 4º e 221, e da dimensão jurídico-orgânica nos arts. 220, §§3º, inc. I, 5º e 6º; 222 a 224, quando regula aspectos ligados propriamente à existência e ao funcionamento dos meios de comunicação de massa.” Independentemente da qualificação jurídica que se lhes atribua, é forçoso ter em mente que as disposições constitucionais em questão vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas suas respectivas esferas de atuação.

²²²CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 1997, p. 1.044.

²²³Id. *Ibid.*, p. 363. No entanto, em obra conjunta escrita por CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op. cit., 2003, p. 17-18), estes sustentam, com base na Constituição portuguesa de 1976, a existência de um direito fundamental de radiodifusão, que “[...] pode ser justificada a partir dos valores constitucionais da edificação de uma sociedade democrática aberta, da difusão pluralística do poder e da protecção de um perímetro de livre iniciativa individual e coletiva, publicística e económica, em ordem à dinamização

concebida na CF, resguardando-lhe as características essenciais e reforçando-lhe a proteção, a fim de colocá-la a salvo de uma eventual deformação ou até mesmo a supressão pelo legislador infraconstitucional.²²⁴ Isto não significa que das normas que conformam uma garantia institucional não decorram direitos subjetivos autônomos. Há casos em que a garantia institucional encontra-se tão estreitamente ligada à proteção de determinados direitos fundamentais que o reconhecimento de posições jurídicas subjetivas acaba sendo um exigência necessária para proteger a instituição com a qual se relaciona. O exemplo citado por Ingo Wolfgang Sarlet²²⁵ é justamente a garantia institucional da liberdade de imprensa, que “protege tanto a instituição da imprensa livre, quanto fundamenta direito individual subjetivo para resguardar a fruição desta liberdade fundamental.”

Para o autor acima citado²²⁶ as garantias institucionais são uma espécie do gênero garantias fundamentais e encontram-se sujeitas ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais propriamente ditos. Desta maneira, conclui-se que independentemente da qualificação doutrinária atribuída às normas constantes do capítulo dedicado pela CF à Comunicação Social (arts. 220 a 224), as quais demandam uma apreciação individualizada para a determinação do alcance e da eficácia de cada uma, será possível aplicar as soluções preconizadas pela teoria dos princípios, que constitui o principal referencial teórico deste trabalho.

Com base na Constituição da Alemanha, Robert Alexy, ao analisar julgados do Tribunal Constitucional daquele país, concluiu que aquela Corte abandonou a concepção de que a liberdade de radiodifusão é uma liberdade “institucional” e passou a considerá-la uma liberdade “instrumental”. A liberdade instrumental não é uma liberdade negativa, no sentido de ser permitido fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. A liberdade “instrumental”, além de significar a liberdade em face do Estado, é vista como instrumento para a “liberdade na formação da opinião”, pública e individual.²²⁷ Esta visão ajusta-se à dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação, tratada no tópico 2.3 deste trabalho.

Também neste campo há que se mencionar a chamada teoria da responsabilidade social da imprensa, cujo desenvolvimento coincidiu com a fase de transição

autônoma dos vários subsistemas de ação social.”

224SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998. p. 181.

225Id. Ibid., p. 182-183.

226Id. Ibid., p. 184.

227ALEXY, R. op. cit., p. 494-495.

do Estado liberal (abstencionista) para o Estado Social (intervencionista). Segundo Tadeu Antonio Dix da Silva²²⁸, a liberdade de que dispõem os meios de comunicação no exercício de seu mister não pode ser mais concebida sob a visão do liberalismo clássico, como uma faculdade conferida aos profissionais da comunicação para divulgarem como quiserem, o que quiserem e se quiserem. Esta concepção não se ajusta ao estado social, em que a imprensa exerce um importante papel para a sociedade, na medida em que informa os cidadãos a respeito dos acontecimentos de relevância pública, o que possibilita o debate, a crítica, o pluralismo e a formação da opinião pública consciente. É assente a importância dos meios de comunicação de massa para a democracia, conforme demonstrado anteriormente. Reconhece-se, por tal teoria, esta função social e política dos meios de comunicação social.

Pela teoria da responsabilidade social da imprensa, prestigia-se não só o aspecto da liberdade *de* comunicação, mas sobretudo uma liberdade *para* comunicação, que passa a também se preocupar com a proteção do público.

Insiste-se, então, sobretudo, no direito do público de ser informado a partir de uma pluralidade heterogênea de fontes, com objetividade e sem manipulações, e que esse processo deveria respeitar determinados valores morais e culturais representativos da dignidade da pessoa humana e o progresso da civilização.²²⁹

A síntese da teoria da responsabilidade social dos meios de comunicação de massa pode ser extraída dos princípios normativos enumerados por Denis McQuail, abaixo expostos:

- a) os meios de comunicação de massa devem aceitar e cumprir determinadas obrigações com a sociedade;
- b) essas obrigações devem ser cumpridas para estabelecer um alto nível – ou profissional – para a informação, que necessita revestir-se de veracidade, exatidão, objetividade e equilíbrio;
- c) ao aceitar e aplicar estas obrigações, os meios de comunicação de massa devem auto-regular-se dentro do marco legal e das instituições estabelecidas;
- d) os meios de comunicação devem evitar tudo aquilo que induza o delito, a violência ou desordem civil, ou que resulte ofensivo para as minorias éticas ou religiosas;
- e) os meios de comunicação de massa, em conjunto, devem ser pluralistas e refletir a diversidade da sociedade, concedendo acesso aos distintos pontos de vista e ao direito de resposta;
- f) a sociedade e o público, como se deduz do primeiro princípio exposto, têm o direito de esperar bons níveis técnicos, e estaria justificada a intervenção estatal para assegurar o bem público.²³⁰

Em relação à propriedade, a CF dispôs expressamente acerca da necessidade de

228Op. cit., 94-101.

229Idem, p. 96.

230Apud SILVA, Tadeu Antonio Dix da. op. cit., p. 98-99.

que esta cumpra a sua função social (art. 5º, XXIII), estipulando sanções, até mesmo a perda compulsória da propriedade, em caso de desatendimento desta função (art. 184, *caput*). A função social do rádio e da televisão, embora não prevista textualmente na CF²³¹, pode ser extraída do regime jurídico constitucional destas atividades, ao terem sido qualificadas como serviços públicos, passíveis de exploração por particulares mediante delegação pelo Poder Público.²³² Esta circunstância, todavia, não pode servir de base para que o Estado venha a se substituir ao particular nos principais aspectos do serviço que delegou. Dito de outra forma, a função social dos meios de comunicação social enseja a interferência do Estado somente na exata medida em que isto seja estritamente necessário para o cumprimento das normas e a proteção dos valores albergados pela CF. Entendimento diverso esvaziaria a concepção que ensejou a própria “criação” da liberdade de expressão e informação, qual seja, a de uma liberdade negativa, que objetiva impedir o Estado de cercear o direito à livre manifestação do pensamento.²³³ Tanto a dimensão subjetiva (liberdade negativa) como a dimensão objetiva (instrumental) da liberdade de expressão e informação devem ser consideradas e compatibilizadas.

Em síntese, a teoria da responsabilidade social da imprensa não pode ser invocada para justificar medidas que constituam um embaraço à liberdade de expressão e informação pelos meios de comunicação de massa e que não encontrem fundamento constitucional. A referida teoria tem por principal finalidade esclarecer o papel ambivalente exercido pelos meios de comunicação social nas sociedades contemporâneas, a fim de orientar a formulação de medidas legislativas, deontológico-profissionais e atos administrativos do Poder Público, desde que com amparo na CF.

231Consoante registra PEREIRA, G. D. C. (op. cit., p. 29-30), há autores, dentre os quais Fábio Konder COMPARATO, que vislumbra no art. 170, III, da CF, a positivação da função social da empresa (em geral). Para COMPARATO, quando aquele dispositivo estabelece a “função social da propriedade” como um dos princípios conformadores da ordem econômica, o termo “propriedade” remete aos bens de produção em geral.

232A lei das sociedades anônimas (nº 6.404/76) faz referência expressa, em seu art. 116, parágrafo único, à função social, nos seguintes termos: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

233PEREIRA, G. D. C. (op. cit., p. 38-41), embora reconheça que os meios de comunicação de massa tenham uma função social a cumprir, defende que o aspecto da liberdade negativa deve sobressair, pois fundamental para a atividade. Destarte, para esse autor, o cumprimento da função social deve ser verificado sempre *a posteriori*, mediante a aplicação de sanções penais e administrativas, ou ensejar a responsabilidade civil (indenização) nos casos em que abusos no exercício da atividade forem constatados. Sustenta, pois, que “[...] a disciplina da função social dos *mass media* há de ser necessariamente fragmentária e predominantemente negativa”, isto é, prevista nos dispositivos legais de diferentes ramos do Direito, de modo apenas repressivo, e sempre prestigiando-se a liberdade no exercício da atividade.

2.5 Proibição à censura

Demonstrou-se a importância da liberdade de expressão e informação para a sociedade, tanto em sua dimensão subjetiva (de proteção à autonomia pessoal) como em sua dimensão objetiva (tutela da formação da opinião pública, da participação ativa de todos no debate público, do pluralismo político e do funcionamento do regime democrático).²³⁴ A enunciação dos aludidos direitos fundamentais na CF, por meio dos diversos dispositivos constitucionais já mencionados neste trabalho, lhe conferem conformação suficiente a ensejar a proteção pelo Estado, mormente em razão do disposto no art. 5º, § 1º, da CF.²³⁵ Entretanto, além da proteção conferida pelos dispositivos que dão suporte direto à liberdade de expressão e informação, a CF traz em seu texto uma “cláusula de reforço”, uma espécie de garantia adicional destinada a evitar que o Poder Público embarace o livre exercício desses direitos fundamentais. Trata-se da proibição à censura. E esta preocupação do legislador constitucional tem a sua razão.

Nos regimes políticos não democráticos, o controle e o cerceamento da liberdade de expressão e informação são utilizados pelo governo como instrumentos para manutenção do sistema vigente. No Brasil não foi diferente. De acordo com o regime político em cada época, o direito fundamental em estudo foi garantido em diferentes amplitudes. A título exemplificativo, em novembro de 1976, de autoria do então Ministro da Justiça Armando Falcão, foi editado um decreto que ficou conhecido como “Lei Falcão”, que restringiu significativamente o acesso ao rádio e à televisão pelos políticos de oposição ao regime militar.²³⁶

A importância da vedação da censura como garantia para a liberdade de expressão e informação obteve relevante reconhecimento no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), do qual o Brasil é signatário, internalizado em território nacional pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Aludida convenção internacional, além de vedar expressamente a censura prévia²³⁷ (art. 13, 2), deixou

²³⁴FARIAS, E. op. cit. p. 279.

²³⁵“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

²³⁶REIMÃO, S.; ANDRADE, A. de. op. cit., p. 89.

²³⁷Referida Convenção ressaltou, contudo, a possibilidade de lei estabelecer censura prévia quanto aos

assente que “não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões” (art. 13, 3). Esta preocupação de impedir qualquer tentativa de censura, ainda que por meios indiretos e sob outra “roupagem”, é procedente, e baseia-se em lamentáveis precedentes de tempos passados.

A Constituição de 1988, de índole democrática e garantidora dos direitos e liberdades públicas, cuidou de proibir expressamente a censura no art. 5º, inciso IX, e no art. 220, § 2º. Andou bem o legislador constituinte ao vedar expressamente a censura, em quaisquer de suas formas. A censura é um poderoso instrumento de controle da manifestação e livre circulação das ideias e notícias, principalmente quando a ela se subordinam os meios de comunicação de massa. Esta autoritária medida, quando autorizada, pode ser utilizada pelo detentor do poder para monopolizar as linhas de pensamento, impondo à sociedade uma única ideologia a ser seguida. Elimina-se o pluralismo político e contamina-se a livre formação da opinião pública. Como consequência, há o decréscimo da participação popular na política. A censura, seja ela prévia ou posterior, ainda que exercida de maneira indireta, é totalmente incompatível com a democracia, pois impede a livre formação da convicção e o desenvolvimento das pessoas, individual e coletivamente consideradas.

[Com a censura] ocorre uma espécie de filtragem dos conteúdos por uma autoridade que se avoca o direito de ver e conferir antes dos outros cidadãos o que vai ser exibido, no caso da televisão. Tal controle cria uma divisão na sociedade absolutamente contrária ao conceito de democracia. Ou seja, deixa implícita a existência de dois tipos de cidadãos: os que podem tudo e aqueles que só podem o que os primeiros decidem. Uma história por demais conhecida e que traz péssimas recordações.²³⁸

Deveras, de nada adiantaria a Constituição elencar a liberdade de expressão e o direito de informação no rol dos direitos que protege se, em contrapartida, permitisse a adoção do mecanismo da censura, pois esta última tem o condão de esvaziar completamente o conteúdo daqueles direitos fundamentais.

espetáculos públicos, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência (art. 13, 4).

238SIMÕES, I. F. op. cit., p. 14.

2.5.1 Delimitação do conceito de censura

É comum atribuir à censura um conceito restrito, que a relaciona com o poder de polícia estatal, ideia esta remanescente dos procedimentos adotados nos regimes militares que grassaram neste país em épocas não muito distantes.

No período entre 1967 a 1985, os governantes, preocupados em deixar a população alienada e alheia às questões políticas e aos problemas no país, patrocinaram inúmeros episódios relacionados à censura de conteúdos. Somente no período de 1972 a 1974, a Censura Federal e outros órgãos do governo encaminharam mais de quatrocentos comunicados às redações dos jornais e revistas e às emissoras de rádio e televisão com a proibição de veiculação de notícias que versassem sobre os mais diversos assuntos, como: “o decreto de Dom Pedro I abolindo a censura no Brasil”, “o subversivo e cantor Geraldo Vandré”, “derrame de cédulas falsas”, “atentados terroristas em qualquer área do território nacional”²³⁹, dentre tantos outros. Alguns serão mencionados aqui, apenas para ilustrar o quão esdrúxula era a postura censória então adotada.

Para iniciar o rol de absurdos, há notícia de que naquele período um técnico foi designado para analisar o desenho animado *Tom & Jerry*, a fim de verificar se este transmitia mensagens subliminares, prejudiciais à manutenção da paz e da tranquilidade da família e da sociedade.²⁴⁰ Em outra ocasião, o Centro de Informação do Exército (CIE) expediu informes confidenciais contra a realização de um festival de música negra na TV Globo, com o objetivo de impedir a suscitação do debate sobre a discriminação racial no país, problema que, na visão daquele órgão, não existia no Brasil.²⁴¹ Em julho de 1974, os jornais, revistas e emissoras de televisão foram impedidos de noticiar um surto de meningite que vitimou mais de duzentas pessoas em São Paulo.²⁴² No ano de 1976, o programa “Fantástico”, da rede Globo de televisão, após anunciar que iria exibir o balé “Romeu e Julieta” do grupo de Teatro Bolshoi de Moscou, foi impedido de apresentar a atração, sob a justificativa dos órgãos censores de que o balé era russo e, desse modo, instrumento de propaganda comunista.²⁴³ Até mesmo por telefone os órgãos censores determinavam a proibição de veiculação de conteúdos, conforme

239Marconi, Paolo *apud* SIMÕES, I. F. op. cit. p. 41.

240SIMÕES, I. F. op. cit., p. 40.

241Id. *Ibid.*, p. 40.

242Id. *Ibid.*, p. 43.

243REIMÃO, S.; ANDRADE, A. de. op. cit.; p. 95. SIMÕES, I. F. op. cit., p. 43.

se colhe do diálogo telefônico abaixo, ocorrido no ano de 1977, divulgado pela Revista *IstoÉ*:

- Alô, aqui é da Polícia Federal.
- Boa noite, minha senhora. Qual é a proibição de hoje?
- Hoje não deverá sair nada sobre a exoneração do ministro Sylvio Frota.
- Pois não. Então, boa noite.
- Boa noite (IstoÉ, 22 de fevereiro de 1978, p. 52).²⁴⁴

Ícone da cultura popular brasileira, o apresentador de televisão Chacrinha chegou a ser preso, em 1º de julho de 1980, por ter se negado a aumentar o tamanho dos maiôs de suas chacetes.²⁴⁵

Outros tantos episódios grotescos patrocinados pela censura brasileira ocorreram naquela época²⁴⁶; a menção aos casos acima buscou apenas ilustrar a dimensão alcançada pelos tentáculos censórios no período.

Em decorrência dessas traumatizantes experiências vividas especialmente no regime ditatorial, não raro a censura é referida como um ato do Poder Executivo, no exercício do poder de polícia, através do qual promove a análise prévia de conteúdos de qualquer manifestação do pensamento dirigido ao público, de acordo com pautas ideológicas ou políticas estabelecidas pelo governo. É nesse sentido a definição de Pinto Ferreira, para quem “censura é qualquer exame prévio de uma obra para efeito de verificar se o seu conteúdo corresponde ao respeito a determinados princípios de ordem política e moral. Qualquer verificação prévia caracteriza assim um ato de censura”.²⁴⁷

Semelhante conceito é proposto por José Cretella Júnior, que, no entanto, trata das palavras “restrição” e “censura” como sinônimos. Para este autor

Restrição ou censura é qualquer exame que agentes especializados do governo – os censores -, exercendo o poder de polícia de que dispõem, examinam as formas, processos ou veículos de comunicação social, para permitir, ou não, a transmissão da mensagem ao público.²⁴⁸

Na acepção acima, a censura pode incidir sobre qualquer forma de comunicação, como nos livros, revistas, jornais, rádio, televisão, inclusive nas manifestações preponderantemente artísticas, como o cinema e o teatro. Neste contexto, ganha destaque a

²⁴⁴*Apud* MATTOS, Sérgio. **Mídia controlada : a história da censura no Brasil e no mundo**. São Paulo : Paulus, 2005. p. 121.

²⁴⁵SIMÕES, I. F. *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁶Para um melhor detalhamento da história da censura no Brasil: SIMÕES, I. F. *op. cit.*; MELO, J. M. (org.). *op. cit.*

²⁴⁷*Op. cit.*, p. 235.

²⁴⁸CRETELLA JÚNIOR, J. *op. cit.*, p. 4.502.

figura de um órgão censor, responsável pela fiscalização ideológica das mensagens a fim de difusão de ideias contrárias aos detentores do poder.

Embora não esteja incorreta esta interpretação restrita do conceito de censura, verifica-se que ela não se compatibiliza com o atual texto constitucional. Enfatizou-se anteriormente que a proibição de censura visa essencialmente garantir o livre exercício da liberdade de expressão e do direito de informação (art. 5º, IX), inclusive e especialmente pelos meios de comunicação de massa (art. 220, § 2º), estes últimos pelo importante papel exercido na sociedade.²⁴⁹ Por garantir importantes direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento, as normas constitucionais que proíbem a censura devem ser interpretadas à luz do critério hermenêutico constitucional da máxima efetividade. Por este critério, existindo mais de uma interpretação possível, deve-se privilegiar aquela que confere maior eficiência no campo dos direitos fundamentais.²⁵⁰ Destarte, para que a vedação à censura exerça do modo mais amplo possível o seu papel de assegurar a liberdade de expressão e o direito de informação, o conceito de censura também deve ser amplo.

O propósito do legislador constitucional de conferir à censura uma acepção a mais larga possível pode ser percebido pela redação dos dois dispositivos da CF que tratam do instituto. No capítulo dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o art. 5º, inciso IX, dispôs que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A dispensa de licença reforça a impossibilidade de censura, pois a submissão do indivíduo a uma prévia licença para a exteriorização do pensamento equivaleria, em última análise, a uma forma de censura. O art. 220, § 2º, relacionado especificamente à comunicação social, aduz que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Observa-se que estes enunciados foram redigidos de forma ampla, para abarcar as diversas formas de manifestação do pensamento (atividade intelectual, artística, científica e de comunicação) e impedir a censura de diferentes espécies (de natureza política, ideológica e artística). Entretanto, uma interpretação meramente literal desses dois dispositivos, quando analisados conjuntamente, poderia levar à conclusão de que outras formas de manifestação não se encontrariam

249STROPPIA, T. (op. cit., p. 153) defende que as normas constitucionais que proíbem a censura são cláusulas pétreas, pois visam assegurar o pleno exercício das liberdades de manifestação do pensamento. Justifica a sua conclusão sob o argumento de que o art. 60, § 4º, veda qualquer proposta de emenda *tendente* a abolir um direito individual, ou seja, aquela que, ainda que não elimine direta e totalmente o direito, esvazie o seu conteúdo por vias transversas.

250CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 1997, p. 1.097.

protegidas pela garantia da vedação de censura.

Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia indagar se as manifestações de cunho religioso, por exemplo, estariam sujeitas a atos censórios pelo Estado, haja vista que asseguradas em outro inciso do art. 5º, o de número VI, que não veda expressamente a censura, e cuja terminologia também não encontra exata correspondência com o texto do art. 220, § 2º. A resposta a esta indagação só pode ser negativa.

O fato das manifestações de natureza religiosa não terem sido especificamente citadas no bojo dos dispositivos constitucionais que proíbem a censura não significa que esta poderia incidir sobre esta espécie de expressão humana. O Estado brasileiro é laico, pois a CF não elegeu nenhuma religião oficial. Por conseguinte, nesse campo prevalece a liberdade individual para escolher e praticar qualquer religião, ou de não optar e nem praticar nenhuma. O art. 5º, VI, diz ser inviolável a liberdade de consciência e crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos. É intuitivo que a censura é um mecanismo antagônico ao exercício desta liberdade, de tal modo que se fosse necessária a submissão de práticas religiosas a um controle externo, não se poderia falar em liberdade. O art. 5º, VIII, reforça esta conclusão, ao assegurar que ninguém será privado de direitos em razão de crença religiosa, salvo se as invocar para se escusar de obrigação legal a todos imposta e não cumprir a prestação alternativa. Aliás, a vedação da censura nas práticas religiosas pode ser inferida do art. 19 da CF, que proíbe qualquer dos entes da federação de “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, **embaraçar-lhes o funcionamento** ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (Grifo nosso).

Ademais, consoante já propugnado, deve ser observado o critério hermenêutico da máxima efetividade, de maneira que às expressões “natureza política, ideológica e artística”, que designam as espécies de censura proibidas pelo art. 220, § 2º, deve ser aplicada uma interpretação extensiva, para que motivos de natureza “análoga” não estejam fora do alcance daquela garantia. Logo, a CF não tolera censura de naturezas religiosa, filosófica, científica, educacional, desportiva etc., pois todas estas categorias, embora com diferentes significados, são conduzíveis à categoria “natureza ideológica”.²⁵¹

²⁵¹Neste sentido, Ives Gandra da Silva Martins afirma que as expressões “natureza política” e “natureza ideológica” se confundem, pois “[t]oda manifestação ideológica tem um conteúdo político, e toda manifestação política exterioriza uma posição ideológica.” Para o citado autor, a repetição desnecessária deste conceitos ocorreu em razão do trauma causado pelos tempos da censura, demonstrando o receio de que

Por outro lado, um equívoco deve ser desfeito. É comum relacionar a censura a atos de avaliação e filtragem de conteúdos que acontecem antes de sua difusão ao público, ou seja, previamente à veiculação. Assim ocorreu com a mencionada proibição de exibição do balé Bolshoi citada alhures, em que a atração foi impedida de ser veiculada pela televisão. Todavia, os atos que importem no impedimento da repetição da divulgação de um conteúdo já tornado público também consubstanciam uma forma de censura. Se, no exemplo acima, a emissora tivesse logrado exibir a apresentação do balé Bolshoi no seu programa dominical, e quisesse reprisá-lo no decorrer da semana seguinte, sendo então impedida pelos órgãos censores do Poder Executivo, também se estaria diante de ato censório. Note-se que há uma diferença sutil entre as duas situações. Na primeira, evita-se a divulgação pública de conteúdo inédito. Na segunda, proíbe-se a repetição de conteúdo já divulgado. Em ambas, a restrição à liberdade deve ser enquadrada no conceito de censura. A censura, portanto, pode incidir de forma prévia ou posterior à manifestação do pensamento.

Além disto, não apenas a censura direta é vedada pela CF. A utilização de mecanismos ou medidas que objetivem causar empecilhos à livre expressão do pensamento e circulação das informações, ainda que por vias transversas e sob diferentes “rótulos”, não é permitida, ressalvadas as hipóteses que encontrem amparo na própria CF. Relembre-se que a Constituição brasileira de 1937, além de prever a possibilidade de censura prévia (art. 122), autorizava a edição de lei que impingia a pena de prisão ao diretor responsável pela veiculação de determinadas notícias, bem como a apreensão de máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal como garantia do pagamento de multa e indenização decorrentes de crime de imprensa. Indubitavelmente, medidas coercitivas como estas (prisão dos profissionais do jornalismo ou apreensão dos equipamentos utilizados no exercício da atividade), ainda que não importem na fiscalização e filtragem de conteúdos, são formas de censura indireta, pois constituem uma agressiva restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação, muitas vezes motivada por questões políticas e ideológicas. A propósito, a atual CF prevê no art. 220, § 1º, a proibição da edição de lei que embarace a plena liberdade de informação jornalística por qualquer veículo de comunicação social, o que

aquelas práticas retornassem, de algum modo, na vigência da nova ordem constitucional. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 8 : arts. 193 a 232. 2ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 883. Melhor teria sido se a CF tivesse adotado uma fórmula mais genérica, tal como a prevista no art. 37º, 2, da Constituição portuguesa de 1976, que proibiu “qualquer tipo de censura”. Ao interpretar este dispositivo, CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op. cit., p. 16) defendem que esta proibição espalha-se para a “censura pública, privada, heterónoma, autónoma, directa ou colateral, parecendo, por isso, apontar para um conceito amplo e materialmente caracterizado de censura [...]”.

vem em abono à tese da impossibilidade de censura por meios indiretos.

No início deste tópico, demonstrou-se que a censura é geralmente associada a um ato estatal decorrente do poder de polícia. Cuida-se da “tradicional” censura administrativa. Mas, além desta, pode-se falar em uma outra forma de censura, esta muito mais prejudicial ao estado democrático de direito, por ser não ostensiva, mascarada, imperceptível para a maior parte da sociedade. Trata-se da censura “privada”, ditada por interesses econômicos.

Em regra, os principais meios de comunicação social tem na publicidade a sua maior fonte de receitas. Esta constatação é ainda mais evidente nos casos do rádio e da televisão abertas, que, embora sejam serviços públicos prestados em regime de delegação administrativa, não se remuneram por preços públicos cobrados diretamente dos ouvintes e telespectadores, mas pela comercialização de espaços publicitários. Esta situação cria uma dependência econômica desses meios de comunicação social em relação aos anunciantes, para a sobrevivência e a lucratividade do negócio. A imposição, muitas vezes velada, para que determinadas notícias não sejam divulgadas ou para que não se dê a devida cobertura a determinados acontecimentos, por parte de empresas ou grupos econômicos privados que são grandes anunciantes nas redes de comunicação, constitui uma forma de censura privada, também proibida pela CF.²⁵²

Esta problemática é agravada ao se lembrar que o próprio Estado, pela sua Administração direta ou indireta, é um grande anunciante das maiores redes de comunicação deste país. Este “poderio publicitário” do Estado é potencialmente prejudicial à livre divulgação das notícias, pois o coloca em uma posição que permite influenciar, ainda que de forma não ostensiva, os fatos que serão divulgados e a forma de cobertura da divulgação.²⁵³ Com esta mesma percepção, Alexandre Ditzel Faraco adverte que

Em situações nas quais o governo é um dos principais anunciantes, a perda para o processo democrático é ainda maior, pois se tenderá a evitar assuntos que possam afetar o interesse dos atuais ocupantes de cargos públicos com poder de decisão sobre o uso dessas verbas publicitárias.²⁵⁴

Deve ser recordado que não só a omissão na difusão da notícia é uma forma de manipulação da informação que pode visar a deturpação na formação da opinião pública. A

252Neste sentido: STROPPIA, T. op. cit., p. 156.

253Id. Ibid., p. 157.

254FARACO, A. D. op. cit., p. 207.

divulgação de notícia incompleta ou propositalmente tardia também são capazes de alcançar este mesmo desiderato.

[...] essas ingerências, tanto estatais como privadas, ocasionam uma autocensura, proporcionada pelo temor da perda dos investimentos, e que, embora mais sutis, revelam-se bastante perniciosas porque passam uma sensação de liberdade dos meios de comunicação para informar que, na realidade, é cerceada pela dependência monetária destes perante aqueles.²⁵⁵

Outrossim, uma questão que merece amadurecimento diz respeito às hipóteses em que a restrição à divulgação de determinados conteúdos, ou mesmo o enfoque e a importância a eles atribuídos, ocorre no interior do próprio veículo de comunicação social. A responsabilidade editorial e a atividade interna de seleção dos conteúdos foram expressamente contempladas na CF, no art. 220, § 2º, que declarou-as privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Não se nega que a responsabilidade editorial é pressuposto da liberdade de informação jornalística delineada no art. 220, § 1º, da CF, o que permite a adoção de uma linha ideológica (em sentido amplo) que norteará a divulgação de conteúdos por determinada empresa de comunicação. O problema surge, contudo, quando há uma proposital omissão ou veiculação tardia, incompleta, falsa ou manipulada, de informações de transcendência pública, por motivações políticas. O editor-chefe ou figura que o valha, quando não o proprietário da empresa de comunicação, pode interferir na definição e na forma das notícias que serão ou não veiculadas, pautando esta opção porque determinado fato é favorável ou desfavorável a certo grupo político. Ignora-se o direito da sociedade em ser informada. Esta realidade não é muito difícil de se imaginar, pois, segundo já registrado alhures, uma significativa quantidade de concessões de rádio e televisão estão sob o domínio de políticos ou pessoas a eles ligados.

Neste aspecto, conforme anota Tatiana Stroppa²⁵⁶, a Constituição Portuguesa de 1976 estipulou mecanismos que buscam equilibrar a liberdade (responsabilidade, na CF brasileira) editorial e o direito da sociedade em ser informada. O primeiro deles está no art. 38º, 3, onde a doutrina lusitana identifica o que denomina de princípio da transparência, com a seguinte redação: “A lei assegura, com carácter genérico, a divulgação da titularidade e dos meios de financiamento dos órgãos de comunicação social.” Combate-se a potencial desinformação da população com a informação de quem está divulgando as notícias em determinado veículo de comunicação, assim como quem o está financiando. A partir deste

255Id. Ibid., p. 158.

256Op. cit., p. 158-159.

esclarecimento, o indivíduo tem a possibilidade de conhecer antecipadamente qual a linha ideológica e política dos veículos de comunicação, e, com base nisto, optar conscientemente pelas fontes de informação de sua preferência. O segundo mecanismo existente na Constituição portuguesa está insculpido em seu art. 38º, 4, que determina ao Estado assegurar a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder econômico. Busca-se, por este comando, conferir maior imparcialidade e isenção na difusão de notícias pelos veículos de comunicação. A estes dois mecanismos pode ser acrescentado um terceiro, consignado no art. 38º, 2, “a”, segunda parte, que impede a intervenção fulcrada na orientação editorial quando esta seja motivada por natureza doutrinária ou confessional.²⁵⁷ A conjugação destes três mecanismos da Constituição Portuguesa tendem a assegurar a convivência harmônica entre a responsabilidade editorial, o direito de ser informado, a autonomia individual e empresarial (do veículo) e o pluralismo político.

A Constituição Federal brasileira não possui semelhantes dispositivos. Daí a nossa inquietação quanto à possibilidade de caracterização, desta seleção *interna corporis* de conteúdos por motivos exclusivamente políticos, como uma forma de censura, de âmbito interno. Contudo, segundo advertiu-se no início do trato deste assunto, esta discussão merece um maior amadurecimento pela doutrina e jurisprudência brasileiras à luz da nossa CF.

Não causa surpresa, entretanto, que os veículos de comunicação social, tão ávidos na luta contra qualquer interferência externa em suas atividades que qualifiquem como censura, não se insurjam contra as denominadas censuras “privada” e “interna”. Parecem óbvios os motivos desta situação de acomodação, pelas grandes redes de comunicação, em relação a essas formas de censura.

Exposto o caráter amplíssimo da garantia constitucional de vedação da censura, consoante a formatação da atual CF, cumpre registrar que ela não exclui de forma absoluta toda e qualquer ingerência restritiva à liberdade de expressão e ao direito de informação. A CF, em inúmeros dispositivos, previu expressamente hipóteses em que isto será possível.

A primeira e mais contundente diz respeito à possibilidade de que, na vigência

257O dispositivo citado possui a seguinte redação:

“2. A liberdade de imprensa implica:

a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional;”

do estado de sítio, sejam impostas restrições relativas à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei (art. 139, III). Em que pese tenha se evitado o uso da palavra censura na redação deste dispositivo constitucional, nos parece que as restrições que vierem a ser impostas por lei, na hipótese, fatalmente amoldar-se-ão ao conceito amplo de censura aqui defendido.

Outros dispositivos constitucionais estabelecem restrições à livre manifestação do pensamento, conforme já assinalado nos tópicos precedentes. Em relação às atividades de radiodifusão de sons e imagens – as que constituem o mote deste trabalho –, a CF, notadamente no art. 220, §§ 3º e 4º, e art. 221, prescreveu diversos condicionamentos e restrições, os quais, evidentemente, por também possuírem assento constitucional, não podem ser enquadrados, *prima facie*, no conceito de censura.

Por fim, a hipótese de restrição da liberdade de expressão e do direito de informação que desperta maior polêmica atualmente é aquela realizada por decisão judicial, quando a restrição não é prevista expressa e especificamente na CF. Cuida-se das situações em que a liberdade de expressão e informação colide com outro(s) direito(s) fundamental(is), onde há o frequente questionamento sobre a possibilidade do Poder Judiciário sacrificar aquela liberdade para salvaguardar este(s) último(s) direito(s). Dada a sua relevância para o objeto principal deste estudo, retomaremos este assunto em outra seção, onde será abordado mais detalhadamente.

3 A CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA E OS DIREITOS DIFUSOS DOS TELESPECTADORES

Conforme exposto nas seções anteriores, em regra, o exercício da liberdade de expressão e informação, inclusive pelos meios de comunicação social, não pode sofrer restrição ou embaraço. Dentre os inúmeros dispositivos constitucionais que asseguram o pleno e livre exercício, *prima facie*, dos direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento, podem ser destacados o art. 5º, IV, que preceitua que é livre a manifestação do pensamento, e o art. 220, *caput*, aplicável especificamente à comunicação social, que estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”.

A liberdade de expressão e informação, contudo, não é absoluta. Por maior que seja a relevância das normas que asseguram os direitos relacionados à manifestação do pensamento no sistema constitucional brasileiro, não estão elas em posição hierarquicamente superior e nem gozam de preferência *prima facie* em relação às demais normas constitucionais. Portanto, embora seja de grande amplitude o espectro de proteção da liberdade de expressão e informação, há diversas situações em que se poderá verificar eventual colisão entre princípios ou bens jurídicos hospedados em outras normas constitucionais e os direitos fundamentais relacionados à manifestação do pensamento.

Com efeito, partindo-se da premissa de que não existem direitos absolutos na Constituição Federal e da inexistência de uma hierarquia entre diferentes princípios, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é uma consequência necessária. E esta conclusão decorre da frequente colisão de princípios nos casos concretos, exigindo-se a não-satisfação integral de um princípio para a satisfação de um princípio contraposto, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Wilson Antônio Steinmetz sustenta com propriedade que

Direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Se fossem, não seria possível harmonizá-los na vida social prática, alcançar a denominada “concordância prática” entre eles. O exercício ilimitado de um direito fundamental por um titular qualquer implicaria a impossibilidade de exercício de outro(s) direitos(s) fundamental(is) por outro(s) particular(es). Por isso, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é condição para a própria efetividade e concordância prática desse [sic] direitos (só aparentemente isso é um paradoxo). Daí por que direitos fundamentais são restringíveis.²⁵⁸

258STEINMETZ, Wilson Antônio. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada**. p. 11-53.

Em determinadas hipóteses, a CF cuidou de prever expressamente algumas cláusulas restritivas escritas aos direitos fundamentais em análise, algumas vezes no próprio enunciado que assegura o respectivo direito. Por exemplo, no supracitado art. 5º, IV, da CF, ao mesmo tempo em que garante a liberdade na manifestação do pensamento, a segunda parte do dispositivo veda expressamente o anonimato. A proibição do anonimato consubstancia uma cláusula restritiva escrita²⁵⁹ daquela liberdade, inserida na CF pelos motivos mencionados no tópico 2.4.1 supra. Outras restrições, com igual fundamento constitucional, podem ser extraídas a partir da colisão de direitos fundamentais, através do estabelecimento das chamadas cláusulas de restrição não-escritas.²⁶⁰

Essas restrições não-escritas referem-se a hipóteses não enumeradas textualmente na CF, mas que podem ser estabelecidas pelo legislador infraconstitucional ou pelo Poder Judiciário, em casos concretos em que a liberdade de expressão e informação colida com outro(s) direito(s) fundamental(is) ou bem(ns) jurídico(s) constitucionalmente protegido(s) e não haja solução previamente estabelecida na CF para a hipótese.

Isto significa, é certo, uma desvalorização relativa das pretensas consequências que as especificidades formais da norma jusfundamental de garantia teriam nas possibilidades da sua limitação, com uma correspondente nivelação da generalidade dos direitos fundamentais enquanto valores sujeitos a idênticas virtualidades de cedência/restrrição. Essa, porém, uma consequência inelutável, no plano interno, da integração dos direitos fundamentais no todo de uma Constituição e de uma realidade constitucional dominadas pelos mesmos princípios estruturantes do Estado de Direito.²⁶¹

O art. 220, *caput*, da CF, citado acima, apesar de enunciar a impossibilidade dos direitos que consigna sofrerem “qualquer restrição”, ressalva, em sua parte final, a obrigatoriedade de observância do disposto na CF. Esta ressalva final salienta a circunstância

In: Interpretação Constitucional. Org. Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 30.

259 Para ALEXY, R. (op. cit., p. 286), as cláusulas restritivas escritas são aquelas constantes do próprio texto constitucional e que estabelecem restrições a direitos fundamentais, muitas vezes expressas na própria disposição de direito fundamental que o consigna.

260 A cláusula de restrição não-escrita diz respeito à possibilidade do legislador, através da elaboração de uma norma infraconstitucional, ou do juiz, quando decide um caso concreto, promover uma restrição ao direito fundamental, ainda que não autorizada expressa e especificamente pelo texto constitucional. A cláusula restritiva não-escrita decorre da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, eis que os princípios são mandamentos de otimização dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, e, portanto, sujeitos a frequentes colisões entre si. A solução destas colisões deve ser buscada através do sopesamento dos princípios em contraste, assunto que será melhor abordado adiante. ALEXY, R. op. cit., p. 189.

261 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. p. 955. A esta conclusão chegou o autor no estudo do art. 18º, 2, da Constituição Portuguesa de 1976, que proíbe a restrição de direitos, liberdades e garantias, através de lei, em casos não previstos expressamente pelo texto constitucional. O raciocínio aplica-se com maior razão à Constituição Federal brasileira de 1988, que não dispõe de cláusula expressa de vedação semelhante à da congênere lusitana.

de que a impossibilidade de restrição não é absoluta, pois esta vedação alcança somente as restrições que não encontrarem amparo na CF. Algumas destas restrições têm os seus contornos delineados no próprio texto constitucional; outras decorrem da colisão de princípios, assim como acima se mencionou acerca do art. 5º, IV, da CF.

Além disso, a CF, no art. 220, § 1º, garante a plenitude do direito de informação exercido pelos meios de comunicação social (liberdade de informação jornalística), proibindo expressamente a edição de lei que imponha qualquer empecilho àquela liberdade. No entanto, a parte final daquele dispositivo exige a observância do disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, da CF.

Na linha do acima exposto, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao tratar da liberdade de expressão e informação, assevera que:

[...] diante da legislação brasileira, a liberdade de informação – e também a de expressão – sofre restrições expressas da Constituição, para resguardar os valores constitucionais da intimidade, da honra, da imagem, da proteção à infância e à juventude, bem como em caso de estado de sítio, desde que tais restrições se enquadrem na órbita do necessário e do proporcional. Também quanto à programação de rádio e televisão, admissível a restrição para proteção dos 'valores éticos e sociais da pessoa e da família' (Constituição, artigo 221, inciso IV).

Além das restrições explícitas do texto constitucional, outras implícitas podem decorrer de outros direitos fundamentais.²⁶²

A esta altura já é possível perceber a importância do estudo das restrições constitucionais à liberdade de expressão e informação, mormente quando exercida pelos meios de comunicação social, e o tema central desta dissertação: a programação televisiva das emissoras abertas de radiodifusão de sons e imagens. Com efeito, em que pese possa se cogitar que os delegatários do serviço público de radiodifusão de sons e imagens gozem de uma liberdade *prima facie* para criar, organizar e transmitir os conteúdos em sua programação, esta liberdade encontra-se adstrita a diversas restrições, escritas e não-escritas, todas ditadas pela CF. Neste particular, verifica-se que a CF traçou diversas normas que configuram a programação televisiva, ora com o intuito de resguardar direitos individuais de terceiros (por exemplo, a disposição do art. 220, § 1º, que assegura a proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bens jurídicos protegidos pelo art. 5º, X), ora com o objetivo de assegurar o interesse de toda a coletividade em receber conteúdos com o mínimo de qualidade (v.g., art. 221), ou ainda para prover meios para a defesa em face de conteúdos inadequados para determinados públicos ou sob certas circunstâncias (por exemplo,

262CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 141-142.

art. 220, § 3º, II e § 4º).

Pode-se dividir o estudo das restrições à programação televisiva sob duas diferentes perspectivas, tendo por critério distintivo os destinatários da proteção conferida pela restrição.

Com efeito, algumas restrições têm por finalidade precípua a de resguardar os direitos fundamentais das pessoas que são “objeto” do programa de televisão, que encontram-se no “âmbito interno” do conteúdo transmitido. Enquadram-se nesta espécie, por exemplo, as restrições impostas com o objetivo de proteger os direitos de personalidade do indivíduo contra a indevida exposição na televisão. Essas restrições buscam evitar – ou reparar, caso a lesão já tenha sido causada – que a honra, a imagem, a privacidade ou a intimidade da pessoa sejam violadas através da transmissão de programas televisivos que atentem contra aqueles direitos, com ofensa à dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se na proteção conferida por este tipo de restrição uma feição individual, pois geralmente visa proteger o direito de uma determinada pessoa ou de um grupo de pessoas que pode ser identificado e individualizado.

Outras restrições à programação televisiva foram estabelecidas pela CF em atenção aos direitos dos telespectadores, considerados coletivamente. Diferentemente da situação anterior, neste caso não se tutela o indivíduo que acaba sendo “objeto” de um conteúdo televisivo; busca-se a defesa dos direitos daqueles que estão expostos às transmissões televisivas.²⁶³ Como se pode perceber, este segundo grupo de restrições tem como destinatários da proteção uma gama muito maior de pessoas, não sendo possível individualizá-las de plano. São desta espécie as restrições impostas pelo § 3º do art. 220 e art. 221 da CF.

Em virtude da proposta e das limitações desta pesquisa, serão abordadas nesta dissertação somente os casos que se enquadram nesta segunda espécie, ou seja, as restrições constitucionais da programação televisiva cujo escopo seja o de assegurar os direitos dos

²⁶³Reconhecemos que há a possibilidade de, em alguns casos concretos, um programa de televisão possa lesar simultaneamente os direitos fundamentais de uma determinada pessoa e do público telespectador. Tome-se como exemplo um programa que humilhe um indivíduo, em cadeia nacional, em razão de sua opção religiosa, acarretando a violação da honra deste em particular e, ao mesmo tempo, chocando todo o público telespectador, sobretudo os praticantes da religião ofendida. Note-se, contudo, que situações como estas abrem caminho para diferentes medidas de correção, com fundamentos jurídicos diversos e que podem ser manejadas paralelamente, uma titularizada pelo indivíduo que foi lesado no “âmbito interno” do programa (fazendo jus a indenização por danos morais, por exemplo), e uma outra que objetive a proteção do público telespectador coletivamente considerado (v.g., para a adequação do programa).

telespectadores considerados coletivamente.

3.1 A programação televisiva e a proteção da criança e do adolescente

A temática sobre a possibilidade, os limites e a forma do estabelecimento de restrições e/ou condições na programação veiculada pelas emissoras de televisão ganha especial relevo ao se levar em conta que grande parte do público telespectador é constituído por crianças e adolescentes. Estes – e em especial as crianças – são pessoas ainda em formação, pois encontram-se em uma etapa da vida em que os seus modos de ser, de viver e de encarar a realidade ainda não se encontram suficientemente consolidados. O público infanto-juvenil ainda é relativamente dependente do ponto de vista psicossocial, normalmente buscando nas fontes que lhe são próximas (os pais, a família, a escola, as amizades) as referências no tocante aos valores e preferências. Isto não significa que elas pautarão as suas escolhas, pura e simplesmente, através da reprodução das referências as quais tenham contato. Porém, é inegável que estas referências terão o condão de influenciar diretamente estas escolhas.

Cuidou-se especificamente deste assunto no tópico 1.2, ocasião em que foi ressaltado o poder de influência da televisão no público telespectador, principalmente sobre as crianças e os adolescentes. Não é demais lembrar, contudo, que

Os meios de comunicação geram modelos de identificação de atitudes, valores, procedimentos, costumes, música, comportamento, ritmo, cotidiano. Ao mesmo tempo em que se criam padrões também eles são “retratados”. No Brasil, aonde ainda predomina o analfabetismo funcional, é essa indústria televisiva, sob a lógica do mercado, que tem se encarregado de grande parte das necessidades imaginárias de crianças e adolescentes. Também em relação à leitura dos meios de comunicação predomina o analfabetismo: daí a ausência de crítica em relação aos modelos recebidos.²⁶⁴

Da mesma forma que a CF garantiu o amplo exercício da liberdade de expressão e informação pelos meios de comunicação social, também buscou assegurar e proteger os direitos da criança, do adolescente e do jovem²⁶⁵, especialmente através das

264OLMOS, Ana. **O abuso do merchandising televisivo dirigido à criança: argumentos da Psicogenética.** In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Cláudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. 173-182. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 180.
265“Nova categoria” inserida através da Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.

normas constitucionais consignadas nos arts. 227 e 228. A principal delas encontra-se insculpida no *caput* do art. 227, que dispõe que “[é] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”²⁶⁶ A liberdade de informação e expressão pelos meios de comunicação, de um lado, e a proteção integral da criança, do adolescente e do jovem, de outro, são duas ordens de valores sujeitas a colisões, e que precisam ser compatibilizadas para uma convivência harmônica.

Nesse contexto, os efeitos exercidos pela televisão no público infanto-juvenil exigem o estabelecimento de mecanismos para protegê-lo de conteúdos que possam ser prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento pessoal.

Em causa está a prevenção de lesões irreversíveis no desenvolvimento da personalidade dos menores, à sua adequada socialização e à sua capacidade de autodeterminação, nos planos físico, intelectual, moral, emocional e relacional, as quais os mesmos, pela sua maior sugestionabilidade e impressionabilidade, são particularmente vulneráveis.²⁶⁷

Sobre o assunto, cumpre ainda destacar a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, assinada pelo Brasil em 26/01/1990, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada pelo Decreto presidencial nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. A par de considerar a criança como sujeito ativo e titular de direitos relacionados à livre manifestação do pensamento (especialmente nos arts. 12 a 14), a Convenção sobre os Direitos da Criança contemplou alguns dispositivos que reconhecem a necessidade da adequação dos conteúdos veiculados pelos meios de comunicação social quando dirigidos a este público, notadamente em seu art. 17, que assim dispõe:

ARTIGO 17

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes:

a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do Artigo

²⁶⁶Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.

²⁶⁷CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M. op cit., p. 59.

29^{,268}

- b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;
 - c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças;
 - d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena;
 - e) **promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos Artigos 13²⁶⁹ e 18²⁷⁰.**
- (Grifo nosso).

Em um mundo ideal, poder-se-ia relegar exclusivamente aos pais ou responsáveis a tarefa de zelar pela formação dos menores, afastando-os ou orientando-os acerca dos conteúdos transmitidos pela televisão e que lhes sejam potencialmente perniciosos. Mas a realidade brasileira está muito longe de um mundo ideal. Comumente os pais necessitam sair cedo para o trabalho para garantir o sustento da família e retornam à casa somente ao anoitecer, deixando as suas crianças sozinhas em grande parte do dia, muitas vezes umas fazendo companhia para as outras. Não raro estas crianças encontrarão na televisão a sua única atividade na maior parte do tempo.

A seguir serão analisadas as principais hipóteses de restrições constitucionais à programação televisiva com o objetivo de proteger o público infanto-juvenil, com exceção dos mandamentos contidos no art. 221, I a IV, da CF, que serão abordados em tópico específico.

268“Artigo 29

1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.”

269Em síntese, o art. 13 prescreve que a criança é titular do direito à liberdade de expressão e do direito de informação, conferindo alguns contornos para o exercício destes direitos.

270O art. 18 da Convenção enuncia que os pais ou responsáveis têm deveres em relação à educação e ao desenvolvimento da criança, e elenca algumas medidas para que os Estados-partes lhes auxiliem no cumprimento desta responsabilidade.

3.1.1 A classificação indicativa de programas televisivos

Pelo sistema jurídico brasileiro atual, a classificação indicativa, entendida como “um conjunto de informações sobre o conteúdo de obras audiovisuais e diversões públicas quanto à adequação de horário, local e faixa etária, [...] [que] alerta os pais ou responsáveis sobre a adequação da programação à idade de crianças e adolescentes”²⁷¹, se aplica a filmes exibidos em cinemas, espetáculos públicos, jogos eletrônicos (*games*) e de interpretação (RPG). Somente a classificação indicativa dos programas de televisão será objeto de análise, em virtude dos objetivos deste trabalho.

O art. 220, § 3º, I, da CF, atribui à lei federal a incumbência de “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”. Para Pinto Ferreira, a televisão é uma espécie de espetáculos públicos, os quais “constituem os divertimentos públicos de qualquer gênero, como representação teatral, interpretação musical, exibição de cinema, *televisão*, demonstrações públicas de canto e dança, shows, que são protegidos pela lei constitucional.”²⁷² (Grifo nosso). Destarte, o sobredito dispositivo constitucional ampara a obrigatoriedade da classificação indicativa dos programas televisivos.

Sob outra perspectiva, pode-se dizer que a classificação indicativa dos programas de televisão também encontra fundamento constitucional na primeira parte do art. 220, § 3º, II, que ordena ao legislador constitucional a criação de “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221” da CF, inclusive aqueles que não derem “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” (inciso I do art. 221) ou não respeitem “os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV do art. 221). A exigência de classificação indicativa para os programas de televisão, concretizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, constitui um “meio legal”, isto é, disciplinado por lei, que tem por objetivo a proteção em face de ditos conteúdos.²⁷³ Segundo o

271BRASIL. **Classificação indicativa: Informação e liberdade de escolha**. XIMENES, Roberta Rossi Lage (org.). Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília : 2009. p. 2.

272FERREIRA, P. op. cit., p. 254.

273Mesmo não tendo a Constituição portuguesa previsto expressamente o mecanismo da classificação indicativa

art. 227, *caput*, da CF, reproduzido acima, a proteção integral à criança, ao adolescente e ao jovem é de responsabilidade da família, do Estado e da sociedade. A classificação indicativa é mecanismo que chama à responsabilidade estes três entes, no tocante à defesa da criança e do adolescente contra uma programação televisiva inadequada: da família, através do controle e da orientação pelos pais ou responsáveis; do Estado, através da classificação dos conteúdos e fiscalização do cumprimento de suas normas; das emissoras de televisão, para observarem fielmente os limites impostos pela classificação realizada.

A classificação indicativa é de atribuição da União, por força do art. 21, XVI, da CF, que alocou entre as competências deste ente federativo a tarefa de “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão”. Esta referência textual aos “programas de rádio e televisão” como objetos de classificação indicativa pela União espanca qualquer dúvida sobre a existência de fundamento constitucional expreso para a medida, a qual não pode ser confundida com a censura.

[...] a classificação indicativa é lícita e necessária. Ela é lícita, porque não tem caráter de imposição, mas de recomendação não-coercitiva, dirigida a pais e responsáveis. E é necessária, porque a indústria cultural nem sempre respeita a psicogênese infantil, influenciando crianças e jovens que ainda não atingiram a idade de julgarem por si mesmos, e contribuindo para dificultar ou retardar o alcance do patamar da moralidade autônoma.²⁷⁴

Foi o ECA o primeiro diploma legal a dar efetividade ao mandamento constitucional de classificação indicativa dos programas de televisão, ao estabelecer a obrigatoriedade de veiculação de anúncio de sua classificação antes da exibição de qualquer programa (art. 76, § 1º).

A normatização legal da classificação indicativa dos programas televisivos foi posteriormente complementada e aperfeiçoada pela Lei 10.359, de 27 de dezembro de 2001, mas que somente entrou em vigor em 30 de junho de 2004. Esta lei deixou claro que a classificação indicativa dos programas é uma exigência a ser observada tanto pelas emissoras de televisão aberta como pelas operadoras de televisão por assinatura e a cabo, as quais “deverão divulgar previamente suas programações, indicando de forma clara os horários e

ou outro com ele semelhante, CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op cit., p. 63) consideram razoáveis a estipulação, por lei, de restrições dessa natureza, para a possibilitar a proteção do público infanto-juvenil.

274FREITAG, Bárbara. **Psicologia do desenvolvimento moral: em busca de uma ética discursiva para TV brasileira**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Cláudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. 183-195. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 194.

canais de exibição dos programas que contiverem cenas de sexo ou violência” (art. 5º). A propósito, estabeleceu-se que todos os programas que contenham cenas de sexo e violência deverão ser obrigatoriamente submetidas ao procedimento da classificação indicativa (art. 3º, *caput*), de incumbência do Poder Executivo.

Em âmbito infralegal, o mecanismo de classificação indicativa dos programas televisivos foi sendo regulamentado, após a edição do ECA, por sucessivas portarias do Ministério da Justiça, a saber: Portaria MJ nº 773, de 19 de outubro de 1990, Portaria MJ nº 796, de 8 de setembro de 2000 e Portaria MJ nº 264, de 9 de fevereiro de 2007. Atualmente, o assunto encontra-se disciplinado pela Portaria MJ nº 1.220, de 11 de julho de 2007.

Em virtude dos limites desta dissertação não será possível tratar detalhadamente de todo o regramento estipulado pela Portaria MJ nº 1.220, mas isto não impede sejam feitos alguns apontamentos sobre alguns aspectos. Pela aludida Portaria, a atividade de classificação indicativa incumbe ao Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, vinculado à Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, a quem, no exercício deste mister, deverá promover a “análise das características da obra ou produto audiovisual”, o “monitoramento do conteúdo exibido nos programas sujeitos à classificação” e a “atribuição de classificação para efeito indicativo” (art. 4º e parágrafo único). Pela atual sistemática vige um modelo de autoclassificação, em que a emissora ou operadora de televisão apresenta, ao Ministério da Justiça, uma cópia da obra audiovisual e alguns documentos explicitando o seu conteúdo e o tema, bem como a sugestão de classificação (art. 7º). O Ministério da Justiça terá o prazo de sessenta dias para deferir ou indeferir o requerimento de classificação nos moldes propostos (art. 9º). Os programas jornalísticos ou noticiosos, esportivos, eleitorais (ou a propaganda eleitoral) e a publicidade em geral não se sujeitam à classificação indicativa, ressalvados aqueles exibidos ao vivo e cuja atividade de monitoramento do Ministério da Justiça indicar a sua reiterada inadequação (art. 5º, *caput*, e § 1º). Outrossim, considera-se horário de proteção à criança e ao adolescente aquele compreendido entre as seis e vinte e três horas, período em que os programas televisivos deverão ser monitorados pelo Ministério da Justiça (art. 13 e parágrafo único). Antes da transmissão de cada programa televisivo deverá ser exibida a informação sobre a classificação indicativa realizada e a faixa etária para qual é recomendado, na forma estabelecida pela Portaria em estudo (art. 20). Consoante estabelecido pelo art. 3º da Lei 10.259, a violência e o sexo são os critérios a serem levados em conta na classificação

indicativa dos programas televisivos (art. 17).

Interessante questão surge em decorrência do disposto no parágrafo único do art. 19 da Portaria MJ nº 1.220, que determina que a “vinculação entre categorias de classificação e faixas horárias de exibição implica a observância dos diferentes fusos horários vigentes no país”. Esta medida é bastante salutar, pois, do contrário, em um país como o nosso, em que a diferença de horário pode chegar a até três horas de um local para o outro, uma atração não recomendada para menores de 18 anos (a partir das 23h) poderia ser exibida em determinadas localidades às 20h00, horário de exibição de programas recomendados para maiores de 12 anos. Contudo, este preceito vinha sendo sistematicamente desrespeitado pelas emissoras de televisão aberta, com a aquiescência do Ministério da Justiça, o que motivou o Ministério Público Federal (MPF) a impetrar um mandado de segurança perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) objetivando assegurar o respeito àquela determinação, inclusive na vigência de horário de verão. O *writ*, autuado naquela Corte sob nº 14.041/DF, sob a relatoria do ministro Teori Albino Zavascki, teve a segurança concedida em acórdão proferido no dia 27/10/2009, com ênfase na doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, determinando-se às emissoras de televisão a plena observância da classificação indicativa, com respeito aos diferentes fusos horários de cada região, inclusive no horário de verão.²⁷⁵

Outrossim, a Portaria MJ nº 1.220 dispõe que a “informação sobre a natureza e o conteúdo de obras audiovisuais, suas respectivas faixas etárias e horárias é meramente indicativa aos pais e responsáveis, que, no regular exercício do poder familiar, podem decidir sobre o acesso de seus filhos, tutelados ou curatelados a quaisquer programas de televisão classificados” (art. 18). Esta redação, bem como a de outros dispositivos (v.g., art. 3^o²⁷⁶ e 16^o²⁷⁷) da Portaria, poderia gerar a impressão de que a indicação dos horários para os quais não é recomendada a exibição dos programas televisivos não vincula as emissoras e operadoras de televisão, isto é, consubstanciaríamos meras “orientações”, sem força cogente. Equivocado este entendimento, todavia.

²⁷⁵Conforme consulta ao *site* do Superior Tribunal de Justiça na rede mundial de computadores. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2010.

²⁷⁶“Art. 3º. A classificação indicativa possui natureza informativa e pedagógica, voltada para a promoção dos interesses de crianças e adolescentes, devendo ser exercida de forma democrática, possibilitando que todos os destinatários da recomendação possam participar do processo, e de modo objetivo, ensejando que a contradição de interesses e argumentos promovam a correção e o controle social dos atos praticados.”

²⁷⁷“Art. 16. A atividade de Classificação Indicativa exercida pelo Ministério da Justiça é meio legal capaz de garantir à pessoa e à família a possibilidade de receber as informações necessárias para se defender de diversões públicas inadequadas à criança e ao adolescente, nos termos da Constituição Federal e da Lei nº 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e Adolescente – ECA).”

Para que a classificação indicativa não acabasse se tornando um mecanismo inócuo, sem qualquer efetividade prática, o ECA incluiu, entre as infrações administrativas que prevê, a conduta de transmitir programa televisivo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação, cujo descumprimento sujeita o infrator a sanções de multa e até mesmo a suspensão, pela autoridade judiciária, da programação da emissora por até dois dias (art. 254).²⁷⁸

3.1.2 O controle (bloqueio) eletrônico de programas televisivos (*V-Chip*)

Mecanismo semelhante à classificação indicativa foi introduzido pela Lei 10.359, de 27 de dezembro de 2001, que tem por escopo a proteção em face de conteúdos televisivos que contenham cenas de violência ou de sexo. Apesar de editada no ano de 2001, a referida lei apenas entrou em vigor em 30 de junho de 2004, por força de alteração da redação de seu artigo 8º promovida pela Lei 10.672, de 15 de maio de 2003.

A Lei 10.359 estabeleceu a exigência de que os televisores produzidos no Brasil passassem a conter dispositivo eletrônico que permita ao usuário bloquear a recepção de programas transmitidos pelas emissoras e operadoras de televisão, inclusive por assinatura e a cabo, mediante a utilização de código alfanumérico, de forma previamente programada ou pelo reconhecimento de código ou sinal, transmitido juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência (art. 1º). Além disto, foi proibida a comercialização de televisores, nacionais ou importados, que não contenham o dispositivo eletrônico bloqueador em questão (art. 2º). Este dispositivo eletrônico também é conhecido como *v-chip* (abreviação para *violence chip*, eis que o equipamento tem origem nos Estados Unidos da América).

²⁷⁸Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 869-2/DF, proposta pelo Procurador-Geral da República em face das penas administrativas de “suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números” cominada pelo artigo 247 do ECA, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Ilmar Galvão, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade de tais penas administrativas. Consta na ementa do acórdão que o fundamento principal adotado pelo julgado foi a inexistência de previsão, explícita ou implícita, no texto constitucional, de aludidas restrições. Contudo, a leitura dos votos dos ministros que participaram do julgamento evidencia que a maior parte deles limitou-se a declarar a inconstitucionalidade por violação ao devido processo legal, face à impossibilidade de se impor pena administrativa desta envergadura sem um processo judicial, não tendo tais ministros adentrado na questão sobre o fundamento constitucional para o estabelecimento daquelas restrições. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 set. 2010.

De outro lado, o art. 4º da Lei 10.359 estabeleceu a obrigação das emissoras de televisão aberta e operadoras de televisão por assinatura e a cabo de transmitirem, juntamente com os programas que contenham cenas de sexo ou violência, sinal que permita seu reconhecimento pelo dispositivo eletrônico bloqueador acima referido.

Esta medida objetiva cumprir o mandamento constitucional constante na primeira parte do art. 220, § 3º, II c/c art. 221, pois consubstancia um meio legal que garante à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas de rádio e televisão que não derem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, ou não respeitarem os valores éticos e sociais da pessoa e da família.²⁷⁹

Com efeito, o bloqueio eletrônico de sinais constitui outra importante ferramenta colocada à disposição do público telespectador para possibilitar a sua defesa em face de programas televisivos cujo conteúdo seja por ele considerado inadequado. Transfere-se, aos pais ou responsáveis, a decisão sobre o acesso das crianças e adolescentes a programas televisivos com cenas de sexo e violência, através de eficiente mecanismo tecnológico de controle. Esta medida não causa gravame à liberdade de expressão e informação exercida pelos meios de comunicação social, pois não impede ou restringe a veiculação de conteúdos; o controle passa a ser exercido exclusivamente pelo pólo passivo do processo de comunicação, o telespectador.²⁸⁰

Percebe-se, ademais, que o bloqueio eletrônico de sinais complementa a proteção conferida pela classificação indicativa. Esta estipula os horários em que determinadas atrações podem ser exibidas pela televisão, mas não impede que a pessoa de faixa etária para a qual o programa não seja recomendado o assista, desde que tenha acesso ao televisor. O bloqueio eletrônico permite aos pais ou responsáveis impedirem o acesso do público infanto-juvenil a programas considerados inadequados para as suas faixas etárias independentemente do horário em que sejam exibidos.

279BITELLI, M. A. S. (op. cit., p. 382) defende com entusiasmo a sistemática proporcionada pelo *v-chip*, pois, em sua opinião, “[...] vem traduzir na mais verdadeira manifestação de materialização do preceito constitucional de permitir que a família e a pessoa humana tenham, nas suas próprias mãos, sem interferência de entes intermediários e do controle judicial, os meios de auto-defesa adequado para a proteção do conteúdo das mensagens comunicadas.”

280Nesse sentido: BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 283.

3.2 A programação televisiva e o artigo 221 da Constituição Federal

A máxima expressão da liberdade individual assegurada pela CF pode ser encontrada no art. 5º, II, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Valoriza-se a autonomia individual, que tem por pressuposto possibilitar ao indivíduo fazer as suas próprias escolhas, formar livremente a sua convicção, agir de acordo com o seu convencimento. No estado democrático de direito não cabe ao Estado assumir uma postura paternalista, no sentido de determinar aos indivíduos como devem ou não agir, substituí-los em suas escolhas. Evidentemente um mínimo de regulação é necessário, para a harmonização das diferentes liberdades e o seu exercício por seus titulares, a fim de tornar possível o convívio social. Para alcançar este desiderato, o Estado tem o poder-dever de impor normas as serem observadas em determinadas situações, para assegurar o direito de terceiros e coibir comportamentos socialmente nocivos e potencialmente prejudiciais a toda a coletividade. Conforme clássico enunciado, “a liberdade de um indivíduo termina onde começa a liberdade alheia”. Assim procede o Poder Público, por exemplo, ao criar as normas penais incriminadoras para coibir condutas atentatórias a relevantes bens jurídicos de terceiros, como aquela que prevê uma sanção criminal para aquele que elimina a vida alheia, praticando o crime de homicídio.

Por outro lado, vive-se um momento em que se afirma constantemente a importância da liberdade de expressão e informação dos meios de comunicação social, pois esta constitui um dos pilares da democracia.²⁸¹ Noutro giro, a constatação diária da baixa qualidade dos programas exibidos pela televisão, inclusive nos horários acessíveis ao público infanto-juvenil, suscita o debate sobre a responsabilidade social das emissoras. A chamada “guerra pela audiência” motivou as emissoras privadas, nos últimos anos²⁸², a “apelarem” para diversas atrações que primam pela exploração das desgraças humanas, cenas de nudez, insinuação sexual ou com exacerbada violência, exposição de pessoas ao ridículo, ataques a

281Abordamos especificamente o assunto no tópico 2.2.

282Com efeito, a veiculação de conteúdos contrários à moral familiar é uma realidade que se nota há mais de uma década. NOGUEIRA, P. L., em obra escrita no ano de 1991, noticia que em uma única novela, veiculada pela maior rede de televisão do país às vinte horas, foram exibidas cenas, “passadas como se fossem normais”, de seguinte teor: “[...] o pai incentivar o filho a ter sexo com a madrasta; alguém dizer à irmã que nada há de anormal na relação incestuosa com o irmão; a mulher procurar assassinar o marido lentamente e depois fingir o suicídio para despertar a atenção do enteado; o marido mandar matar a mulher.” NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** : Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 84.

etnias ou minorias, dentre outros conteúdos de qualidade no mínimo duvidosa.²⁸³ Não raro, programas com finalidades educativas, culturais e informativas são relegadas, pelas emissoras, a um segundo plano de importância, ocupando poucos espaços nas grades de programação.

Em todos os países com democracias estáveis, o segredo em matéria de respeitar as liberdades e ao mesmo tempo controlar os abusos parece consistir na temperança, ou seja, no equilíbrio dos conteúdos de mídia e de entretenimento. A trilogia clássica é composta por: informação, educação e diversão. Até o momento, o problema brasileiro parece persistir numa certa hipertrofia da diversão (e de uma diversão que prima pelo grotesco), em detrimento da informação, mas, sobretudo, da educação. Lamentavelmente, tornou-se vitoriosa no Brasil uma mentalidade segundo a qual produzir conteúdos educativos é tarefa exclusiva do Estado, mesmo que os canais de rádio e televisão sejam concessões públicas e os cinemas sejam uma “diversão pública”.²⁸⁴

No entanto, qualquer tentativa no sentido de exigir das emissoras de televisão um mínimo de qualidade em sua programação esbarra em forte oposição e reação dos segmentos ligados à indústria da comunicação, que buscam associar esse tipo de iniciativa à censura banida pela CF. Nenhuma interferência na atividade televisiva é admitida pelos grupos ligados à comunicação social, que, ao mínimo sinal do que eles considerem uma “ameaça” à ampla liberdade de expressão e informação, mobilizam todo o seu “arsenal comunicativo” para sustarem quaisquer medidas que reputem ingerência em suas atividades. Estes grupos transmitem a falsa ideia de que as emissoras de televisão gozam de uma “liberdade de programação” absoluta, que não se sujeita a qualquer tipo de influência externa. Embora “vendam” esta imagem de total independência, estes grupos ocultam o controle sobre elas exercido pelas chamadas forças de mercado, que condicionam as suas atividades. Sobre o controle da televisão pelas forças de mercado, Inimá Simões observa que

Nesse caso, a truculência policialesca da censura do Estado é substituída por formas menos visíveis, que passam quase despercebidas no cotidiano, mas nem por isso são menos atuantes. É o controle mais sutil exercido pelos concessionários das emissoras e seus prepostos, e até mesmo por anunciantes, e que se resume numa frase sempre à mão quando estes são questionados: “Só mostramos o que o povo quer!”. É enfim outra forma de controle que não é exercida pela sociedade, e sim por um grupo

283Diante dos reiterados abusos verificados nos programas de televisão brasileira, no ano de 2002, por iniciativa da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, em parceria com entidades da sociedade civil, foi iniciada a campanha “Quem Financia a Baixaria é contra a Cidadania”, resultado de deliberação na VII Conferência Nacional de Direitos Humanos. Colhe-se do *site* da campanha na rede mundial de computadores <www.eticanatv.org.br> que a campanha busca “resgatar o significado contemporâneo da liberdade de expressão e de formação de uma opinião pública crítica baseada nos valores humanistas”, e tem por objetivo “promover o respeito aos direitos humanos e à dignidade do cidadão nos programas de televisão”. Disponível em: <<http://www.eticanatv.org.br/index.php?sec=1&cat=1&pg=1>>. Acesso em 16 set. 2010. Os responsáveis pela campanha recebem “denúncias” de programas que atentam contra os direitos humanos e, após analisá-las, elaboram um “*ranking* da baixaria na TV”.

284PAULINO, F.; SILVA, L. M. da. op. cit., p. 252.

reduzido de empresários e executivos, que decide o tom, o conteúdo, a forma e até mesmo a legislação específica para os meios de comunicação eletrônicos.²⁸⁵

Condicionar a programação televisiva às preferências manifestadas pelo público, geralmente aferidas por institutos especializados em pesquisas de índices de audiência, sob o argumento de que a televisão “mostra que o povo quer”²⁸⁶, é uma postura cômoda e empresarialmente favorável para as emissoras. A lucratividade do negócio é ligada aos índices de audiência obtidos, pois, quanto mais altos, maiores serão a procura pelos anunciantes e os preços cobrados para a veiculação dos anúncios publicitários. “As emissoras de televisão pautam-se por índices de audiência para mensurar seu sucesso, e uma 'política de resultados' financeiros relega a ética a um plano secundário.”²⁸⁷

Esta ótica puramente mercantilista ignora uma premissa básica do regime jurídico da atividade, a de que a radiodifusão de sons e imagens é um serviço público titularizado pelo Estado, cuja execução pode ser delegada a particulares.²⁸⁸ Esta circunstância justifica – ou melhor, exige – a compatibilização do interesse privado ao interesse público primário, não se permitindo, deste modo, possam as emissoras privadas agirem livremente pela lógica do capitalismo selvagem.

Fábio Konder Comparato²⁸⁹ observa que os órgãos de comunicação social são explorados de forma empresarial visando o benefício exclusivo de seus proprietários, guiados pelas leis de mercado e tendo como única finalidade a obtenção de lucro. Este modelo não se compatibiliza com o papel que deveria ser exercido pelos meios de comunicação social, pois na atual sociedade de massas, são eles responsáveis por assegurar a circulação de informações e ideias na coletividade.

Constitui, pois, uma aberração que os grandes conglomerados do setor de comunicação de massa invoquem esse direito fundamental à liberdade de expressão, para estabelecer um verdadeiro oligopólio nos mercados, de forma a exercer, com segurança, isto é, sem controle social ou popular, uma influência dominante sobre a opinião pública.²⁹⁰

285SIMÕES, I. F. op. cit., p. 14.

286A falácia deste tipo de argumento é bem evidenciada por Umberto Eco (*apud* PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 76), pois “[n]uma civilização em que, ao contrário, o respeito pela autonomia individual é um princípio declarado, e a multiplicidade das opiniões em um artigo de fé, e em que, todavia, por exigências econômicas, se realiza uma direção 'oculta' da opinião de orientá-la no âmbito do sistema, a indústria cultural, ao propor ao público sua implícita e fácil visão do mundo, adota os meios da persuasão comercial, mas ao invés de dar ao público o que ele quer, sugere-lhe o que deve querer ou deve acreditar que quer.”

287DAWALIBI, M. op. cit., p. 419.

288Tratamos desse assunto nos tópicos 1.4.2 e 1.4.3, retro.

289COMPARATO, F. K. op. cit., p. 315-316.

290Id. Ibid., p. 316.

Ademais, na advertência de Fábio Henrique Podestá, ao transmitirem conteúdos destituídos de quaisquer finalidades educativas, culturais, artísticas ou informativas, com frequente exploração das mazelas da vida humana, as emissoras de televisão acabam ignorando o fato de que

[...] o entretenimento mundo-cão, apoiado numa sórdida manipulação do conceito de liberdade de expressão, cresce à sombra da exploração dos instintos mais baixos. Violência, pornografia e vulgaridade podem render pontos no Ibope. Mas o que despencará, a longo prazo, não duvidemos, será a credibilidade da TV aberta.

A seleção de conteúdos a serem produzidos e veiculados pelas emissoras de televisão, pautada tão somente no potencial de arregimentar o maior número de telespectadores possível, é prejudicial à democracia, ao contrário do que os meios de comunicação social costumam pregar. Limitar a produção e a programação televisiva aos anseios da maioria equivale a ignorar a voz da minoria (do público telespectador), em prejuízo do pluralismo que deveria nortear as atividades de comunicação. Evidente que as pessoas, baseadas na autonomia da vontade, têm a liberdade de elegerem as suas preferências, ainda que, no que pertine à televisão, a maioria delas tenha um especial apreço por programas que primam pela humilhação alheia e pela exploração do sofrimento humano. Substituir a vontade da maioria da população pela visão de uma minoria, pretensamente mais intelectualizada, seria tão antidemocrático quanto manter-se o atual estado de coisas.²⁹¹ Esta afirmação não afasta, contudo, a constatação inicial de que se somente as expectativas televisivas da maioria da população forem atendidas, aqueles que tenham preferências diversas não terão as suas necessidades satisfeitas.

Esta discussão, que envolve fortes componentes sociológicos, seria destituída de maior repercussão no mundo jurídico não fosse a previsão do art. 221 da CF, do seguinte teor:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

²⁹¹Neste passo, calha registrar a advertência de PEREIRA, G. D. C. (op. cit., p. 39): “Qualquer tentativa de definir de antemão qual a comunicação socialmente adequada viria em detrimento do próprio bem comum, empobrecendo a convivência humana. Suporia a pretensão de onisciência, tão própria dos Estados totalitários, ainda que tal definição proviesse não do Estado mas de outra instância social.”

A Magna Carta de 1988, de forma inédita na história constitucional brasileira, estabeleceu uma série de prescrições a serem observadas, pelas emissoras de rádio e televisão, em suas produções e programações. Com a positivação constitucional de comando desta natureza não há mais espaço para se falar que as emissoras de televisão dispõem de liberdade para moldar a sua programação a seu bel prazer, pois deverão necessariamente atender as balizas fixadas no art. 221, sem prejuízo, é claro, do respeito às demais normas constitucionais.²⁹² Embora possa se cogitar que o fundamento da sobredita exigência constitucional tenha um fundo ideológico, sociológico e político, com a positivação no texto constitucional, o dever da programação televisiva em atender a certos requisitos leva a discussão para o campo jurídico. Se a CF condiciona a atividade televisiva a certos parâmetros, estes devem ser respeitados, independentemente da concordância dos destinatários da norma. O grande nó de toda esta discussão concerne à forma e à extensão com que os preceitos do art. 221 vinculam os destinatários de suas normas.

Deveras, no tema da conformação constitucional da programação televisiva, a questão jurídica mais polêmica atualmente diz respeito à interpretação e à aplicação dos mandamentos insculpidos no art. 221 da CF. Guilherme Döring Cunha Pereira pontua que

O art. 221 da CF estabelece um conjunto de orientações vinculantes que se referem diretamente ao conteúdo da programação dessas empresas, algo que não seria admitido para a imprensa escrita, dada a concepção prevalecente quanto à natureza desta. Aqui se situa a discussão de maior transcendência hoje, para o nosso país, neste concreto momento histórico em que vivemos: o da qualidade da programação dos meios audiovisuais e dos mecanismos para assegurá-la. O elenco de critérios de qualidade do art. 221, se são atendidos muitas vezes, se vêem fraudados com muita frequência, com a convivência daqueles que dispõem dos instrumentos eficientes e democráticos para impedir essa violação.²⁹³

²⁹²Com base no texto constitucional português, CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op cit., p. 28-36) defendem que a “[...] liberdade de programação constitui uma das dimensões essenciais da liberdade de expressão em sentido amplo e de radiodifusão”, sendo que aquela integra o conteúdo essencial desta última. Para estes autores, a liberdade de programação “[...] implica a possibilidade de conformação autónoma, pelo operador, de uma sequência planeada e ordenada de conteúdos publicísticos de natureza óptica e acústica, com vista à sua difusão dirigida ao público, entendido este como uma grandeza publicística integrando diferentes subpúblicos com interesses, valores, gostos e sensibilidades diferentes.” Para estes constitucionalistas portugueses a liberdade de programação deve ser a mais ampla possível, o que permite aos radiodifusores transmitirem livremente conteúdos de quaisquer finalidades (informativo, formativo, lúdico, de entretenimento), sobre os diferentes domínios da vida social (de natureza política, econômica, cultural, artística, religiosa, desportiva etc.), não sendo possível restringir *a priori* o conteúdo dos programas de entretenimento, ainda que repletos de cenas de sexo e violência. Impedir, condicionar ou exigir a exibição de determinados programas televisivos somente poderia ser efetivado por decisão judicial fundamentada, diante da colisão da liberdade de programação com outros princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a proteção da infância e juventude. Deve-se ressaltar, contudo, que a Constituição portuguesa de 1976 não contém nenhum dispositivo que guarda semelhança com os arts. 220, § 3º, e 221, da Constituição brasileira de 1988, o que, neste assunto, distancia a doutrina lusitana do direito constitucional positivo brasileiro.

²⁹³PEREIRA, G. D. C. op. cit., p. 49-50.

Sabido que não há direitos absolutos na CF, os requisitos traçados pelo art. 221 da CF não importam em censura ou em limitação indevida da liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão. As restrições impostas à programação televisiva no art. 221 da CF objetivam assegurar a satisfação de outros direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Pode-se dizer que as restrições enumeradas nesse dispositivo são o resultado de um sopesamento realizado e definido *a priori* pelo legislador constitucional, em abstrato e de forma genérica, após colocar, de um lado, a liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão, e, de outro lado, o direito à cultura, o direito à educação, o direito de informação (sob o ângulo do pólo passivo da comunicação)²⁹⁴, a proteção da família e da criança e do adolescente, dentre outros direitos e bens jurídicos de grande relevância. Entretanto, este “sopesamento” genérico e em abstrato realizado pelo legislador constitucional e cujo resultado encontra-se expresso no art. 221 da CF não impede, quando da efetivação de medidas para a concretização daquelas normas (sobretudo pela edição de leis que as densifiquem ou através de decisões judiciais para a solução de situações fáticas) a sua apreciação através da máxima da proporcionalidade. Esta questão será retomada adiante.

O art. 221 da CF encontra-se em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, da ONU, adotada pelo Brasil no ano de 1990. O art. 17 de referido documento internacional, reproduzido na íntegra no tópico 3.1, a par de reconhecer a importância dos meios de comunicação, estabelece uma série de medidas que repercutem na programação televisiva, com o escopo de proteger e garantir um adequado desenvolvimento psicossocial das crianças. Dentre as obrigações assumidas pelos Estados-partes, podem ser mencionadas “o acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental” (art. 17, *caput*); o incentivo à difusão de materiais de interesse social e cultural para a criança (art. 17, “a”); o fomento à diversidade de fontes culturais (art. 17, “b”); o respeito às necessidade linguísticas das minorias, inclusive indígena (art. 17, “d”); e a proteção contra toda informação e material prejudiciais ao bem-estar da criança (art. 17, “e”).

²⁹⁴Esta evolução na perspectiva de compreensão do direito de informação, que passou a reconhecer no receptor da mensagem um titular do direito de ser bem informado, foi bem apreendida por PODESTÁ, F. H. (op. cit., p. 53), para quem “[...] justifica-se registrar o atual momento da liberdade de expressão, que, na visão tradicional, é entendida como liberdade de imprensa, com atenção para o emissor da mensagem, e, mais modernamente, como direito à informação, com direcionamento para o receptor da mesma mensagem.”

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, internalizado no país pelo Decreto presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992, ao mesmo tempo em que garante de forma ampla a liberdade de expressão e informação (art. 19, nº 2), consigna que o exercício deste direito implica deveres e responsabilidades especiais, sujeitando-se, portanto, a restrições previstas em lei (em sentido lato) que se façam necessárias para proteger a “segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública” (art. 19, nº 3, “b”). O art. 20 complementa o elenco de restrições, ao determinar a edição de leis que proíbam “qualquer propaganda em favor de guerra” (nº 1) e “qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (nº 2). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San Jose da Costa Rica), promulgada pelo Decreto presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992, possui dispositivos com conteúdo e redação bastante semelhantes em comparação com os acima citados, em seu art. 13, nº 1, “b” e nº 5.

Antes de prosseguir, para a melhor compreensão do assunto ora em estudo, mister a fixação de duas premissas essenciais, muitas vezes ignoradas ou desvirtuadas por aqueles que se propõe a debater o tema.

A primeira diz respeito à impossibilidade de se submeter o disposto no art. 221 da CF a um exame valorativo, questionando a adequação (em sentido lato), pertinência, acerto ou desacerto, de ter sido ele inserido – e com aquela conformação – na CF, com o objetivo de arregimentar argumentos para o seu descumprimento. Independentemente do juízo valorativo que cada um possa fazer sobre as normas constitucionais, enquanto estiveram inscritas na Magna Carta, devem ser cumpridas. Na percuente observação de José Carlos Barbosa Moreira

No assunto de que se trata, porém, a questão está resolvida *a priori* pela Constituição mesma, que, bem ou mal, optou e cuja opção é vinculativa para a comunidade nacional. A vista do art. 221, há um tipo de interesse difuso julgado merecedor de tutela jurídica, à qual não pode aspirar, de seu lado, o interesse que se lhe contrapõe. Quem quiser dar pasto ao sadismo, ao voyeurismo ou à pura e simples "grossura" dispõe naturalmente da possibilidade de recorrer, dentro de certos limites, a outros meios, que não é este o lugar próprio para relacionar, não tem como exigir, todavia, que o satisfaçam por intermédio da telinha. Seria absurdo que o ordenamento jurídico viesse a proteger, de alguma forma, pretensão avessa aos seus próprios ditames.²⁹⁵

295BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação civil pública e programação de TV**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 201, p. 45-56, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0148.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

A segunda premissa a ser fixada refere-se à constatação de que o art. 221 da CF não tutela a liberdade de expressão e informação dos meios de comunicação social, mas sim outros direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. O escopo daquele dispositivo não é o de assegurar a liberdade titularizada pelas emissoras de televisão; pelo contrário, o art. 221 da CF visa proteger primordialmente os titulares de outros direitos fundamentais em face do exercício inadequado daquela liberdade.

Esta concepção se ajusta ao entendimento, defendido no tópico 2.4.4 desta dissertação, de que o capítulo V, do Título VIII, da CF, estabelece diversas normas que conformam a garantia institucional da “imprensa livre”, por ser esta entendida como uma instituição essencial para o estado democrático de direito. A garantia institucional, consoante exposto alhures, tem por objetivo primordial a conservação das características atribuídas pela CF a uma instituição, colocando-a a salvo de eventual deformação pelo legislador ordinário. A proteção da instituição não é sinônimo de elevação das posições de vantagem das pessoas que eventualmente estejam a ela ligadas; muitas vezes há necessidade de restringir a liberdade daquelas pessoas para preservar a configuração constitucional da instituição. Nesta perspectiva, as normas constitucionais do art. 221 da CF delineiam requisitos mínimos a serem observados pelas emissoras de televisão em sua produção e programação, a fim de que o exercício de suas atividades se dê em conformidade com a configuração da instituição “imprensa” (em sentido lato) definida pelo legislador constitucional.

Esta configuração constitucional da programação televisiva encontra-se em consonância com a dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação, abordada no tópico 2.4 retro. Enquanto a dimensão subjetiva desta liberdade consiste na proteção do indivíduo em face da interferência estatal (autonomia individual), a dimensão objetiva, de natureza instrumental, vislumbra nesta liberdade a função de fomentar a livre circulação das informações, com pluralismo de fontes e pontos de vista, contribuindo para o amadurecimento na formação da opinião pública e a participação popular na política. Este contexto se compatibiliza com a teoria da responsabilidade social da imprensa (assunto tratado no tópico 2.4.4), que defende que a liberdade dos meios de comunicação social deve ser exercida sem perder de vista a relevante função que eles desempenham na sociedade. Conforme já se registrou linhas atrás, a proteção do público é uma das preocupações da teoria da responsabilidade social da imprensa, com ênfase no “[...] direito do público de ser informado a partir de uma pluralidade heterogênea de fontes, com objetividade e sem manipulações, e

que esse processo deveria respeitar determinados valores morais e culturais representativos da dignidade da pessoa humana e o progresso da civilização.”²⁹⁶

Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga Mello Belluzo *apud* Marcelo Dawalibi parecem esposar esta linha de pensamento, ao afirmarem que

[...] é necessário compreendermos que essa liberdade de comunicação social e, sobretudo, essa imunidade à censura são direitos da sociedade. Vale dizer: não se trata de direitos de que seja titular a empresa jornalística, de rádio ou televisão. As empresas que exploram os meios de comunicação têm a fruição imediata desses direitos. Não obstante trata-se, no caso, de direitos que são exercitados pela empresa em nome do interesse da sociedade. O verdadeiro, o real titular da imunidade à censura é a sociedade.²⁹⁷

Estabelecidas as premissas acima, impende realizar uma análise particularizada das normas constitucionais insculpidas no art. 221 da CF. A abordagem será iniciada pelas normas cuja aplicação é motivo de menor celeuma entre os juristas.

Em sua produção e programação, as emissoras de televisão deverão atender ao princípio da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (inciso III), bem como a promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação (inciso II). Incentiva-se a produção de programas que levem em consideração as tradições e os costumes da região em que a emissora transmite a sua programação, com o intuito de valorizar a cultura local e regional. Estes preceitos constitucionais encontram-se em consonância com um dos objetivos da República Federativa do Brasil, consistente na redução das desigualdades regionais (art. 3º, III, da CF).

Com efeito, ao determinar a promoção da cultura regional, inclusive com a

296SILVA, T. A. D. op. cit., p. 96. Este mesmo autor (idem, p. 98-99) afirma que a teoria da responsabilidade social da imprensa pode ser sintetizada pelos seguintes princípios normativos elencados por Denis McQuail, apresentados no tópico 2.4.4 desta dissertação, mas que em razão de sua importância para a questão debatida, merece nova reprodução:

- “a) os meios de comunicação de massa devem aceitar e cumprir determinadas obrigações com a sociedade;
- b) essas obrigações devem ser cumpridas para estabelecer um alto nível – ou profissional – para a informação, que necessita revestir-se de veracidade, exatidão, objetividade e equilíbrio;
- c) ao aceitar e aplicar estas obrigações, os meios de comunicação de massa devem auto-regular-se dentro do marco legal e das instituições estabelecidas;
- d) os meios de comunicação devem evitar tudo aquilo que induza o delito, a violência ou desordem civil, ou que resulte ofensivo para as minorias étnicas ou religiosas;
- e) os meios de comunicação de massa, em conjunto, devem ser pluralistas e refletir a diversidade da sociedade, concedendo acesso aos distintos pontos de vista e ao direito de resposta;
- f) a sociedade e o público, como se deduz do primeiro princípio exposto, têm o direito de esperar bons níveis técnicos, e estaria justificada a intervenção estatal para assegurar o bem público.”

297DAWALIBI, M. op. cit., p. 425.

exigência de estipulação de percentuais mínimos que atendam a esta diretriz, evita-se que as emissoras produzam programas que satisfaçam somente os interesses das populações situadas nas regiões mais desenvolvidas do país e/ou com maior densidade demográfica. Busca-se dar efetividade ao direito à cultura delineado nos arts. 215 e 216 da CF, cabendo ressaltar que o Plano Nacional de Cultura a que se refere o § 3º do art. 215, incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005, estabelece a necessidade de políticas públicas que levem à valorização da diversidade étnica e regional (inciso V).²⁹⁸

Além disso, a promoção da cultura nacional integra a configuração constitucional do direito à cultura, aspecto enfatizado no *caput* do art. 215 da CF.

Contudo, a determinação constitucional do inciso III do art. 221 da CF encontra-se subordinada à edição de lei que fixe os percentuais da produção cultural, artística e jornalística de caráter regional, lei esta ainda inexistente no mundo jurídico. Portanto, esta norma pode ser classificada, quanto à sua aplicabilidade e eficácia, como norma de eficácia limitada de cunho programático, apta a produzir somente efeitos jurídicos secundários, conforme será visto com mais detalhes adiante, oportunidade em que será analisado o art. 221 sob a ótica da célebre classificação de José Afonso da Silva.

Por outro lado, o inciso I do art. 221 determina às emissoras de televisão que deem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Significa que as emissoras de televisão devem dar prioridade, primazia em sua programação a conteúdos que atendam àquelas finalidades estabelecidas na CF. A preferência a conteúdos que atendam a estas finalidades visa, em última análise, a realização, através da televisão, do direito de ser informado e de outros direitos fundamentais, como o direito à educação e à cultura, titularizados pelo pólo passivo da comunicação.

Preferência, entretanto, não se confunde com exclusividade, de modo que as emissoras não estão obrigadas a veicular apenas conteúdos que atendam àquelas finalidades. As emissoras podem transmitir, por exemplo, programas humorísticos, pois estes visam o entretenimento²⁹⁹ do público, uma finalidade não elencada no aludido dispositivo

²⁹⁸Nesse sentido: BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 271.

²⁹⁹BITELLI, M. A. S. (op. cit., p. 146) sustenta que o entretenimento é um direito garantido no art. 6º da CF, como uma subespécie do direito ao lazer. Nesta perspectiva, defende o autor que a veiculação de programas que tenha por finalidade o entretenimento do público estará efetivando o direito social ao lazer, também assegurado constitucionalmente. Não duvidamos desta assertiva. Ocorre que a CF não colocou o entretenimento ou o lazer como uma das finalidades que deveriam receber a preferência das emissoras de televisão, tendo o legislador constituinte atribuído maior relevância às finalidades elencadas no inciso I do

constitucional.

Neste ponto, torna-se importante trazer à baila a classificação dos programas televisivos comumente realizada na literatura especializada de comunicação social.³⁰⁰ A partir de sua intencionalidade predominante, a programação televisiva pode ser dividida em três grandes categorias: a educação, a informação e o entretenimento.³⁰¹ A definição destas três categorias tem amparo em uma grande pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Comunicação (ABEPEC) no ano de 1978, apresentada e resumida por José Marques de Melo.³⁰²

Com base no critério acima, a categoria educativa é composta pelos seguintes gêneros: cursos, ciências, artes, esportes, civismo, dentre outros. Na categoria informativa podem ser incluídos os seguintes gêneros: telejornais, reportagem, entrevista, documentário, dentre outros. Novela, cinema, teatro, *teleplay*, seriados, desenho animado, música popular, música erudita, humorismo, esporte, programa de auditório, variedade, dentre outros, são gêneros que fazem parte da categoria de entretenimento. Menciona-se, ainda, a existência de uma categoria especial, onde poderiam ser agrupados alguns gêneros infantis, minorias étnicas, religião, agrícolas, dentre outros.

Obviamente esta divisão em blocos não é totalmente estanque, pois um programa televisivo pode conter características que permitam o seu enquadramento em mais de uma das categorias acima. “Salientemos que os gêneros não são rigidamente delimitados e nem mutuamente excludentes, podendo imiscuírem-se, referirem-se e parodiarem-se mutuamente.”³⁰³ No entanto, as características ou finalidade (intencionalidade) predominantes do programa televisivo irão determinar o enquadramento em uma das categorias acima referidas. Portanto, considerando que a classificação dos programas televisivos quanto à sua

art. 221 da CF.

300REIMÃO, Sandra (coord.). **Em instantes: notas sobre a programação na TV brasileira (1965-1995)**. São Paulo : Cabral Editora Universitária, 1997. p. 11-15.

301Compatibiliza-se com esta classificação a abordagem de Márcia Haydée Porto de Carvalho, que, ao tratar dos meios de comunicação social em geral – não restringindo a sua análise à televisão, portanto -, afirma que aqueles têm por funções fundamentais a de informar, formar e distrair. Para esta autora, a finalidade informativa abrangeria os direitos de informar e de ser informado. “Na função de formar, os meios de comunicação social não substituem a educação tradicional, mas devem atuar de forma complementar, abordando assuntos de interesse geral, que muitas vezes não são ensinados em sala de aula, no sentido de enriquecer a cultura e os conhecimentos gerais das pessoas. [...] O entretenimento é uma outra função essencial dos meios de comunicação de massa, pois o homem precisa liberar o tédio e as tensões de sua vida diária, satisfazer desejos lúdicos ou de recreação [...]”. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **A Defesa da Honra e o Direito à Informação**. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 2002. p. 47.

302REIMÃO, S. op. cit., p. 13.

303Id. Ibid., p. 13.

finalidade é tema abordado na literatura da comunicação social, esta fornece importantes subsídios necessários à delimitação dos conceitos utilizados no inciso I do art. 221 da CF, após os necessários ajustes à ciência do Direito.

Diferentemente do inciso III, o legislador constitucional dispensou a edição de lei para a aplicação dos demais incisos do art. 221 da CF. Assim, o comando inscrito no inciso I deveria ser aplicado de imediato, independentemente de lei que o regulamente, muito embora a interposição legislativa não seja vedada.

Nesse contexto, o art. 76, *caput*, do ECA, editado com fundamento no dispositivo constitucional acima, prescreve que “as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.”³⁰⁴ Este artigo do ECA densificou a norma do inciso I do art. 221 da CF, sem se afastar dos limites impostos por aquele dispositivo constitucional.³⁰⁵ A “preferência” às finalidades exigida pela CF foi concretizada pelo legislador infraconstitucional pelo estabelecimento de uma obrigação, imposta aos radiodifusores, de transmitirem tão somente conteúdos que atendam aquelas finalidades (educativas, artísticas, culturais e informativas) no horário em que presumidamente as crianças e adolescentes estão assistindo a televisão. A exclusividade, no caso, não esvazia o sentido do termo “preferência” utilizado no sobredito dispositivo constitucional, pois, nos demais horários, as emissoras terão liberdade para apresentarem programas que não atendam àquelas finalidades, desde que, é claro, observados os demais preceitos constitucionais. Todavia, a realidade nos mostra o total descumprimento ao que determina ao preceito legal em apreço.

Além do art. 76, *caput*, do ECA, podem ser encontradas, no plano infraconstitucional, outras normas que se compatibilizam com as disposições constitucionais,

304Para BARBOSA MOREIRA, J. C. (op. cit.), além do art. 76 do ECA, também o art. 71 daquele diploma concretiza os mandamentos do art. 221 da CF. Eis o teor do art. 71: “A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

305Entendimento diverso é sustentado por BITELLI, M. A. S. (op. cit., p. 231), que defende a inconstitucionalidade do art. 76 do ECA, por ultrapassar o nível de proteção permitido pelo inciso II do § 3º do art. 220. A fundamentar a sua tese, referido autor também argumenta que o aludido dispositivo do ECA contraria o art. 6º da CF, por vedar a transmissão de conteúdos para puro entretenimento, jogos e diversões audiovisuais (com ofensa ao direito ao entretenimento, espécie do direito fundamental social ao lazer, segundo defende este autor). Não obstante, observa-se que a argumentação de BITELLI, M. A. S. olvida a análise do art. 221, I, da CF, que, em nosso entendimento, é fundamento idôneo para o estabelecimento da medida prevista no art. 76 do ECA.

e que, portanto, devem ser consideradas recepcionadas pela ordem constitucional vigente. Com efeito, o CBT enumera em seu artigo 38 (com a redação dada pela Lei 10.610/2002) diversos preceitos e cláusulas que devem ser observados pelas delegatárias de serviço público na prestação dos serviços de radiodifusão (rádio e televisão). Dentre estas, cumpre ressaltar o disposto na alínea “h” daquele artigo, que estabelece que “as emissoras de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso.” A obrigação de veiculação de um percentual mínimo de programas cujo conteúdo atenda especificamente a uma das finalidades definidas no art. 221, I, da CF, confere efetividade à “preferência” exigida constitucionalmente, pois evita que a emissora ignore a vontade constitucional ali manifestada.

Por fim, o inciso IV do art. 221 da CF determina às emissoras de televisão que respeitem, em sua produção e programação, os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Esta pode ser considerada a norma constitucional mais importante no tocante às limitações à programação televisiva estabelecidas no art. 221 da CF. Enquanto o inciso I consigna norma com escopo de fomentar a satisfação de outros direitos fundamentais (mormente a educação e a cultura), a norma do inciso IV visa impedir a veiculação de conteúdos nocivos à formação do indivíduo e à instituição familiar.

Muito se discute sobre a possibilidade de aplicação imediata e integral da norma do art. 221, IV, da CF, pois a redação do dispositivo fez uso de uma locução vaga: “valores éticos e sociais da pessoa e da família.” A abertura semântica da referida expressão, contudo, não pode constituir óbice para a imediata e integral aplicação da norma, com a consequente vinculação da conduta das emissoras de televisão ao que ela determina.

A utilização de conceitos relativamente abertos, denominados pela doutrina de conceitos jurídicos indeterminados³⁰⁶, na redação de dispositivos que consignam normas

³⁰⁶Para ENGISCH, K. conceito indeterminado é “[...] um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”, advertindo aquele autor que é muito raro encontrar no Direito conceitos absolutamente determinados. Para ENGISCH, K. os conceitos indeterminados podem ser divididos em conceitos “descritivos” e conceitos “normativos”. Descritivos são “aqueles conceitos que designam <<descritivamente>> objetos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis.” São exemplos de conceitos descritivos: “homem”, “morte”, “escuridão”, “velocidade”. Por outro lado, os conceitos normativos, no entendimento de ENGISCH, K. são aqueles cuja aplicação no caso concreto demanda uma valoração, a ser realizada pelo aplicador do Direito, que deverá ser realizada caso a caso. Consoante sustenta o referido autor, saber se “[...] uma predisposição caractereológica é <<indigna>>, se um motivo é <<vil>>, se um escrito é <<pornográfico>>, se uma representação é <<blasfema>>”, depende de

jurídicas, não é exclusividade do art. 221 da CF.

No plano internacional, apontou-se linhas atrás que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu art. 19, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, no art. 13, realçam o caráter não absoluto da liberdade de expressão e informação, ao subordinarem o exercício deste direito a restrições legalmente impostas e que se façam necessárias para proteger a “segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública”. Estes também são conceitos jurídicos indeterminados, mas cujos contornos não de ser fixados concretamente de acordo com os costumes e a realidade social de cada Estado-parte. Não se admite, desta maneira, sejam estas convenções internacionais descumpridas pelos Estados-partes sob o argumento da indeterminabilidade daqueles conceitos.

Segundo Robert Alexy, as normas de direitos fundamentais podem ser indeterminadas sob dois aspectos: em razão de sua abertura semântica e/ou estrutural.³⁰⁷ A abertura semântica deve-se ao uso de termos conceitualmente indeterminados. Essa indeterminação, contudo, pode ser afastada pelo estabelecimento de regras semânticas, especialmente através da extração, pelo Poder Judiciário, dos significados destes termos quando da análise de casos concretos a ele submetidos. Por outro lado, a abertura estrutural ocorre quando não é possível se concluir, *a priori* e pela análise isolada da disposição de direito fundamental, quais as posições jurídicas asseguradas pela norma, isto é, se ela “deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige abstenções estatais, e se a existência ou a realização dessa situação pressupõe ou não a existência de direitos subjetivos”.³⁰⁸ Uma vez afastada a indeterminação semântica e/ou estrutural da disposição de direito fundamental, podem ser formuladas normas aplicáveis a casos concretos, chamadas de normas de direitos fundamentais atribuídas.

Para se afastar a indeterminação semântica e/ou estrutural de uma disposição de direito fundamental, há dois critérios principais. Pelo critério empírico, “[...] as normas de direitos fundamentais atribuídas são aquelas que são de fato atribuídas pela jurisprudência e pela Ciência do Direito às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional”.³⁰⁹ Um segundo critério, de caráter normativo, considerado mais adequado por Robert Alexy, é por

atos de valoração com base no caso concreto. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.**

Tradução: Machado, J. Baptista. 7ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208- 213.

307ALEXY, R. op. cit., p. 69-70.

308Id. Ibid., p. 71.

309Id. Ibid., p. 73.

ele expresso do seguinte modo: “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.”³¹⁰

Nessa linha, J. J. Gomes Canotilho chama a atenção para a grande dificuldade na investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais, processo que denomina de “operação de determinação”. Não obstante, esta dificuldade na tarefa interpretativa não pode servir de obstáculo à concretização das normas constitucionais. Segundo anota este constitucionalista português, a dificuldade da “operação de determinação” deve-se, dentre outros fatores, porque

Os enunciados linguísticos são [...] *vagos* (=conceitos vagos, conceitos indeterminados), havendo, ao lado de <<objectos>> que cabem inequivocamente no âmbito conceitual (= candidatos positivos) e ao lado de objectos que estão claramente excluídos do âmbito intencional do conceito (= candidatos negativos), outros objectos em relação aos quais existem sérias dúvidas quanto à sua caracterização (= candidatos neutrais). Exemplo típico é o conceito de <<independência nacional>> (arts. 7º-1, 10º-2, 81º/f, 87º, 120º, 273º-2, 288º/a). A isso acresce o facto de os conceitos utilizados pela constituição serem muitas vezes *conceitos de valor* (exs.: dignidade da pessoa humana, independência nacional, dignidade social), isto é, conceitos com <<abertura de valoração>> e que, por isso mesmo, têm de ser preenchidos, em grande medida, pelos órgãos ou agentes de concretização das normas.³¹¹

No texto da CF podem ser citados diversos conceitos cujos contornos não se encontram perfeitamente delimitados. Inúmeros são os exemplos, encontráveis, inclusive, em normas que asseguram direitos fundamentais individuais do art. 5º da CF, cuja eficácia e aplicabilidade imediata não são questionadas. Veja-se, neste sentido, o disposto no art. 5º, III, que proíbe seja alguém submetido a tortura ou a “tratamento desumano ou degradante.” A aplicação da parte final dessa norma, na falta de lei a regulamentá-la (eis que dispensável a interposição legislativa), depende de uma interpretação, pelo operador do direito, do significado da expressão “tratamento desumano ou degradante”. Diversas serão as questões que deverão ser superadas pelo intérprete para fixar o alcance da locução acima, a fim de possibilitar a sua aplicação aos casos concretos. Deve-se, por exemplo, saber se o tratamento desumano ou degradante envolve somente atos físicos praticados contra a pessoa, ou também envolve atos psíquicos; se se deve levar em conta a susceptibilidade individual de cada um em

310Id. Ibid., p. 74.

311CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 1997, p. 1.090.

relação a atos contra si praticados; dentre tantas outras indagações. Forçar um torcedor fanático de uma agremiação futebolística a vestir, em público, o uniforme do time arquirrival, é submeter a pessoa a tratamento degradante? Este singelo exemplo ilustra o quão difícil é a tarefa do operador do direito – sobretudo do Poder Judiciário – na aplicação, aos casos concretos, de normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Esta dificuldade, no entanto, não pode servir de pretexto para o descumprimento da lei, pois faz parte da função jurisdicional a interpretação das normas jurídicas e a determinação do seu alcance, com o fim de possibilitar a aplicação aos casos concretos, na busca da pacificação social. Esta tarefa interpretativa integra o cotidiano do juiz, que constantemente se depara com conceitos não delimitados *a priori* pelo ordenamento jurídico, mas cuja compreensão se faz necessária para a solução dos litígios que lhe são submetidos.

Também no plano infraconstitucional podem ser colhidos vários exemplos de dispositivos legais em cuja redação há conceitos semanticamente abertos.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), que congrega as denominadas normas de sobredireito por estabelecer regras de validade, interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, fez uso de diversos conceitos jurídicos indeterminados em seus dispositivos. Assim, terá o juiz que atender “aos fins sociais” a que ela se dirige e às “exigências do bem comum” na aplicação da lei (art. 5º); bem como estabelece a ineficácia, no Brasil, de leis, atos, sentenças ou quaisquer declarações de vontade de outro país que ofendam a soberania nacional, “a ordem pública e os bons costumes” (art. 17). Não se discute a plena aplicação dessas normas, mediante a realização de juízos de valoração pelo magistrado com base nas circunstâncias do caso concreto. Aliás, seria um argumento no mínimo irônico defender a inaplicabilidade de normas da Lei de Introdução do Código Civil, que têm por escopo possibilitar a aplicação das demais normas jurídicas do ordenamento, justamente por faltar às primeiras densificação suficiente para a sua imediata aplicabilidade. Se assim o é, não há motivo para subtrair as normas constitucionais desse mesmo raciocínio, até porque são estas as mais importantes para o sistema jurídico, pois ocupam o ápice da pirâmide normativa.

Nesse mesmo sentido, Zelmo Denari³¹², ao comentar o art. 22 do Código de

312GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 214.

Defesa do Consumidor (CDC)³¹³, que obriga a Administração Pública direta e indireta ao fornecimento continuado (isto é, sem interrupção) dos serviços essenciais, alude à necessidade preliminar de se definir o conceito de “essencialidade” para a aplicação desta norma jurídica, o qual considera um “signo impreciso” do ponto de vista linguístico. Citando Genaro Carriò, Zelmo Denari afirma que

[...] sempre que o aplicador da norma se defrontar com signos dessa natureza – o que ocorre com relativa frequência na área do conhecimento jurídico, pois o Direito costuma operar com significantes de textura aberta – não é possível remediar o indeterminismo no plano conceitual e o intérprete deve decidir sob sua responsabilidade.

Percebe-se, ademais, que em algumas situações o legislador – constitucional ou infraconstitucional – fez, propositalmente, uso de conceitos jurídicos indeterminados na redação de dispositivos normativos. Este recurso geralmente é utilizado quando se trata de conceitos cuja significação depende da realidade histórica e das concepções, dos costumes e das tradições da sociedade em um determinado momento, mas que pode variar com o tempo. Nestas hipóteses, os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam à norma jurídica acompanhar esta evolução histórica e social, adaptando-se à realidade vigente sem a necessidade de alteração legislativa. Conceitos como “bons costumes”, “paz social” e “valores éticos e sociais da pessoa e da família” são exemplos desta espécie, cuja formulação é propositalmente aberta, pois a compreensão destes conceitos encontra-se condicionada à prévia análise dos costumes e dos valores adotados pela sociedade em certo momento histórico.³¹⁴ Pertinente, pois, a ponderação de José Afonso da Silva ao analisar a locução “bons costumes” constante na redação do art. 153, § 5º, da Constituição brasileira de 1969:

313“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

314Manifestando posicionamento contrário, CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op cit., p. 78-85), em estudo monográfico sobre a liberdade de programação e os chamados *reality shows*, sustentam não ser possível a imposição de restrições à liberdade de programação cujos fundamentos sejam cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, como “ordem pública”, “moral pública”, “bons costumes”, “dignidade humana” e “dignidade das instituições”. Argumentam estes autores que “[...] a liberdade de expressão em sentido amplo aponta claramente no sentido da proteção da biodiversidade axiológica e cultural, no pressuposto de que a existência de uma pluralidade de perspectivas é enriquecedora da esfera pública”, sendo, portanto, inadequado buscar extrair o significados daqueles conceitos jurídicos indeterminados com base “[...] nos sentimentos dominantes, ou numa noção pré-determinada do que seja modelo socialmente correcto de desenvolvimento da personalidade.” Enfatizamos novamente que o estudo procedido pelos autores portugueses adota como parâmetro a Constituição portuguesa, que não contém normas como aquelas constantes dos arts. 220, § 3º, e 221, da Constituição brasileira de 1988, razão pela qual entendemos que, neste particular aspecto, suas assertivas não são totalmente aplicáveis ao sistema constitucional brasileiro. Não podemos concordar com a conclusão de que conceitos jurídicos indeterminados adotados pela CF para a contenção da “liberdade de programação” não possam ser aplicados face à impossibilidade de determinação dos seus significados, sob pena de se admitir que essas normas são destituídas de qualquer eficácia jurídica.

A expressão *bons costumes* é daquelas que aparecem no Direito com o objetivo de justificar a atuação da competência discricionária do Poder Público. Seu conceito é difícil de fixar objetivamente. A evolução social sempre importa mudança da tábua de valores, com a transformação de hábitos e atitudes que num momento podem contrariar os bons costumes, e em outro momento já se tornam perfeitamente compatíveis com ele. Barile define o *bom costume* como 'aquele complexo de regras que a opinião pública reconhece válidas num dado momento histórico em relação à proteção contra a obscenidade e contra as ofensas à decência pública.³¹⁵

Portanto, a existência de conceitos jurídicos indeterminados na redação de um determinado dispositivo não constitui óbice para a imediata e integral aplicação da norma jurídica. Incumbe ao Poder Judiciário, quando provocado, extrair o significado desses conceitos semanticamente abertos, atentando-se para as peculiaridades do caso concreto e à realidade social vigente.³¹⁶

A possibilidade de aplicação direta dos incisos do art. 221 da CF a casos concretos não significa que o legislador infraconstitucional encontra-se impedido de editar leis para desenvolver os preceitos daqueles dispositivos constitucionais. Pelo contrário, a densificação, por lei, daquelas normas constitucionais, além de permitir a sua aplicação em uma maior extensão, poderia conferir uma maior segurança jurídica. Assim, lei editada com este escopo poderia definir percentuais mínimos de programas que atendessem às finalidades referidas no art. 221, I, da CF, podendo, ademais, estabelecer as faixas de horários em que deveriam ser veiculados e quais os parâmetros mínimos que determinados programas deveriam conter para o atingimento daquelas finalidades.³¹⁷ Do mesmo modo, a locução “valores éticos e sociais da pessoa e da família” poderia ser densificada por intermediação legislativa, fixando-se alguns parâmetros para que a referida norma constitucional pudesse ser aplicada com maior segurança aos casos concretos. Poderia a lei, inclusive, também fazer uso de outros conceitos jurídicos indeterminados, mas que contivessem um maior grau de especificação, pois a utilização de conceitos dessa espécie permite à norma acompanhar a evolução social.³¹⁸

315SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000. p. 111-112.

316Nesse mesmo sentido: PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 135-136.

317Nessa linha, FARACO, A. D. (op. cit., p. 252) enfatiza a necessidade de estipulação, por lei, de parâmetros mínimos para a aplicação do disposto no art. 221 da CF. Este autor sugere, como exemplo, que para que um programa possa ser classificado como educacional, “[...] deveria estar relacionado ao conteúdo programático dos currículos escolares ou universitários, ser organizado numa grade de programação seqüencial e coerente e ter a supervisão de profissionais de ensino. Poderia prever-se, ainda, que uma parcela das horas dessa programação deveria focar nos interesses e necessidades do público infantil, com conteúdos formatados em atenção às especificidades de cada faixa etária. Por fim, além de parâmetros quanto a conteúdo, seria importante fixar horários nos quais deveriam ser exibidos, de forma a serem acessíveis ao público a que se destinam.”

318FARACO, A. D. (op. cit., p. 258) afirma ser possível que lei editada com essa finalidade possa alcançar um

A respeito da efetivação do disposto no art. 221 da CF, uma relevante preocupação deve ser afastada. O jornalismo, cuja garantia é expressa na CF sob a locução “liberdade de informação jornalística” (art. 220, § 1º), é considerado a modalidade comunicativa mais importante, “a joia do direito da comunicação”³¹⁹, pois é através dele que se torna possível a circulação e difusão das informações de transcendência pública. Esta atividade, relacionada ao direito de informação, contribui para a formação livre e plural da opinião pública e a fiscalização dos atos do Poder Público, possibilitando, desse modo, a participação popular na vontade estatal. Irrefutável, portanto, a importância da liberdade de informação jornalística para o regime democrático. Nesse contexto, há que se questionar se o disposto no art. 221 da CF não limita indevidamente aquela liberdade, em prejuízo da democracia.

A resposta a esta indagação só pode ser negativa, inexistindo razões para justificar essa preocupação. Muito pelo contrário, o art. 221 da CF reforça a importância conferida à informação jornalística no texto constitucional. A informação jornalística³²⁰ atende a uma das finalidades – a informativa – cuja preferência deve ser observada pelas emissoras de televisão (inciso I). Por outro lado, o dever de promoção de cultura nacional e regional (inciso II), bem como de regionalização da produção jornalística (inciso III), contribuem para um jornalismo que atenda aos anseios da sociedade em ser bem informada, tanto em relação aos fatos de relevância para a toda a Nação, como sobre os acontecimentos cuja importância se restrinja a uma determinada comunidade ou região. Noutra giro, a possibilidade de limitação válida à atividade jornalística televisiva com base no “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e a família” (inciso IV) ficará adstrita às hipóteses excepcionalíssimas em que o formato jornalístico é deturpado, cuja aferição deve ser realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Destarte, um telejornal transmitido no horário matutino, em

grau de detalhamento bastante apurado nos casos em que houver um consenso em relação ao enquadramento na locução “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, ensejando, por exemplo, a proibição de veiculação de “propaganda de qualquer tipo de armamento e a apologia de guerra” ou “cenas que valorizem a exploração sexual, o incesto, o abuso sexual e a pedofilia”. Este autor adverte, contudo, sobre a pouca relevância prática de estipular vedações em casos extremos como estes, uma vez que dificilmente tais temas encontrariam espaço nas emissoras.

319BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 247.

320STROPPIA, T. (op. cit., p. 161), com base no magistério de Aluizio Ferreira, afirma ser possível distinguir as mensagens quanto à função ou efeito pretendido em informação jornalística, informação publicitária ou propagandística e a recreativa ou de entretenimento. A informação jornalística “[é] aquela publicada ou transmitida por um meio de comunicação de grupo ou de massa (MCM) em forma de notícia, artigo, comentário, entrevista ou reportagem e com função (ou efeito) de atualização ou formação de opiniões (informação atualizadora), ou de vulgarização científica e tecnológica (informação pedagógica ou instrutiva).”

que belas apresentadoras vão se despindo ao longo do programa até a nudez completa, pode ser considerado violador daquele mandamento constitucional de acordo com a realidade social em um determinado momento histórico; assim como um programa jornalístico que incentive reiteradamente a discriminação (racial, religiosa, sexual ou de qualquer outro tipo) ou que viole os direitos de minorias étnicas, dos portadores de deficiência ou das crianças e adolescentes, pode, a depender das circunstâncias fáticas, violentar o disposto no art. 221 da CF. O telejornalismo exercido com seriedade jamais correrá o risco de violar os preceitos do art. 221 da CF; ao revés, irá contribuir para o atendimento daquelas exigências constitucionais.

Derradeiramente, um último aspecto merece ser realçado nesse momento. O direito a uma programação televisiva em conformidade com o art. 221 da CF possui incontestável feição coletiva, pois pertence a toda a sociedade. Hodiernamente os sinais de televisão aberta chegam aos rincões mais distantes deste país, alcançando quase toda a população brasileira. Basta ter acesso a um televisor para ser submetido aos diferentes conteúdos transmitidos pelas emissoras. Todo o público telespectador, enquanto coletividade indivisível, tem os seus interesses lesados por uma programação que não observe o comando do art. 221 da CF. Uma vez reparada a lesão, todos os telespectadores, efetivos ou potenciais, são beneficiados, não sendo possível promover a adequação constitucional da programação para alguns telespectadores e para outros não. O interesse a uma programação televisiva adequada aos parâmetros constitucionais é, pois, de natureza difusa³²¹, pois reúne todas as características desta espécie de interesse coletivo³²², assim conceituado analiticamente por Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] os interesses difusos: são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, disperso pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna³²³ e por sua tendência à transição ou mutação no

321 Os interesses ou direitos difusos foram definidos pelo CDC, para os efeitos daquele código, como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” (art. 81, parágrafo único, I).

322 Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, J. C. op. cit.; FARIAS, E. op. cit., p. 226; DAWALIBI, M. op. cit., p. 420; PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 140; MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva**. p. 20-29. In: Boletim dos Procuradores da República, ano IV, nº 40, Agosto/2001. São Paulo : Artchip Editora, 2001. p. 26.

323 Importante anotar que a litigiosidade interna dos interesses difusos decorre do seu elevado grau de dispersão e de abrangência na sociedade, de modo que coloca em contraposição interesses de diferentes pessoas ou

tempo e no espaço.³²⁴

Deveras, na atenta análise de José Carlos Barbosa Moreira,

Ao interesse em que se observem os mandamentos do art. 221 da Lei Maior ajusta-se como luva a qualificação de difuso. Com efeito: em primeiro lugar, ele se caracteriza, à evidência, como "transindividual", já que não pertence, de modo singularizado, a qualquer dos membros da comunidade, senão a um conjunto indeterminado - e, ao menos para fins práticos, indeterminável - de seres humanos. Tais seres ligam-se uns aos outros pela mera circunstância de fato de possuírem aparelhos de televisão ou, na respectiva falta, costumarem valer-se do aparelho do amigo, do vizinho, do namorado, do clube, do bar da esquina ou do salão de barbeiro. E ninguém hesitara em qualificar de indivisível o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todos a mesma e única imagem, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor destas linhas ou ao rabiscador delas.

A natureza difusa do interesse em questão possui importantes repercussões, especialmente em relação aos mecanismos extrajudiciais e judiciais para a proteção desse interesse, conforme se verá adiante.

3.2.1 O art. 221 da Constituição Federal e a classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e a aplicabilidade proposta por José Afonso da Silva³²⁵

Expediente comum utilizado pelos autores que já se dedicaram à árdua tarefa de elucidação do nível de vinculação das emissoras de televisão aos comandos do art. 221 da CF, consiste na tentativa de identificar o grau de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais consignadas naquele dispositivo constitucional. Para tanto, geralmente alude-se à classificação proposta por José Afonso da Silva no longínquo ano de 1969, que, apesar das

grupos sociais. MANCUSO, R. C. apresenta os seguintes exemplos dessa conflituosidade interna: “a proteção dos recursos florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e, por decorrência, com os interesses dos lenhadores à manutenção de seus empregos; a interdição de construção de um aeroporto supersônico atende a interesse dos moradores da localidade, mas conflita com os interesses da construção civil; a instituição de censura prévia nas diversões públicas atende aos setores conservadores da sociedade, mas conflita com o interesse da classe artística na livre expressão de suas performances.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 100-106.

324MANCUSO, R. C. op. cit., 2004, p. 150.

325Em sua obra “**Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**”, Virgílio Afonso da Silva critica a classificação tricotômica das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade proposta por José Afonso da Silva. Para tanto, Virgílio baseia-se principalmente na teoria de princípios de Alexy, para concluir que os postulados desta teoria são incompatíveis com os critérios fixados por José Afonso. Não tomaremos partido deste debate, por não estarmos plenamente convencidos sobre a procedência das objeções opostas por Virgílio. A análise que se faz neste tópico busca apenas perspectivar a questão da vinculatividade das emissoras ao comando do art. 221 da CF sob um diferente enfoque.

críticas, resistiu ao longo do tempo, classificação esta ainda hoje adotada, com pequenas variações, por grande parte da doutrina e da jurisprudência.

A classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva tem como critérios diferenciadores das categorias classificadas a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais. A eficácia pode ser entendida como a aptidão para a produção dos efeitos jurídicos desejados pela norma, abstratamente considerada. A aplicabilidade diz respeito à qualidade da norma para a sua realização prática, a possibilidade de ser aplicada a casos concretos para regular atos ou relações ocorridos no mundo naturalístico. Estes dois atributos guardam uma estreita relação um com o outro, pois a aplicabilidade da norma depende de sua eficácia. São duas faces de uma mesma moeda.

[...] eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há de ser capaz de produzir efeitos.³²⁶

Tendo por base os critérios da eficácia e aplicabilidade, José Afonso da Silva³²⁷ afirma ser possível classificar as normas constitucionais em três diferentes grupos: as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida e as normas de eficácia limitada ou reduzida. As normas de eficácia limitada podem ser subdivididas em normas declaratórias de princípios³²⁸ institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípio programático.

Não é pertinente aos propósitos desta dissertação promover um maior aprofundamento da doutrina de José Afonso da Silva. Todavia, afigura-se necessária a apresentação das linhas gerais desta teoria, a fim de facilitar o exame da adequação do enquadramento das normas do art. 221 da CF em alguma(s) da(s) categorias em questão.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que

³²⁶SILVA, J. A. da. op. cit., 2000, p. 60.

³²⁷Id. Ibid., p. 86.

³²⁸Cumprido alertar que José Afonso da Silva não adota a acepção de princípio e de norma da teoria de direitos fundamentais de ALEXY, R. até porque esta última ganhou impulso mais de duas décadas após a classificação tricotômica de José Afonso ter sido apresentada ao público. Para formular a sua teoria da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva (op. cit., 2000, p. 142) define princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”, e citando CANOTILHO, J. J. G. e VITAL MOREIRA, complementa a sua definição com a ideia de que os princípios são “núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais”. A base de seu estudo é o positivismo jurídico, corrente que tem em Hans Kelsen o seu maior expoente.

[...] desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.³²⁹

As normas constitucionais de eficácia plena são de “aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica.”³³⁰

Por outro lado, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas **prevêem meios ou conceitos** que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias.”³³¹ (Grifo nosso). São também de “aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeita a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.”³³²

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que “não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão.”³³³ São de “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente [...] após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia [...]”³³⁴, muito embora não sejam totalmente destituídas de eficácia, pois têm aptidão para a produção alguns efeitos jurídicos.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem ser subdivididas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. As primeiras são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei.”³³⁵ As normas constitucionais de princípio programático, também chamadas de normas programáticas, são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como

329SILVA, J. A. da. op. cit., 2000. p. 82.

330Id. Ibid., p. 83.

331Id. Ibid., p. 82.

332Id. Ibid., p. 83.

333Id. Ibid., p. 82-83.

334Id. Ibid., p. 83.

335Id. Ibid., p. 126.

programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado.”³³⁶

Nas obras de autoria de José Afonso da Silva consultadas nesta pesquisa, este constitucionalista não chega a externar o seu entendimento sobre qual o correto enquadramento, em sua visão, das normas constitucionais veiculadas pelo art. 221 da CF. Referido autor parece, contudo, rejeitar sejam elas classificadas como normas de eficácia plena, pois, ao tratar do que denomina de “normas constitucionais sócio-ideológicas”, qualifica várias das normas constantes do Título VIII da CF (Da Ordem Social) como normas de eficácia plena, inclusive algumas do Capítulo V (Da Comunicação Social), mas nelas não inclui o art. 221 da CF.³³⁷

Alguns autores, como José Cretella Júnior³³⁸ e Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes³³⁹, sustentam que o art. 221 da CF é uma norma de eficácia limitada, dependente de lei que a regule para a sua plena aplicabilidade. Militar em prol deste entendimento a redação do *caput* do art. 221, que qualifica como “princípios” as diretrizes traçadas nos seus quatro incisos, princípios estes que consignariam finalidades constitucionais a serem buscadas pelo Poder Público. Além disto, o inciso III faria uma expressa referência à necessidade de lei para regulamentar as suas disposições, evidenciando, deste modo, a impossibilidade de sua aplicação imediata. Em reforço a esta tese, pode-se mencionar, ainda, que a redação dos incisos I e IV, sobretudo este último, conteria conceitos vagos, abertos, indeterminados, como a locução “valores éticos e sociais”, o que demandaria uma lei que lhes fixasse os contornos para a sua aplicação.

Outros autores, como Fábio Henrique Podestá³⁴⁰, Luis Gustavo Grandinetti

336Id. *Ibid.*, p. 138.

337Com efeito, SILVA, J. A. (op. cit., 2000, p. 193) ao tratar das normas constitucionais sócio-ideológicas, afirma que as normas constantes do art. 220 (exceto os §§ 3º e 4º), 222 e 223 da CF são normas de eficácia plena. Os §§ 3º e 4º do art. 220 seriam, para o destacado constitucionalista, normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo. Silencia-se, contudo, em relação ao art. 221 da CF.

338Op. cit., p. 4.511.

339*Apud* PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 134. Este também parece ser o entendimento de BITELLI, M. A. S. (op. cit., p. 220), conclusão a que se chega ao constatar que este autor afirma, em relação ao art. 221 da CF, que “[...] falta lei que defina direitos materiais e adjetivos sobre o assunto, inclusive identificando os difusos, coletivos e individuais adicionais que possam ser regulados.”

340PODESTÁ, F. H. (op. cit., p. 133-134) entende que somente o inciso III do art. 221 da CF não pode ser classificado como uma norma de eficácia plena, haja vista a expressa remissão à lei que o regule.

Castanho de Carvalho³⁴¹, João Bosco Araújo Fontes Júnior³⁴² e Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴³ defendem expressamente que o art. 221 da CF, ao menos o seu inciso IV, é uma norma constitucional de eficácia plena, pois reúne todos os atributos necessários à sua imediata aplicação, independentemente de edição de lei para regulamentá-lo. Para esta corrente de pensamento, esta norma constitucional confere um direito subjetivo de proteção contra programas televisivos com conteúdo inadequado, cujo cumprimento pode ser exigido em juízo através de ação civil pública. Defende-se, ademais, que o fato de terem sido utilizados conceitos jurídicos indeterminados na redação do inciso IV não impede a sua imediata aplicação, uma vez que é tarefa do juiz, com a qual está habituado, promover a interpretação destes conceitos e fixar-lhes os contornos, para a aplicação nos casos concretos. Podem ser citados diversos casos em que a legislação fez uso de conceitos jurídicos indeterminados e, nem por isto, se discute sobre a sua aplicação prática. A exceção do inciso III serve para confirmar a regra, isto é, a prescindibilidade de lei para conferir a plena eficácia aos demais dispositivos.

De qualquer modo, depreende-se da lição de Rodolfo de Camargo Mancuso de que é indiferente a eventual classificação atribuída àquelas normas, pois não se pode admitir normas constitucionais destituídas de qualquer eficácia, mormente as do art. 221 da CF, cujo *caput* estabelece imperativamente que as emissoras “atenderão” às diretrizes que enuncia nos incisos.³⁴⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, com amparo na doutrina de José Afonso da Silva, relembra que mesmo as normas de eficácia limitada do tipo programática são aptas a produzir

341Op. cit., p. 79. Este autor reconhece apenas o inciso IV do art. 221 da CF como uma norma constitucional de eficácia plena; os demais incisos daquele artigo são por ele classificados expressamente como normas programáticas.

342Op. cit., p. 90-92. FONTES JÚNIOR, J. B. A., com base no art. 221, IV, da CF, defende a existência de um direito subjetivo individual a uma programação sadia, que se constituiria em um direito fundamental ou de “natureza análoga” (terminologia da doutrina portuguesa), por força da “norma de extensão” do art. 5º, § 2º, da CF, de aplicação imediata. Por outro lado, esse mesmo autor (ibid., p. 104) afirma depender de lei a aplicação integral do disposto nos incisos I a III do art. 221 da CF, lei esta que deverá regulamentar as preferências constitucionais da programação televisiva, inclusive fixando percentuais destinados aos programas cujas finalidades estão elencadas no inciso I e de outros que privilegiem os aspectos regionais, conforme exige o inciso III.

343MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade, e sua tutela jurisdicional.** p. 51-62. In: Revista dos Tribunais. Ano 83. Julho de 1994. Volume 705. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 52-53.

344Este entendimento fica claro quando MANCUSO, R. C. (op. cit., 2001, p. 24), ao tratar da conformação da programação televisiva no âmbito constitucional, afirma que “[...] se é verdade que alguns dispositivos constitucionais remetem à lei federal regulamentadora (art. 21, XII, *a*; § 3º do art. 220; art. 224), em contrapartida no art. 221 e incisos já se fixam, impositivamente, os princípios que regem o conteúdo da programação televisiva, de modo que *não é escusável* a postergação das correlatas medidas preventivas ou repressivas.” Em relação a esta afirmação do autor, há de se ressaltar que o inciso III do art. 221 também remete à lei federal regulamentadora.

determinados efeitos, os quais vinculariam as emissoras de televisão ao mandamento do art. 221 da CF.

Deveras, mostra-se equivocado o entendimento de que as normas de eficácia limitada, por dependerem de lei que desenvolva os seus preceitos, não tenham qualquer eficácia e, portanto, não produzam nenhum efeito jurídico. Por concentrarem pautas valorativas e programas definidos pelo legislador constitucional para os interesses de que cuidam, as normas programáticas produzem efeitos jurídicos imediatos dirigidos ao Estado, condicionando as atividades exercidas pelo Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.³⁴⁵ Interessa saber se as normas programáticas podem acomodar direitos subjetivos, cuja tutela pode ser buscada em juízo. Após exauriente análise da estrutura deste tipo de normas, José Afonso da Silva conclui que “[s]e não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham.”³⁴⁶ Esta assertiva de José Afonso da Silva, embora correta, pode ser complementada com a concepção de direitos à proteção de Robert Alexy, tratada no tópico 2.4.2.1. Assim, além de impedir o Poder Público de praticar atos contrários às normas programáticas, estas também são, independentemente de lei que as desenvolva, fundamento suficiente para se exigir que o Poder Público proteja os titulares de direitos fundamentais ameaçados por condutas de particulares que contrariem as normas programáticas.

O art. 221 da CF, não é demais reiterar, visa assegurar a satisfação de diversos direitos fundamentais (v.g., a cultura e a educação) e a proteção de bens jurídicos (a moral e a ética no seio da família; a formação da criança e do adolescente). Portanto, a agressão a tais direitos e bens jurídicos pela televisão, mediante o descumprimento do comando do art. 221 da CF, enseja, para os seus titulares, proteção exigível do Estado, e o correlato dever deste em

345Consoante SILVA, J. A. (op. cit., 2000, p. 164), as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas de vantagem ou de desvantagem [...]”.

A estas, deve ser acrescida a “eficácia ab-rogativa das normas inferiores incompatíveis” (Id. Ibid., p. 261), em razão da supremacia da CF frente às demais normas jurídicas.

346Id. Ibid., p. 177.

fazer cessar a ofensa. Este dever mostra-se ainda mais claro ao se lembrar que a atividade de televisão é um serviço público, titularizado pelo Estado, mas cuja execução pode ser delegada a particulares, aspectos que foram tratados nos tópicos 1.4.2 e 1.4.3 deste trabalho. Neste particular, o instrumento pelo qual se materializa a delegação do serviço público da radiodifusão de sons e imagens (em regra, o contrato de concessão) contém cláusulas regulamentares que condicionam o exercício desta atividade, as quais, de forma direta ou indireta, determinam a observância dos preceitos constitucionais. Cediço que o contrato é lei entre as partes, ainda que se considere que todo o art. 221 da CF hospeda normas programáticas, resta suprida a necessidade de existência de norma integradora daqueles preceitos constitucionais.

Uma última hipótese merece ser cogitada. Nenhum dos autores consultados nesta pesquisa defende que as normas do art. 221 da CF possam ser classificadas como normas de eficácia contida. Esta constatação não é de causar surpresa, pois as normas de eficácia contida geralmente são associadas a dispositivos constitucionais que estabelecem expressamente a possibilidade de edição de lei que reduza o alcance da norma. Exemplo típico deste tipo de norma é aquela inscrita no art. 5º, XIII, da CF, que assegura que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Neste caso, a liberdade profissional é, *prima facie*, ampla e irrestrita, mas pode ser limitada por qualificações profissionais previstas em lei. A “cláusula de contenção” e o direito estão hospedados na mesma disposição constitucional.

No entanto, pela doutrina de José Afonso da Silva, a possibilidade de contenção do preceito contido em uma norma constitucional não se limita à remissão sobre a possibilidade de lei restringir o seu alcance. Além desta hipótese, José Afonso da Silva³⁴⁷ alude a existência de normas constitucionais de contenção da eficácia de outras, ou seja, de disposições constitucionais que podem consubstanciar uma contenção à aplicabilidade de normas inscritas em outras disposições constitucionais. O exemplo deste tipo de norma de contenção é o art. 15, IV, da CF, que “importa a contenção da ampla aplicabilidade das normas do art. 5º, IV, VI e VIII, em hipótese particular, à lei prevista neste último dispositivo.”³⁴⁸

347Op. cit., 2000, p. 107-108.

348Id. Ibid., p. 107.

Segundo José Afonso da Silva³⁴⁹, a contenção da ampla aplicabilidade de uma norma constitucional pode ocorrer, ainda, em virtude da exigência de observância a determinados “conceitos éticos juridicizados”, como a “ordem pública, bons costumes e paz social”. Referido autor cita como exemplo o art. 153, § 5º, da Constituição Federal de 1969, que “declarava que era plena a liberdade de consciência e ficava assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes.” Por este dispositivo, assegurava-se a liberdade religiosa *prima facie*. Esta subordinava-se, contudo, à observância da “ordem pública e bons costumes”, conceitos jurídicos indeterminados que deveriam ter o seu significado revelado pelo intérprete na aplicação a casos concretos.

Essas anotações são suficientes para demonstrar que não há maior óbice para que as normas do art. 221 – ao menos as dos incisos I, III e IV – possam ser, sob certo ângulo, enquadradas na categoria de normas eficácia contida na classificação proposta por José Afonso da Silva. Facilitará a assimilação desta assertiva ao se lembrar que: a) o enunciado normativo (o texto) não se confunde com a norma, pois esta é o significado do texto;³⁵⁰ b) a norma e sua restrição não precisam conviver no mesmo enunciado normativo; esta última, pode, inclusive, ser implícita, resultante de um sopesamento decorrente da colisão de princípios constitucionais em um caso concreto.

Destarte, pode-se dizer que os preceitos do art. 221 da CF – especialmente o relativo ao inciso IV – promovem a contenção das normas constitucionais que asseguram a liberdade de expressão e informação quando exercida pelas emissoras de televisão. A expressão “valores éticos e sociais”, constante da redação do inciso IV do art. 221 da CF, constitui um conceito jurídico indeterminado que deve ter a sua significação buscada pelo intérprete, através dos critérios de hermenêutica constitucional, com o correspondente ônus de argumentação jurídica para justificar a delimitação do conceito no caso concreto.

Sob este ponto de vista cabe afirmar, portanto, que o art. 221 da CF consigna quatro hipóteses de contenção da liberdade de expressão e informação das emissoras de rádio

349Id. Ibid., p. 108-113.

350Segundo esclarece ALEXY, R. (op. cit., p. 53-66) o enunciado normativo é o texto pelo qual a norma é expressada. A norma é o significado do texto do enunciado normativo, ou seja, o mandamento nele contido. Quando a norma puder ser expressa por enunciados formulados a partir de uma das modalidades deonticas de proibição, permissão ou dever, caracterizados pelo uso de termos como “proibido”, “permitido” ou “devem”, serão eles chamados de “enunciados deonticos”. Os enunciados normativos que expressam normas de direitos fundamentais podem também ser chamados de “disposições de direitos fundamentais”.

e televisão. Entendemos que este é o melhor enquadramento para as normas do art. 221 da CF de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, ao se levar em conta as suas próprias bases teóricas.

Esta discussão ganha um novo ingrediente com a inclusão, pela Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002, do § 3º ao art. 222 da CF, com a seguinte redação:

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

O art. 221 da CF prevê expressamente a necessidade de lei regulamentadora somente em seu inciso III. Em relação a este, não há como duvidar de que se cuida de uma norma constitucional de eficácia limitada. O debate sobre a eficácia e a aplicabilidade sempre voltou-se para os demais incisos do art. 221, que, diferentemente do inciso III, não previram textualmente a necessidade de lei para regulamentá-los. Agora, o § 3º do art. 222, introduzido no ordenamento jurídico pelo Poder Constituinte Derivado, faz referência a uma “lei específica” para a observância dos “princípios” do art. 221, redação esta que suscita pelo menos duas interpretações distintas: a) a lei específica estabelecerá um regramento peculiar do art. 221 aos meios de comunicação social eletrônica, adequado às particularidades destes últimos; ou b) o art. 221 depende de lei específica para sua aplicação, independentemente do meio de comunicação social que veicula os conteúdos.

O uso do adjetivo “específica” para qualificar a lei requerida no § 3º do art. 222 aponta para a correção da primeira hipótese interpretativa (letra “a”), pois o legislador constitucional pretendeu seja editada uma lei que cuide somente desta matéria, tão complexa e repleta de particularidades se cotejada com a radiodifusão de sons e de sons e imagens.

3.2.2 Dois casos peculiares: a televisão educativa e a televisão pública

O inciso I do art. 221 da CF determina às emissoras de televisão que, em sua produção e programação, deem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e

informativas. Preferência não se confunde com exclusividade, conforme já se registrou alhures. Desse modo, conquanto as emissoras devam dar primazia a conteúdos que atendam àquelas finalidades, não estão elas obrigadas a veicularem tão somente esses tipos de conteúdos.

Não obstante, há duas espécies de serviços de radiodifusão de sons e imagens previstas na legislação infraconstitucional que excepcionam a regra acima.

A primeira delas – e que não comporta maior discussão – refere-se à televisão pública, regulada pela Lei 11.652, de 7 de abril de 2008, cuja exploração será realizada, em âmbito federal, pelo Poder Executivo ou mediante outorga à entidade de sua administração indireta, dentre as quais a Empresa Brasil de Comunicação S.A. (EBC), cuja criação foi autorizada pelo art. 5º daquele diploma legal.

A criação e a efetiva implantação de um serviço de radiodifusão pública³⁵¹ decorre da exigência prevista no *caput* do art. 223 da CF, que determina a observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal na exploração da radiodifusão sonora e de sons e imagens.

O art. 2º da Lei 11.652 estabeleceu os princípios que deverão ser observados na prestação dos serviços de radiodifusão pública, entre os quais se destaca a “produção e programação com finalidades educativas, artísticas, culturais, científicas e informativas” (inciso III).³⁵² Desse modo, diferentemente das emissoras comerciais, que estão vinculadas pela CF a dar preferência a programas que atendam àquelas finalidades, as prestadoras dos serviços de televisão pública são obrigadas a transmitirem tão somente conteúdos que cumpram aquelas mesmas finalidades. Esta exigência compatibiliza-se com os objetivos que justificam a criação e a manutenção de uma televisão pública, consistentes na divulgação de conteúdos que tenham por único propósito o atendimento do interesse público primário, com

³⁵¹Apesar da Lei 11.652/08 aduzir expressamente que regulará os serviços de radiodifusão pública, FARACO, A. D. (op. cit., p. 243) afirma que a configuração dada àquela atividade por essa lei olvida um requisito indispensável à televisão pública, qual seja, a efetiva independência em relação ao governo.

³⁵²Os demais princípios elencados pelo art. 2º da Lei 11.652 são: I - complementaridade entre os sistemas privado, público e estatal; II - promoção do acesso à informação por meio da pluralidade de fontes de produção e distribuição do conteúdo; IV - promoção da cultura nacional, estímulo à produção regional e à produção independente; V - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; VI - não discriminação religiosa, político partidária, filosófica, étnica, de gênero ou de opção sexual; VII - observância de preceitos éticos no exercício das atividades de radiodifusão; VIII - autonomia em relação ao Governo Federal para definir produção, programação e distribuição de conteúdo no sistema público de radiodifusão; e IX - participação da sociedade civil no controle da aplicação dos princípios do sistema público de radiodifusão, respeitando-se a pluralidade da sociedade brasileira.

a promoção e a satisfação de direitos fundamentais, como o direito de ser informado (de forma verídica, completa, tempestiva, com ênfase na pluralidade política e de fontes), e os de cunho social, como os direitos à educação e à cultura.

A segunda hipótese legal que excepciona o comando do art. 221, inciso I, da CF – e que pode comportar uma maior polêmica – é a chamada televisão educativa, espécie criada e regulada pelo Decreto-lei 236, de 28 de fevereiro de 1967. Pelo *caput* do art. 13 deste diploma legal, a televisão educativa “se destinará à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates.” Veja-se, por este dispositivo, que a programação da televisão educativa deve ter um conteúdo exclusivamente educacional.

Nesse ponto, por ter estipulado uma restrição em maior extensão que aquela prevista no inciso I do art. 221 da CF, poder-se-ia cogitar da não recepção, pela atual CF, daquele dispositivo legal. O art. 13 do Decreto-lei 236 não padece desse vício, contudo. O art. 221 estabelece restrições à liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão com o objetivo de proteger e fomentar a satisfação de outros direitos fundamentais e de bens jurídicos constitucionais, como o direito a ser informado, o direito à cultura, o direito à educação e a proteção da família e da criança e do adolescente.

A modalidade específica de televisão prevista no pelo Decreto-lei 236 limita o conteúdo da programação com o objetivo de fomentar ainda mais a satisfação daqueles direitos fundamentais e bens jurídicos tutelados pelo art. 221 da CF, pois a televisão educativa tem uma finalidade específica previamente definida. Este escopo ajusta-se ao caráter não comercial dessa espécie de televisão, expressamente reconhecido no parágrafo único do art. 13 do aludido Decreto-lei, e cuja exploração somente pode ser realizada pela União, Estados, Territórios e Municípios, ou universidades brasileiras e fundações constituídas no Brasil, cujos estatutos não contrariem o CBT (art. 14).

Em razão desse tipo de concessão não ter caráter comercial, não há necessidade de acomodação entre o objetivo de lucro visado pelas emissoras comerciais e o interesse público subjacente à prestação do serviço público. Prestigia-se, primordialmente, este segundo aspecto.³⁵³ A proibição de publicidade comercial e patrocínio na televisão educativa (art. 13,

³⁵³FARACO, A. D. (op. cit., p. 240-241) registra que as principais televisões educativas instituídas pelo Poder Público são diretamente vinculadas a órgãos do Poder Executivo, sujeitas ao controle e à interferência desse último. Por este motivo estas televisões educativas não podem ser incluídas na categoria de “televisão

parágrafo único)³⁵⁴ reforça esta constatação, sabido que a receita das emissoras comerciais provém principalmente dos anunciantes.³⁵⁵

Logo, somente seria acertado concluir que o art. 13, *caput*, do Decreto-lei 236 não foi recepcionado pela CF se a televisão educativa fosse a única modalidade de radiodifusão de sons e imagens passível de execução pelo ordenamento jurídico. Neste caso, o conteúdo do art. 221, inciso I, da CF, ficaria totalmente esvaziado. No entanto, àqueles que não quiserem se sujeitar ao regime jurídico imposto pelo Decreto-lei 236, há a possibilidade de execução do serviço público de forma comercial, submetendo-se, aí, às restrições tratadas no art. 221 da CF e demais disposições aplicáveis à espécie.

3.3 O direito à informação verdadeira

Além das restrições à programação televisiva enumeradas anteriormente, há outra que alcança somente o direito de informação em sentido estrito. Trata-se da exigência de veracidade da notícia. Esta questão foi abordada na seção 2, razão pela qual torna-se desnecessário, aqui, retomar toda aquela discussão.

A importância da informação para a sociedade também foi repetidamente sublinhada no decorrer desta dissertação. A manipulação da informação é uma forma de manipular a sociedade, o seu pensamento, as suas atitudes, as suas convicções. Daí ressalta a necessidade do emissor de uma notícia certificar-se da verdade dos fatos por ele divulgados.

pública”, por lhes faltar um requisito essencial para este enquadramento: a independência efetiva em relação ao governo.

354A Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, abriu, através de seu art. 19, uma exceção à regra da proibição de publicidade comercial nas televisões educativas, ao dispor que “as entidades [organizações sociais] que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos.”

355No julgamento do Mandado de Segurança Coletivo nº 5.307-DF impetrado pela Associação Nacional de Televisões Educativas e Comunitárias (ANTEC) em face do Ministro do Estado das Comunicações, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a televisão educativa é uma espécie de serviço público e, portanto, subordina-se a um regime jurídico de direito público, com absoluta vinculação às normas constitucionais, legais e contratuais pertinentes. Assim, o STJ entendeu legítima a proibição de publicidade comercial nas televisões educativas e, conseqüentemente, denegou a ordem buscada pela ANTEC, consistente no impedimento de autuação das emissoras educativas que veiculassem publicidade comercial. Decisão publicada no Diário de Justiça de 2-8-1999. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 set. 2010.

Este dever de veracidade, como visto na seção 2, incide sob uma perspectiva subjetiva, isto é, exige daquele que irá divulgar uma notícia com transcendência pública agir de forma diligente, de modo a buscar a prévia confirmação da veracidade da notícia por diferentes meios. Se cumprido a contento este dever de diligência, ainda que posteriormente a notícia divulgada se revele em desconformidade com a realidade objetiva, o emissor terá satisfeito o seu ônus da veracidade.

Em obra dedicada ao tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³⁵⁶ sustenta, a nosso ver com razão, a existência de um direito difuso à informação verdadeira:

Uma vez optando o órgão da imprensa pela publicação da matéria jornalística, surge para o leitor um direito: o direito à informação verdadeira.

A liberdade de expressão, quando galgada ao patamar de direito constitucional de livre imprensa, não pode deixar de ser autêntica, verdadeira, completa.

Interessante notar que o mencionado autor defende, no trecho acima, que além de ser “autêntica”, “verdadeira”, a notícia deve ser “completa”. Esta referência é pertinente. A omissão intencional de dados essenciais para a compreensão do contexto de determinados fatos pode ter por propósito distorcê-los na visão do público. Nesta hipótese, a informação incompleta equivale a uma informação falsa, pois ambas causam os mesmos efeitos perniciosos a uma sociedade de massas que hoje é escrava da informação.

A realçar o caráter difuso do direito à informação, Gilberto Haddad Jabur *apud* Fábio Henrique Podestá assevera que

“o direito à informação parece-nos constituir espécie de direitos 'coletivos', em sua larga acepção. Tem natureza 'difusa', consoante deflui do art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor. O principal argumento dessa concepção encontra-se na pulverização dos destinatários da notícia – 'bem', via de regra consumível, porque, sendo tangível e dentro do comércio, adquire a feição de produto. Os receptores estão espalhados em plúrimos locais e em diversas comunidades. Não são determinados nem sequer determináveis. Encontram-se em estado 'fluido', ou seja, dispersos; por isso a 'transindividualidade'. Reside justamente aí o caráter da 'ocasionalidade', tão forte nesta espécie coletiva. Não há, assim, qualquer ligação jurídica preexistente entre as vítimas do mesmo evento. Esse aspecto prepondera e qualifica os direitos difusos (...)”³⁵⁷

Destarte, a veiculação de notícia falsa pelos meios de comunicação social, dentre os quais a televisão, acarreta lesão a toda a coletividade, reparável pelos instrumentos colocados à disposição para a defesa dos interesses transindividuais, dentre os quais a ação

³⁵⁶Op. cit., p. 91.

³⁵⁷PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 120.

civil pública. “Mesmo que o órgão da imprensa demonstre ter agido sem dolo ou sem culpa, o dever de publicar a notícia verdadeira persiste, pois o que preside a resolução deste conflito é o direito do público de ser informado.”³⁵⁸

3.4 A programação televisiva e o Código de Defesa e Proteção do Consumidor

A defesa do consumidor é uma exigência decorrente dos imperativos consignados no art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da CF. Para conferir efetividade a este mandamento constitucional foi editada a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que ficou conhecida como Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC). Este diploma legal inovou em inúmeros aspectos ao contemplar diversos mecanismos de vanguarda para possibilitar a defesa e a proteção da forma mais ampla, completa e efetiva possível dos consumidores, considerados a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Dentre os salutaros mecanismos de direito material e processual previstos no CDC, podem ser citados, a título meramente exemplificativo: a) a adoção de um amplo conceito de consumidor, inclusive por equiparação (previstos nos art. 2º e seu parágrafo único, art. 17 e art. 29); b) a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII); c) a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, como regra (arts. 12 e 14); d) a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (art. 28); e) a criação de um microsistema de defesa coletiva do consumidor em juízo (arts. 81 a 104), que se integra e se interrelaciona reciprocamente com as disposições da Lei de Ação Civil Pública (art. 117 do CDC e art. 21 da Lei 7.347/85), formando um microsistema processual de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No tópico 1.4.2 desta dissertação demonstrou-se que, por expressa opção do Poder Constituinte originário, as atividades de radiodifusão de sons (rádio) e de sons e imagens (televisão) foram qualificadas como serviços públicos, titularizados pela União, mas cuja execução pode ser delegada a particulares através de concessão, permissão ou autorização.

358CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 144.

Em apenas um artigo o CDC fez expressa menção às empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, impondo-lhes obrigações específicas. Trata-se do art. 22, *caput*, que estipula a obrigação das empresas delegatárias de serviços públicos a fornecerem serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nesta mesma linha, mas sem menção expressa às empresas delegatárias, o art. 6º, X, do CDC, declara como direito básico do consumidor a prestação adequada e eficaz dos serviços públicos em geral. A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que disciplinou o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF, define “serviço adequado” em seu art. 6º, § 1º, como sendo aquele “[...] que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” Todavia, este conceito legal parece ser inaplicável aos serviços públicos de radiodifusão (rádio e televisão), uma vez que o art. 41 da Lei 8.987/95 excluiu tais serviços de seu âmbito normativo.

Não obstante a menção específica às obrigações de empresas delegatárias de serviços somente nos artigos acima, todas as disposições do CDC são aplicáveis às emissoras de televisão, desde que compatíveis com o regime jurídico a elas atribuído pela CF. Dentre as normas do CDC que não se aplicam às emissoras de televisão, por incompatibilidade com a CF, podem ser citadas as sanções administrativas de “suspensão de fornecimento do serviço” (arts. 56, VI e 58), de “revogação de concessão ou permissão de uso” - do espectro de radiofrequência, no caso das emissoras televisivas - (arts. 56, VIII e 58), e de cassação da concessão do serviço público (art. 59, § 1º). Estas sanções dependem, no nosso entendimento, de decisão judicial, inclusive por exigência constitucional expressa em relação à última sanção citada (cassação da concessão), consoante o art. 223, § 4º, da CF. Além disto, o art. 22, *caput*, do CDC, teve a sua aplicação reduzida, de forma indireta, quando se trata dos serviços públicos de radiodifusão de sons e de sons e imagens, haja vista que a Lei 8.987/95, que definiu o conceito de serviço adequado (art. 6º, § 1º), parece não incidir para essa espécie de serviços, por força de seu art. 41, conforme mencionado acima.

Feitas as ressalvas acima, há de convir que todos os elementos que caracterizam uma relação de consumo encontram-se presentes nas atividades exercidas pelas emissoras de televisão aberta. Consequentemente, o desrespeito às obrigações impostas pelo CDC³⁵⁹, por parte das prestadoras desse serviço, poderá ensejar o cumprimento forçado e a

359Nessa linha, Podestá, F. H. (op. cit., p. 131) sustenta que os mandamentos do art. 4º do CDC deverão balizar

reparação dos danos eventualmente causados aos consumidores (os telespectadores), sem prejuízo da adoção de outros mecanismos de proteção, defesa ou compensação previstos no CDC.

Com efeito, as empresas delegatárias de serviços públicos enquadram-se no amplo conceito de fornecedor do art. 3º do CDC³⁶⁰, pois consoante esclarece José Geraldo Brito Filomeno, um dos autores do anteprojeto do CDC,

[...] o fornecedor pode ser público ou privado, entendendo-se no primeiro caso o próprio Poder Público, por si ou então por suas empresas públicas que desenvolvam atividade de produção, ou ainda as concessionárias de serviços públicos, sobrelevando-se salientar nesse aspecto que um dos direitos do consumidor consagrados no art. 6º, mais precisamente em seu inc. X, é a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.³⁶¹

Por outro lado, o telespectador ajusta-se perfeitamente nos diversos conceitos de consumidor, seja porque é o público-alvo e destinatário final dos programas televisivos (art. 2º e seu parágrafo único), seja porque pode ser lesado em seus bens jurídicos pessoais ou coletivos em virtude de conteúdos televisivos constitucionalmente inadequados (art. 17), seja ainda porque é exposto, ainda que não seja seu desejo, às práticas comerciais da televisão, sobretudo as relativas à publicidade (art. 29). Encontra-se presente, ainda, o elemento objetivo finalístico ou teleológico exigido pelo art. 2º do CDC, eis que o telespectador é o destinatário final do serviço prestado pelas emissoras de televisão. Destarte, estão presentes todos os elementos da relação de consumo – o fornecedor, o consumidor e o serviço (público) - e, por consequência, as emissoras de televisão encontram-se sujeitas às disposições do CDC.³⁶² Embora adotando premissas mais gerais, Fábio Henrique Podestá³⁶³, em estudo monográfico sobre o tema, também conclui pela aplicabilidade do CDC aos meios de comunicação em geral, no tocante às suas atividades de fornecimento de informações ao público.

a qualidade e da produção e programação da televisão. Estabelece referido dispositivo legal que: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]”.

360“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

361GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 43.

362Também compartilha este entendimento CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 112-113.

363Op. cit., p. 119-120.

O principal argumento que poderia ser deduzido contra o entendimento acima refere-se à onerosidade do serviço, uma vez que os consumidores (telespectadores) não são obrigados a pagar uma contraprestação às emissoras pelo recebimento da programação. Esta objeção já foi superada no tópico 1.4.3, onde foi assentado que a remuneração das emissoras de televisão provém da receita obtida dos anunciantes, com a venda de espaços publicitários na grade de programação.

[...] reitere-se o novo paradigma instituído pelas relações de consumo, que não mais permite a compreensão de que o serviço ou produto envolva uma remuneração com base na teoria geral dos contratos e dentro da classificação tradicional “onerosos e gratuitos”, aspectos que impõem considerar que o pagamento pode ocorrer mesmo de maneira indireta, ou seja, a contraprestação não se dá unicamente pela forma pecuniária, mas também envolve qualquer espécie de lucro ou benefício que decorra da atividade exercida e desenvolvida pelo fornecedor no mercado de consumo.³⁶⁴

Sob a perspectiva da defesa do consumidor, as lesões a direitos previstos no CDC, causadas pela veiculação, na televisão, de conteúdos inapropriados, nem sempre terão uma feição coletiva, embora seja esta a hipótese mais recorrente. Este caráter coletivo é especialmente notado no campo da publicidade comercial. A veiculação de um anúncio publicitário com conteúdo enganoso ou abusivo, na forma proscribida pelo art. 37, §§ 1º e 2º, do CDC, por exemplo, ofende um direito básico do consumidor (art. 6º, IV, do CDC) sob uma perspectiva difusa, pois aquela conduta da emissora lesará o direito de todos aqueles que tiverem acesso à publicidade abusiva, ao assistirem o anúncio em suas casas, no trabalho, no comércio ou em qualquer outro local onde esteja ligado um aparelho de televisor sintonizado no canal no exato momento da veiculação do anúncio.

Por isso, com base na percepção do papel da publicidade na sociedade de massas, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin anota que

[...] a publicidade, embora ainda enxergada como mercadologicamente importante, passa a ser igualmente vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos. É em razão dessa nova perspectiva que se torna admissível a postulação – e deferimento – de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva), mesmo quando inexistente qualquer dano individual concretizado e identificado.³⁶⁵

À luz dos parâmetros constitucionais da programação televisiva estipulados no art. 221 da CF também é possível se falar em um interesse difuso na qualidade da programação, sob a perspectiva da relação de consumo que se estabelece entre a emissora de

364PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 121.

365GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 305.

televisão e os telespectadores. Esta a conclusão de Marcelo Dawalibi, ao considerar que

[...] se existe essa relação de consumo, que tem, de um lado, como fornecedor, a concessionária do serviço de radiodifusão e comunicação audiovisual, e de outro lado consumidores indeterminados, caracteriza-se plenamente um interesse difuso na qualidade da programação. Reúnem-se, na hipótese em testilha, todos os elementos caracterizadores dessa categoria de interesses metaindividuais: direitos (ou expectativas de direitos, ou valores) de natureza indivisível, cujos titulares são sujeitos indeterminados, ligados por relação meramente fática.³⁶⁶

Igual entendimento foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 436.135/SP. Na hipótese, uma associação de consumidores ajuizou ação judicial objetivando corrigir práticas alegadamente abusivas em detrimento dos consumidores, cometidas por intermédio de programa televisivo intitulado “Show do Milhão”, transmitido pela Rede SBT de Televisão. Segundo consta, para a participação no referido programa cujas premiações poderiam alcançar a cifra de um milhão de reais, era necessário o preenchimento e o envio de um cupom existente no interior de uma revista comercializada onerosamente, bem como a prévia submissão a um “teste” por telefone, cujas regras não eram claras e transparentes ao público em geral. Extrai-se do voto do relator do acórdão, ministro Ruy Rosado de Aguiar, que malgrado houvesse a cobrança para a aquisição da revista como requisito para a participação no programa, a relação que se verifica entre a emissora de televisão e os telespectadores caracteriza uma autêntica relação de consumo, independentemente de eventual contraprestação pecuniária paga por estes últimos, pois a emissora é “remunerada” indiretamente através dos índices de audiência alcançados pelas atrações. Confira-se trecho do aludido voto:

O relacionamento entre o canal de televisão e seu público caracteriza uma relação de consumo, na qual a emissora presta um serviço ao espectador e se beneficia com a audiência, em razão da qual auferir renda. Portanto, nessa atividade deve manter obediência aos princípios de moralidade e transparência, exigida de qualquer entidade que atua junto ao público. No caso dos autos, o programa televisivo incentivava a certa despesa (ao que parece em favor de empresa do mesmo grupo), com a aquisição de uma revista por R\$ 3,00, requisito para participar de um sorteio que se processa por critérios desconhecidos. Parece bem evidente que há a venda de uma ilusão, em proveito de alguns e em prejuízo de quem acredita estar concorrendo efetivamente a um prêmio.³⁶⁷ (grifo nosso).

³⁶⁶DAWALIBI, M. op. cit., p. 420.

³⁶⁷Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Recurso Especial nº 436.135/SP. Recorrente: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A e Outro. Recorrido: Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ANADEC. Data do julgamento: 17 jun. 2003. Publicado em 12 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 dez. 2010.

O acórdão do julgado recebeu a seguinte ementa:

“TELEVISÃO. 'SHOW DO MILHÃO'. Código de Defesa do Consumidor. Prática abusiva. A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. Recurso não conhecido.”

Importante consequência decorrente da aplicação das normas materiais do CDC às atividades das emissoras de televisão aberta concerne à responsabilidade civil na prestação do serviço aos telespectadores. Em virtude do disposto no art. 37, § 6º³⁶⁸, da CF, as empresas de radiodifusão de sons e imagens, por serem constitucionalmente qualificadas como concessionárias de serviços públicos, devem responder objetivamente pelos danos causados a terceiros, aí incluídos os telespectadores. O CDC adota o mesmo sistema de responsabilidade civil em relação aos prestadores de serviços em geral, ao preconizar que os fornecedores devem responder objetivamente pelos defeitos nos serviços que prestar (art. 14, *caput*, e § 1º), ressalvada a responsabilidade dos profissionais liberais, que será subjetiva (art. 14, § 4º).

Repita-se, uma vez mais, que as empresas prestadoras de serviços públicos também encontram-se submetidas às disposições do CDC, por expressa determinação de seu art. 22. Deste modo, as normas relativas à responsabilidade civil previstas naquele *codex* devem ser aplicadas às emissoras de televisão aberta em relação aos conteúdos televisivos por elas veiculados, mormente por não existir nenhuma regulamentação especial sobre este assunto em diplomas legais específicos.³⁶⁹ Esta realidade não fugiu à argúcia de Zelmo Denari, para quem

A responsabilidade por danos do prestador de serviços não envolve somente as empresas ligadas à iniciativa privada. O art. 22 do CDC estende essa responsabilidade aos órgãos públicos, vale dizer, aos entes administrativos centralizados ou descentralizados. Além da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, estão envolvidas as respectivas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, **inclusive as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.**³⁷⁰ (grifo nosso).

Poder-se-ia questionar, então, qual a vantagem na aplicação das regras de responsabilidade civil do CDC às emissoras de televisão aberta, uma vez que a própria CF já determina que estas respondam objetivamente pelos danos que vierem a causar. A incidência

368“§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

369A vetusta Lei de Imprensa (nº 5.250/67) contém algumas disposições acerca da responsabilidade civil em razão de abusos no exercício da liberdade de expressão e informação, especialmente em seu Capítulo VI (arts. 49 a 57). Entretanto, este diploma normativo adota como regra a responsabilidade subjetiva (art. 49), o que, de plano, afasta a sua aplicabilidade às empresas de radiodifusão de sons e imagens após a Constituição Federal de 1988, por ser incompatível com o regime de responsabilidade objetiva definido pela atual ordem constitucional. De qualquer maneira, consoante assinalado anteriormente, o STF, em recente julgamento da ADPF nº 130, declarou a Lei de Imprensa (nº 5.250/67) não recepcionada em sua integralidade pela CF de 1988, o que torna estéril eventual pretensão de sua incidência aos serviços de radiodifusão.

370GRINOVER, Ada Pellegrini et al. op. cit., p. 195-196.

do CDC às hipóteses dessa espécie tem a virtude de facilitar a aplicação da responsabilidade civil objetiva aos casos concretos, por ter aquele diploma legal densificado a norma constitucional no aspecto. Eis o teor do art. 14 do CDC:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Note-se que o *caput* do art. 14 estabelece a obrigação objetiva de indenizar não apenas em virtude de defeitos na prestação dos serviços, mas também por “informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Esta disposição final possui acentuada relevância no tocante aos serviços prestados pelas emissoras de televisão, mormente ao se lembrar do mecanismo da classificação indicativa e de sua importância para a proteção do público infanto-juvenil. Assim, caso uma emissora de televisão olvide a sua obrigação de apresentar, previamente à atração exibida, o aviso relativo à classificação indicativa (faixa etária para a qual a atração é recomendada e a eventual existência de cenas de sexo e/ou violência), ela responderá pelos danos (morais coletivos) causados ao público telespectador, independentemente de culpa, sem prejuízo das demais sanções previstas no art. 254 do ECA.

Conclui-se, portanto, que sem prejuízo dos demais diplomas que regulam a atividade de radiodifusão de sons e imagens (sobretudo o CBT), as normas do CDC também são aplicáveis à atividade televisiva, inclusive no que diz respeito à sua programação, na ausência de normas especiais relativas à matéria.³⁷¹

371 Opinião parcialmente divergente é manifestada por BITELLI, M. A. S. (op. cit., p. 103-104; 216-222), que sustenta que somente as normas processuais do CDC – que, no mais, se aplicam a todos os direitos coletivos *lato sensu* – teriam aplicação às atividades de radiodifusão. Referido autor alude à existência de um subsistema jurídico da comunicação social em nosso ordenamento jurídico, formado por normas que regulam especificamente esta matéria, como o CBT e a Lei 9.472/97. Assim, as normas de cunho material do CDC não seriam aplicáveis à televisão, face à existência de normas especiais. Sobre a possibilidade de aplicação das normas materiais do CDC ao preconizado pelo art. 221 da CF, BITELLI, M. A. S. (ibidem, p. 220) entende que “[...] falta lei que defina direitos materiais e adjetivos sobre o assunto, inclusive identificando os

4 INSTRUMENTOS PARA ASSEGURAR O RESPEITO À CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROGRAMAÇÃO TELEVISIVA

Embora esta seja a realidade desejável, o cumprimento voluntário das normas constitucionais que configuram a programação televisiva nem sempre ocorre na prática. A partir desta constatação, revela-se necessária a existência de mecanismos que garantam a plena observância, pelas emissoras de televisão, do regramento constitucional imposto à programação televisiva, mormente em relação ao preconizado no § 3º do art. 220 e no art. 221, ambos da CF. Impende, neste passo, registrar a salutar advertência de Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli:

Na era da sociedade da informação a dignidade da pessoa humana pode ser afetada nos dois extremos: a) no excesso de controle – hipótese em que a livre formação da consciência estaria irremediavelmente afetada; b) na falta de possibilidade de controle – hipótese em que a pessoa estaria irremediavelmente desguarnecida.³⁷²

O estudo dos mecanismos para esse controle será o objeto da análise que se fará a seguir.

4.1 Mecanismos não-judiciais

Algumas hipóteses em que o Poder Executivo tem o poder-dever de atuar visando a observância das normas constitucionais e legais que configuram a programação televisiva já foram tratadas anteriormente, nos tópicos 3.1.1 e 3.1.2, aos quais ora nos reportamos. Nestes casos, tendo o legislador infraconstitucional atendido aos mandamentos constitucionais pertinentes (arts. 21, XVI; 220, § 3º), com a edição de legislação que densifica aludidos preceitos da CF, tem a Administração Pública parâmetros suficientes para fazer atuar, nos casos concretos, a vontade da lei.

Com efeito, a intervenção estatal com o objetivo de velar pelo cumprimento da

difusos, coletivos e individuais adicionais que possam ser regulados.” Entendemos que o equívoco deste autor consiste em não admitir sequer a aplicação subsidiária das disposições materiais do CDC, o que muitas vezes será possível e necessário para a defesa e a proteção dos telespectadores.
372BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 149.

classificação indicativa de programas televisivos decorre do poder de polícia conferido à Administração Pública, que se pautará pelas normas legalmente fixadas. Deve ser lembrado que a CF atribuiu expressamente à União a competência material para promover a classificação indicativa dos programas de rádio e televisão (art. 21, XVI). Atualmente esta atividade é exercida por um órgão do Ministério da Justiça, que orienta a sua atuação pela Portaria MJ nº 1.220, de 2007, ato infralegal editado após o ECA ter regulado, especialmente em seus arts. 74 e 76, o mecanismo da classificação indicativa, em atenção ao comando constitucional insculpido no art. 220, § 3º.

A Portaria MJ nº 1.220, de 2007, no entanto, não prevê sanções aplicáveis diretamente pelo Ministério da Justiça à emissora de televisão no caso de inadequação ou descumprimento da classificação indicativa. Constatando estas hipóteses, o Ministério da Justiça deverá apenas comunicar ao Ministério Público e “demais órgãos competentes” (art. 22). De fato, não poderia mesmo a Portaria estabelecer mecanismos sancionatórios em desconformidade com a lei que lhe dá suporte, pois cuida-se de matéria submetida à reserva legal. As sanções pelo descumprimento da classificação indicativa encontram-se regulamentadas no ECA, que estabelece, em seu art. 254, pena de “multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias”³⁷³, no caso da emissora transmitir o programa em horário diverso do autorizado ou sem o aviso de sua classificação. A competência para aplicação desta sanção administrativa é do juiz da infância e juventude, que, na espécie, não atua em função jurisdicional propriamente dita, mas em uma atribuição de cunho administrativo, por força do disposto nos arts. 148, VI e 194 a 197 do ECA.

A inobservância da classificação indicativa estabelecida para a exibição de determinados filmes ensejaram a aplicação de multa, fixada em seu valor máximo, a uma grande rede de televisão brasileira, imposta mediante decisão judicial de primeiro grau confirmada em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Na espécie, a emissora transmitira no período da tarde, por cinco vezes, os filmes intitulados “Brinquedo Assassino” e “Brinquedo Assassino II”, os quais contêm inúmeras cenas de exacerbada

³⁷³Consoante registrado anteriormente, a expressão “suspensão da programação da emissora por até dois” teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo STF na ADI nº 869-2/DF. Segundo consta da ementa do acórdão, a inconstitucionalidade teria sido reconhecida em virtude desta sanção comportar uma restrição à liberdade de expressão não prevista pela CF; no entanto, a leitura dos votos de todos os ministros que participaram do julgamento revela que muitos deles não entraram nesse mérito, pois declararam a inconstitucionalidade com fundamento na impossibilidade de penalidade desta envergadura ser aplicada administrativamente.

violência, com desrespeito à classificação indicativa então fixada pelo Ministério da Justiça. O acórdão de julgamento da apelação cível foi assim ementado:

ECA. Exibição de filmes com cenas de violência durante a tarde. Ameaça e violação aos direitos da criança a ser impedida. Sentença de procedência. Prova da exibição dos filmes em vários dos dias apontados. Contrariedade ao disposto nos arts. 76 e 254 do ECA. Apelo não provido.³⁷⁴

Questão mais complexa, polêmica e problemática diz respeito à possibilidade da Administração Pública intervir na atividade de televisão - especialmente nos aspectos pertinentes ao conteúdo da programação veiculada - com fundamento exclusivo na titularidade do serviço público e no correspondente instrumento de delegação firmado com a emissora privada.

O regime jurídico geral da delegação de serviços públicos através dos institutos da autorização, permissão e concessão – mormente este último – foi abordado no tópico 1.4.3. Naquela oportunidade foram destacadas as principais características do instituto da concessão (a hibridez do regime jurídico, a finalidade pública, a compatibilização de interesses do Poder concedente e do concessionário, o poder de controle da Administração pública etc.), as quais também se aplicam aos institutos da autorização e da permissão.

Cumpra agora demonstrar quais os principais efeitos para a programação televisiva em virtude do fato da atividade de radiodifusão de sons e imagens constituir uma delegação do Poder Público.

Quando da abordagem do regime jurídico geral da concessão, enfatizou-se que a principal característica que a diferencia dos negócios de direito privado é a existência de prerrogativas especiais gozadas pelo Poder concedente, que o coloca em posição de superioridade em relação ao delegatário. Essas prerrogativas, expressas pelas chamadas “cláusulas exorbitantes”, têm por finalidade possibilitar à Administração Pública o atingimento do interesse público, objetivo principal por ela visado na prestação do serviço público. Dentre as principais “cláusulas exorbitantes” de que dispõe o Poder concedente no regime jurídico da concessão podem ser citadas as que permitem a alteração ou a rescisão unilateral do contrato e a aplicação de sanções administrativas.

³⁷⁴Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Des. Alvaro Lazzarini. Apelação Cível nº 59.825-0/1-00. Voto nº 19.630. Apelante: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A. Apelado: Promotor da Infância e Juventude de Osasco. Data do julgamento: 12 jul. 2001. Disponível em: <<http://www.tj.sp.jus.br>>. Acesso em 21 dez. 2010.

Contudo, consignou-se anteriormente (tópico 1.4.3) o caráter *sui generis* dos serviços públicos de radiodifusão de sons e de sons e imagens, haja vista que inúmeras normas constitucionais aplicáveis a esta atividade não são compatíveis com o regramento geral de delegação de serviços públicos. Esta parcial incompatibilidade ensejou, inclusive, a exclusão das atividades de radiodifusão do âmbito de incidência da Lei 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da CF, a qual traçou o regime geral de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

De fato, quando da análise da liberdade de expressão e informação foram destacados inúmeros dispositivos da CF que asseguram, *prima facie*, o livre desenvolvimento das atividades exercidas pelos meios de comunicação social para a plena satisfação das dimensões subjetiva e objetiva daquele direito fundamental. Destacou-se, ademais, que a vedação constitucional à censura prevista especificamente no art. 220, § 2º, evidencia o propósito do legislador constitucional em assegurar a independência dos meios de comunicação social em relação a qualquer tipo de controle, quanto aos conteúdos veiculados, que não tenha fundamento constitucional. A importância para a democracia de meios de comunicação social que não sejam subservientes ou de qualquer forma dependentes do poder político ou de outras formas de dominação foi reiteradamente realçada nesta dissertação. Estas considerações são suficientes para afastar a possibilidade de aplicar-se à delegação do serviço de televisão cláusulas exorbitantes que não se ajustem à conformação constitucional da liberdade de expressão e informação quando exercida pela televisão, não ao menos na forma verificada na generalidade das concessões e permissões de serviços públicos.³⁷⁵

Veja-se, neste sentido, que a cláusula exorbitante de rescisão unilateral do contrato, presente nas demais espécies de delegação do serviço público, encontra, nos serviços de televisão, óbice intransponível fixado pelo art. 223, § 4º, da CF, que submete à reserva de jurisdição o cancelamento da concessão ou permissão antes de vencido o seu prazo.

Por outro lado, a admissão de cláusula exorbitante que permita a alteração unilateral do contrato de forma ampla pelo Poder Executivo poderia ser utilizada como uma “arma” para a permanente coação moral da emissora de televisão, pois bastaria a esta contrariar o interesse do governante para sujeitar-se a sofrer uma alteração desvantajosa nas condições de exploração da atividade.

³⁷⁵Nesse sentido: FONTES JUNIOR, J. B. A. op. cit., p. 59; CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M. op. cit., p. 27.

Esta constatação fica ainda mais evidente ao se lembrar que as normas do art. 220 da CF visam conformar a garantia institucional de uma imprensa livre³⁷⁶, a fim de impedir seja esta instituição desfigurada pelo legislador ordinário. Com muito mais razão a deformação da instituição protegida não se pode dar através de um contrato ou por ato unilateral da Administração Pública.

Mas esta impossibilidade em se admitir as denominadas cláusulas exorbitantes na delegação dos serviços de radiodifusão na mesma proporção com que essas incidem nos demais serviços públicos não significa que a natureza jurídica da atividade de televisão não tenha qualquer repercussão jurídica em relação aos conteúdos veiculados.

Porquanto qualificadas pela CF como serviço público, as atividades de radiodifusão de sons e imagens têm embutida a obrigação de atendimento do interesse público primário. Sob esta perspectiva, o art. 221 da CF contém determinações que conformam a execução desse serviço público, fixadas pelo legislador constituinte com o objetivo de buscar a satisfação do interesse público primário. “[S]e o serviço de radiodifusão tem natureza eminentemente pública, dotada pelo regime de concessão ou permissão, é inequívoco que tal serviço deva atender a sua principal finalidade social, que é informar e ser informado de acordo com os princípios constitucionais [...]”³⁷⁷.

As disposições constitucionais e legais pertinentes ao serviço público concedido integram o respectivo contrato de delegação, independentemente de estipulação expressa no instrumento contratual. Esta observação vale tanto para as normas que asseguram os direitos e liberdades do delegatário como para as normas que imponham restrições àqueles direitos e liberdades. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar das normas decorrentes do poder regulamentar da Administração Pública concedente, esclarece que

Essa parte é disciplinada unilateralmente pelo Poder Público [e] impõe-se ao particular não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder regulamentar da Administração. Muitas vezes, essas normas constam da própria lei que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes. Essa parte regulamentar da concessão, que diz respeito à forma de gestão do serviço, consta das chamadas cláusulas regulamentares do contrato de concessão. Elas definem o objeto, a forma de execução, a fiscalização, os direitos e deveres das partes, as hipóteses de rescisão, as penalidades, os direitos dos

376Conforme tópico 2.4.4.

377PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 193.

usuários etc.³⁷⁸

Logo, ainda que não conste expressamente do contrato de delegação do serviço de radiodifusão de sons e imagens o dever da entidade delegatária em observar o disposto no art. 221 da CF, estará ela adstrita ao respeito a esse comando constitucional, o qual contém parâmetros a serem observados na produção e na programação das emissoras de televisão.

Obviamente que, para produzirem efeitos jurídicos e vincularem os seus destinatários, as normas constitucionais ou legais não necessitam ser repetidas no contrato de concessão ou permissão. Estas consequências decorrem da imperatividade das normas jurídicas, característica que as diferenciam de normas morais ou éticas. No entanto, aquela constatação reforça a ideia de que a delegação do serviço público visa, a um só tempo, contemplar os interesses do delegatário e o atendimento de uma finalidade pública, com ênfase para esta última.

Nessa linha de raciocínio, admite-se a inclusão, no instrumento de delegação (contrato de concessão, permissão ou autorização), de cláusulas específicas que tenham por objetivo a concretização dos mandamentos do art. 221 da CF, desde que também estejam amparadas por lei infraconstitucional. Nesta hipótese terá o Poder concedente a prerrogativa de velar pelo cumprimento dessas cláusulas específicas, porém poderá fazê-lo somente de forma repressiva, isto é, após a transmissão do programa, mediante a imposição das sanções cabíveis ou até mesmo o ajuizamento de ação judicial para o cancelamento da delegação do serviço público. Evidentemente, as cláusulas específicas inseridas no instrumento de delegação e a atividade repressiva com base nelas exercida pelo Poder Público poderão ser questionados perante o Poder Judiciário.

Em algumas hipóteses específicas, como é o caso da televisão educativa (tópico 3.2.2), são impostas restrições mais amplas às emissoras, como a obrigação de veiculação de programas exclusivamente educacionais e a vedação de transmissão de publicidade, em razão do caráter não-comercial daquela atividade (art. 13 e parágrafo único do Decreto-lei 236/67).

Em síntese, entendemos que a qualificação das atividades de radiodifusão de sons e imagens como serviços públicos evidencia a finalidade pública que não pode ser olvidada na exploração dessa atividade, mas não é suficiente para, por si só, legitimar o

378Op. cit., 2006, p. 95.

controle estatal na programação veiculada pelas emissoras de televisão aberta, ressalvadas situações específicas, como a televisão educativa.

Outrossim, diante de todas as peculiaridades da configuração constitucional das atividades de rádio e televisão, associadas ao fato de que o art. 221 da CF utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados na formulação de seus incisos, os quais encontram pouca densificação no âmbito infraconstitucional, questiona-se quem então seria o órgão responsável por fiscalizar, coibir e sancionar os abusos cometidos na programação televisiva.³⁷⁹

Em diversos países esta missão é cometida a um órgão administrativo próprio, que, no cumprimento de seu mister e quanto aos aspectos técnicos, não se subordina ao governo.

[...] em Portugal a Constituição consagrou a *Alta Autoridade para a Comunicação Social* como órgão independente e responsável pela manutenção da autonomia dos *media* ante o poder político e o poder econômico, bem como pela possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião (art. 39); na Itália a legislação criou a *Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, com competência para fiscalizar a infra-estrutura, os serviços e os produtos (conteúdo da programação) dos veículos de comunicação, além dotá-la [sic] de poderes antitrustes; na França instituiu-se o *Conseilho Superior de Audiovisual* com a incumbência de fiscalizar a atividade de radiodifusão, controlar as normas em matéria de publicidade, além de dispor de poderes consultivos na elaboração de normas técnicas para o sistema de comunicação; na Inglaterra foi organizado o *Independent [sic] Television Commission*, ente público que concede e revoga as licenças para os operadores privados de radiodifusão, controla a qualidade das transmissões e assegura *fair and effective competition* na oferta de serviços de mídia eletrônica; na Holanda foi estruturada a *Comissão para os media* (Commissariaat voor de Media), considerada um modelo de autoridade administrativa independente, que tem essencialmente como competência a vigilância e o controle das normas que regulam o setor de radiodifusão, bem como poderes sancionadores; nos Estados Unidos existe a *Federal Communication Commission*, uma *independent regulatory [sic] agency*, com funções administrativas, reguladoras, sancionadoras, jurisdicionais e investigadoras, no âmbito da comunicação social (g.n.)³⁸⁰

No Chile a Lei nº 18838 criou o Conselho Nacional de Televisão, órgão a quem atribuiu a incumbência de

[...] velar pelo correto funcionamento dos serviços de televisão, e, para tal fim, terá sua supervigilância e fiscalização, quanto ao conteúdo das emissões que através

379CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op. cit., p. 17), baseados na Constituição portuguesa de 1976, ressaltam a dificuldade da legitimação do controle social dos meios de comunicação, pois a vedação à censura (em sentido amplo) associada à própria força normativa da liberdade de expressão geram, em suas percepções, “uma forte presunção de inconstitucionalidade sobre todas as formas de restrição à liberdade de expressão.” Além disto, estes autores (ibid., p. 90) defendem que “[...] o controle estadual dos operadores privados deve ser manifestamente externo e de *ultima ratio*, centrado mais na observância de requisitos legais claramente identificáveis e mensuráveis, do que em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, como dignidade da pessoa humana, moral pública, obscenidade, proteção da juventude, etc.”

380FARIAS, E. op. cit., p. 226-227.

deles se efetuem, em conformidade com as normas desta lei. Entender-se-á por correto funcionamento desses serviços o permanente respeito, através de sua programação, aos valores morais e culturais próprios da Nação, à dignidade das pessoas, à proteção da família; ao pluralismo; à democracia; à paz; à proteção de meio ambiente; e à formação espiritual e intelectual da infância e da juventude dentro deste marco de valores.³⁸¹

Com efeito, até mesmo nos Estados Unidos da América (EUA), país onde a liberdade de expressão tende a ser interpretada da forma mais ampla possível em razão do disposto na Primeira Emenda³⁸² de sua constituição, admite-se a intervenção de um órgão independente com relação aos conteúdos veiculados pelas emissoras de televisão.³⁸³

Naquele país, a *Federal Communications Commission* (FCC) é um órgão público federal que atua em nome do Poder Legislativo, a quem foi cometido uma vasta gama de atribuições no controle, gerenciamento e normatização das atividades de telecomunicações.³⁸⁴

No desempenho de suas atividades, a FCC deve agir de acordo com o critério do interesse, da conveniência e das necessidades públicos (denominadas de *public interest standard* ou critério do interesse público).³⁸⁵ Parte-se da ideia de que a exploração de serviços de radiodifusão por particulares objetiva sempre o atendimento ao público e não aos interesses privados de grupos ou indivíduos. Esta concepção finalística integra a própria licença para a execução do serviços e, caso a emissora dela se distancie, a FCC tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para o cumprimento do marco legal de comunicação e o atingimento do interesse público. A Suprema Corte dos Estados Unidos já teve a oportunidade de analisar as competências da FCC, ocasião em que os julgadores manifestaram o entendimento de que o critério do interesse público era aplicável não só aos aspectos técnicos da radiodifusão, mas também a todas as demais atividades a ela relacionadas, interpretação esta que se compatibiliza com os poderes discricionários – mas não ilimitados - conferidos à FCC.³⁸⁶

381MARTÍNEZ, Ângela Vivanco. **A concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade de expressão ou condição de subsistência?** p. 9-37. In: Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. A mídia entre regulamentação e concentração. Rio de Janeiro : Fundação Konrad Adenauer, jan. 2008.

382Eis o teor da Primeira Emenda, de 1791: “O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos.”

383No direito norte-americano os casos mais polêmicos nesta seara são aqueles relacionados ao chamado discurso de ódio (*hate speech*), à pornografia e ao financiamento de campanhas eleitorais, que podem ferir outros relevantes valores da constituição americana, o que abriu caminho para a mitigação da teoria absolutista da liberdade de expressão. FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Tradução e prefácio: Binenbojm, Gustavo; Pereira Neto, Caio Mário da Silva. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

384ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 20-21.

385Id. Ibid., p. 19.

386Id. Ibid., p. 19-20.

Nos EUA, além de conduzir o processo de concessão da licença do serviços de radiodifusão, a FCC também tem atribuição para renovar, transferir, suspender e cassar licenças, através de processo administrativo. Na hipótese de renovação de licença, havendo mais de um candidato à utilização da mesma frequência, a FCC promoverá um processo de seleção para a escolha, que será pautada pelo critério do interesse público, sendo o conteúdo da programação proposta um dos itens que serão objeto de avaliação.³⁸⁷

Na função de controle dos serviços de radiodifusão³⁸⁸, a FCC pode suspender a licença da emissora de televisão quando constatar a violação das disposições legais ou de normas da agência ou a transmissão de linguagem profana ou obscena.³⁸⁹

Retornando à realidade brasileira, com base no art. 224 da CF, que previu o Conselho de Comunicação Social (CCS), órgão auxiliar a ser instituído pelo Congresso Nacional na forma de lei, formou-se uma grande expectativa no mundo jurídico quanto à criação de um órgão independente de controle e fiscalização do sistema de comunicação social nos moldes em que existente em outros países, como visto acima. Esta justa esperança decorria do teor do relatório da Assembleia Nacional Constituinte que deu origem à Constituição brasileira de 1988, o qual, ao sugerir a criação do CCS, registrou que este órgão deveria ser “[...] 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 Comissão Federal de Comunicação (Federal Communication Commission)”.³⁹⁰

Entretanto, a edição da tão esperada lei (nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991) frustrou todas estas expectativas, pois atribuiu ao CCS funções meramente consultivas e de assessoramento do Congresso Nacional, ficando subordinado e dependente do Poder Legislativo. Além disto, não lhe foram cometidas, como se esperava, funções regulatórias ou

387ALMEIDA, A. M. (op. cit., p. 29-30) cita alguns casos em que não houve renovação de licença da emissora em razão da programação veiculada, “seja por conduta ofensiva à moral por parte de *disk jockey*; ou por veiculação de informação sobre jogos de azar – atividade expressamente proibida por lei; assim como por uso frequente de linguagem obscena por anunciantes em emissora de rádio universitária”.

388Com a desregulamentação da radiodifusão na década de 70 promovida pela FCC, esta agência perdeu parte de suas atribuições relacionadas à qualidade da programação televisiva. Dentre as medidas que diminuíram o papel da FCC, merecem ser destacadas o fim da obrigação das emissoras comerciais de rádio e TV de transmitirem um mínimo de programação informativa de caráter local e a supressão de todas as formas de obrigação do radiodifusor de pesquisar junto à comunidade as necessidades de programação. ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 42.

389ALMEIDA, A. M. de. op. cit., p. 31.

390BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 92.

deliberativas, o que poderia fazer deste órgão um importante ator no cumprimento das normas constitucionais aplicáveis à atividade de televisão.³⁹¹ Enfim, perdeu-se a oportunidade de criar um órgão independente, cuja atuação encontrar-se-ia legitimada constitucionalmente (art. 224), que viesse a fiscalizar e exigir o cumprimento, pelas emissoras de televisão, dos parâmetros da programação televisiva fixados pelo art. 221 da CF. Pela configuração da Lei 8.389/91, “[c]hancelou-se, dessa forma, a inutilidade do referido órgão.”³⁹²

No ano de 2005 veio a debate público um anteprojeto de lei, elaborado pelo governo federal, que promoveria a criação da Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual (ANCINAV). No bojo deste anteprojeto previa-se que esta agência teria como uma de suas atribuições a fiscalização da qualidade da programação televisiva, considerando o disposto no art. 221 da CF. Este anteprojeto de lei recebeu duras críticas de diversos setores sociais e econômicos, mormente por conferir tamanho poder a um órgão público cujos dirigentes não seriam nomeados pela sociedade civil e que não tem na CF qualquer legitimação para o exercício dessa atividade de controle. As duras críticas à criação da ANCINAV ocasionaram o recuo do governo, que não levou esta proposta adiante, que foi arquivada antes mesmo de ser submetida ao Congresso Nacional.³⁹³ De fato, a criação de um órgão de controle administrativo que tenha por missão assegurar a observância da programação televisiva ao disposto no art. 221 da CF exige cautelas que não podem ser ignoradas, como a independência desse órgão em relação ao governo, a participação efetiva da sociedade civil e a garantia da ampla defesa e do contraditório às emissoras.³⁹⁴ Estes cuidados são imprescindíveis para que controle desta espécie não se torne um instrumento de manipulação da opinião pública ou de alienação da população em relação aos problemas políticos e sociais de nossa realidade, flertando com a censura e o monitoramento ideológico.

Por outro lado, as constantes críticas realizadas nos últimos anos acerca da qualidade da programação televisiva e os reclamos de parte da sociedade para a criação de algum tipo de controle neste aspecto motivaram os meios de comunicação de massa a defenderem que a autorregulamentação seria a melhor solução. Este controle, baseado no senso de autorresponsabilidade das emissoras, seria exercido principalmente mediante o cumprimento de normas de conteúdo deontológico, concentradas no “Código de Ética da

391Nesse sentido: DAWALIBI, M. op. cit., p. 419.

392FARIAS, E. op. cit., p. 227.

393DAWALIBI, M. op. cit., p. 422-423.

394Id. Ibid., p. 423.

Rádiodifusão Brasileira”, criado pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) no ano de 1980.³⁹⁵ Este Código de Ética contém diversas normas de conduta a serem observadas pelas emissoras de rádio e televisão no exercício de suas atividades e consta de seu preâmbulo que

[...] os empresários da radiodifusão brasileira declaram que tudo farão para transmitir apenas o entretenimento sadio e as informações corretas, espelhando valores espirituais e artísticos que contribuem para a formação da vida e do caráter do povo brasileiro, propondo-se sempre a trazer ao conhecimento do público os elementos positivos que possam contribuir para a melhoria das condições sociais, exigindo em contrapartida o “total respeito ao princípio da liberdade de informação, independentemente de censura, juntamente com a imprensa, não aceitando quaisquer restrições que não sejam determinadas pelas leis em vigor e estabelecidas pelo presente Código (...)”.³⁹⁶

Não se pode ser ingênuo neste assunto. As iniciativas das emissoras ou de suas associações que contemplem a submissão da atividade televisiva a algumas normas de conduta não são motivadas pelo elevado sentimento de ética e de respeito aos valores albergados pela CF; buscam principalmente afastar eventuais justificativas para a implementação de mecanismos externos de controle da programação, pois “vende-se” a ideia de que a autorregulamentação é suficiente para conter e reprimir eventuais abusos, assegurando o exercício responsável da liberdade de expressão e informação.

Contudo, até mesmo essas tentativas de autorregulamentação naufragaram, ante as divergências internas verificadas entre grandes redes de comunicação então integrantes da ABERT, o que levou ao desligamento de algumas importantes emissoras de televisão daquela associação, com a criação de outras entidades congêneres.³⁹⁷ Na prática, portanto, a pretendida autorregulamentação do setor, não obstante as vantagens propaladas, mostra-se inócua, pois as emissoras sequer respeitam o seu código deontológico.³⁹⁸ “Ora, está claro que a auto-regulamentação é insuficiente para competir com a ferocidade da luta pela audiência, sendo a programação televisiva brasileira uma das provas mais cabais da completa inutilidade dos controles internos, diante de tantas e tão freqüentes violações do

395BITELLI, M. A. S. op. cit., p. 97.

396Id. Ibid., p. 97.

397Id. Ibid., p. 97.

398Diferente é a situação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), sociedade civil sem fins lucrativos composta por anunciantes, veículos de comunicação, associações, dentre outros, e que exerce papel efetivo na fiscalização e na busca do cumprimento das normas deontológicas que regem o setor. Como exemplo de eficaz atuação do CONAR, recentemente divulgou-se o veto imposto por esta entidade a anúncio publicitário televisivo da cerveja da marca “Devassa”, do grupo empresarial Schincariol, protagonizado pela atriz Paris Hilton, em razão do forte apelo sexual do anúncio veiculado na televisão. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2010/03/01/conar-veta-propaganda-de-cerveja-com-paris-hilton.jhtm>>. Acesso em: 22 set. 2010.

direito à programação sadia.”³⁹⁹

[...] no Brasil prevalece, já há vários anos, a orfandade com relação a uma norma deontológica para a radiodifusão. O que existia, o Código de Ética da Radiodifusão Brasileira, da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) foi completamente abandonado pela própria entidade, que o relegou, por conveniência jamais explicada, a um ostracismo estratégico. Se as próprias emissoras respeitassem o código de ética da sua própria entidade corporativa, ter-se-ia, quando menos, um contraponto em questões polêmicas.⁴⁰⁰

De qualquer modo, há que se ressaltar que a autorregulamentação, mesmo se fosse efetiva, não é sucedâneo de outros mecanismos externos – desde que contem, é claro, com fundamento constitucional - que objetivem o cumprimento das normas constitucionais. A autorregulamentação pode ser encarada como um *plus* às medidas externas aplicáveis às emissoras de televisão, na busca da observância das disposições constitucionais sobre a programação televisiva. Normas deontológicas, por serem desprovidas de coercibilidade, não podem substituir as normas jurídicas, mormente quando estas últimas possuem assento na CF.

401

Por outro lado, a constatação de que o interesse a uma programação televisiva cuja qualidade atenda ao disposto na CF reveste-se de natureza difusa, conforme assentado anteriormente, justifica a utilização de instrumentos extrajudiciais colocados à disposição de determinados entes a quem incumbe a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*. Nesta seara, avulta-se a responsabilidade do Ministério Público na busca do cumprimento dos comandos dos arts. 220, § 3º e 221, da CF.

De fato, o Ministério Público, na qualidade de órgão incumbido pela CF para a defesa da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*) tem o dever constitucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II). O ECA

399FONTES JÚNIOR, J. B. A. op. cit., p. 97-98.

400PAULINO, F.; SILVA, L. M. da. op. cit., p. 245-246.

401Este também é o pensamento de BUONAMICI, S. C., brilhante promotor de justiça do estado de São Paulo, pois “[...] a vulnerabilidade a que está sujeita a massa ante às investidas inescrupulosas de alguns veículos de comunicação exige a adoção de medidas mais efetivas do que as normalmente impostas pela ética jornalística. Esses argumentos reforçam a ideia de se autorizar a intervenção do Poder Judiciário no processo de comunicação de massa, sem que implique no reconhecimento do odioso recurso da censura ou na ofensa ao direito de informação ou de liberdade de imprensa, constitucionalmente garantidos (artigo 5º, incisos IV e IX, da C.F.)” BUONAMICI, Sérgio Claro. **O controle jurisdicional dos meios de comunicação**. Grupo de Estudos “Dr. Oscar Xavier Freitas”. Expositor: Tebet, Mário Antonio de Campos. Colaboradores: Leme, Jorge Umberto Aprile et al. In: Teses e relatórios do XVII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Estado de São Paulo. São Paulo : Associação Paulista do Ministério Público, 1999. p. 11.

estabeleceu dispositivo específico neste sentido, ao atribuir ao Ministério Público o dever de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal” (art. 201, V). Destaque-se ainda, a este respeito, que a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei complementar 75/93) estipulou, como função institucional deste órgão, “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social” (art. 5º, IV).

Para cumprir a sua missão constitucional, o Ministério Público dispõe de instrumentos extrajudiciais (inquérito civil, recomendação e termo de ajustamento de conduta, por exemplo) e judiciais (caso da ação civil pública).

De fato, ao verificar o possível desatendimento das diretrizes constitucionais que conformam a programação televisiva, tem o *parquet* a possibilidade de instaurar um procedimento administrativo investigatório de natureza não criminal, denominado pela CF (art. 129, III) e pela Lei 7.347/85 (art. 8º, § 1º) de “inquérito civil”, para a colheita de elementos visando esclarecer os fatos, através da expedição de ofícios, requisição de informações, tomada de depoimentos, dentre outras medidas que a lei lhe confere para o pleno e desembaraçado exercício de suas funções. O inquérito civil objetiva subsidiar a atuação do membro do Ministério Público, para que, caso necessário, sejam adotadas medidas preventivas ou reparadoras de lesões aos direitos cuja proteção lhe foi confiada, através de instrumentos como a expedição de recomendação, a celebração de termo de ajustamento de conduta ou o ajuizamento da ação civil pública, muito embora estas medidas independam da prévia instauração do inquérito civil.

A recomendação é um instrumento previsto no art. 6º , XX⁴⁰², da Lei Complementar 75/93, e no art. 27, parágrafo único, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625/93). Embora a recomendação não seja dotada de nenhuma sanção para o caso de não atendimento, a exposição, pelo Ministério Público, dos

402“Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

(...)

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.”

fundamentos de fato e de direito pelos quais se entende que a conduta do destinatário encontra-se em descompasso com o ordenamento jurídico, revela-se, na prática, muitas vezes suficiente para que o destinatário da recomendação cumpra os seus termos. Na precisa análise de Geisa de Assis Rodrigues,

A recomendação não obriga o recomendado a cumprir os seus termos, mas serve como advertência a respeito das sanções cabíveis pela sua inobservância. É importante que a recomendação seja devidamente justificada, de modo a que possa convencer o recomendado de sua justeza. Em regra, é expedida nos autos do inquérito após a sua instrução, como forma de evitar a propositura da medida judicial e quando não seja caso de ajustamento de conduta, mas nada impede que a recomendação seja feita fora de uma investigação, ou até inicie o inquérito civil.⁴⁰³

Destarte, em se constatando o desrespeito das normas constitucionais que configuram a programação televisiva, o Ministério Público poderá encaminhar uma “recomendação” à emissora de televisão infratora, exortando-a, de forma articulada e fundamentada, a ajustar a sua conduta aos ditames legais e constitucionais. O atendimento voluntário da recomendação importará na solução extrajudicial do problema (sem prejuízo de eventuais questões residuais por ela não abrangidos); o seu não atendimento poderá ensejar o manejo de outras medidas, como a celebração de um termo de ajustamento de conduta ou o ajuizamento da ação civil pública.

O termo de ajustamento de conduta (TAC), que constitui uma espécie de acordo firmado para a proteção de interesses coletivos *lato sensu*, também consubstancia medida idônea para a adequação da programação televisiva de determinada emissora, em sede extrajudicial.

O Termo de Ajustamento é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação do agir de um violador ou potencial violador de um direito transindividual (direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) às exigências legais, valendo como título executivo extrajudicial. É um negócio jurídico bilateral, um acordo, que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às determinações legais. Independentemente do seu rótulo não pode ter como resultado disposição, nem transação do direito transindividual.⁴⁰⁴

O caráter consensual do TAC demanda, pois, a aceitação voluntária da emissora, que terá liberdade para manifestar a sua concordância aos seus termos. No entanto, uma vez aceita a avença, que, na hipótese, deverá conter cláusulas que garantam efetivamente a observância dos preceitos do art. 221 da CF, a emissora estará vinculada ao ajustado. Com o

403RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta : teoria e prática.** Rio de Janeiro : Forense, 2006. p. 90.

404RODRIGUES, G. A. op. cit., p. 299.

objetivo de assegurar a tutela específica mais adequada à proteção dos direitos coletivos, o TAC poderá consignar obrigações de cunho pecuniário, obrigações de fazer ou não-fazer, ou outras que se mostrem mais efetivas para o caso concreto. A inserção de cláusulas penais em caso de descumprimento constitui providência com amparo legal e utilizada frequentemente na prática, a fim de conferir maior coercibilidade ao ajuste firmado. De qualquer maneira, uma vez que constitui título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85), o não atendimento do compromisso formal assumido pela emissora no TAC poderá ensejar o seu cumprimento forçado, dispensada a fase processual de conhecimento.

4.2 Mecanismos judiciais: a atuação do Poder Judiciário

De início, deve-se novamente afastar o argumento, de mote muitas vezes corporativista, de que a liberdade de expressão e informação, sobretudo aquela exercida pelos meios de comunicação social, goza de proteção absoluta, inatingível até mesmo pelo Estado-juiz. Ora, não existem direitos absolutos na Constituição. O dispositivo constitucional que abre o capítulo da “Comunicação Social” na CF, o art. 220, em seu *caput*, enuncia que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, porém ressalva a necessidade de observância do disposto na CF. Em outras palavras, a liberdade de expressão e informação é assegurada *prima facie*; contudo, esta liberdade encontra-se sujeita a sofrer restrições que encontram fundamento na CF.

Naquele capítulo da CF foram estabelecidas diversas restrições expressas ao exercício daquela liberdade, dentre as quais se inserem as normas que configuram o conteúdo da programação televisiva, consignadas no art. 221.

Em outras situações, a CF estipulou expressamente hipóteses em que haverá a necessidade de conciliação entre a liberdade de expressão e informação e outros direitos de envergadura constitucional, sem, contudo, estabelecer previamente uma solução para resolver o impasse. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 220, § 1º da CF, de cujo teor pode ser extraída a exigência de harmonização entre a “liberdade de informação jornalística” e os direitos fundamentais previstos no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, dentre os quais se inclui a

inviolabilidade dos chamados direitos à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem). Nesta hipótese, a conciliação entre os direitos constitucionais colidentes somente será possível nos casos concretos, atentando-se para as peculiaridades que os envolvem.⁴⁰⁵

Por fim, a colisão entre direitos fundamentais entre si ou com bens jurídicos tutelados muitas vezes demandará a estipulação de restrições, ainda que não haja previsão expressa da colisão no texto constitucional. Cuida-se, pois, de restrições admitidas tacitamente pela CF, como exigência necessária para a convivência de diferentes valores albergados pela Lei Maior. O art. 247 do ECA⁴⁰⁶ constitui um exemplo de restrição à liberdade de expressão e informação promovida pelo legislador infraconstitucional para salvaguardar os direitos da criança e do adolescente, previstos especialmente no art. 227 da CF, sem que, contudo, esta restrição estivesse expressamente especificada no texto constitucional. Registre-se que as restrições legais são passíveis de controle judicial a fim de verificar a sua conformidade em relação à CF, o que se fará sobretudo pela aplicação da máxima da proporcionalidade, conforme será visto no tópico 4.2.2 infra.

Diante das restrições constitucionais expressas ou tácitas à liberdade de expressão e informação, o Poder Judiciário, a quem incumbe promover a pacificação social do conflito dizendo o Direito para o caso concreto, não pode ter subtraída de sua apreciação nenhuma situação merecedora de tutela, sob a falaciosa alegação de que a CF proibiu qualquer forma de censura. Aliás, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, radicado no

405 Neste sentido, o posicionamento de MELLO, M. A. (op. cit., p. 243): “Esta ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos da situação concreta, uma vez que a hipótese de fato dá configuração real a tais direitos. Dessa forma, não se mostra correto fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade da pessoa humana de forma abstrata e tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por esta cláusula constitucional, se efetivamente a dignidade de determinada pessoa ou grupo corre perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.”

406 “Art. 247. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

§ 1º Incorre na mesma pena quem exhibe, total ou parcialmente, fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam atribuídos, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.”

(A parte final deste § 2º foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI 869-2, conforme registramos anteriormente).

art. 5º, XXXV, da CF, afasta qualquer cogitação nesse sentido.

A possibilidade do Poder Judiciário intervir na liberdade de expressão e informação para assegurar seja ela exercida com respeito às normas e valores albergados pela CF, assume especial relevância ao termos em mente o poder que os meios de comunicação de massa exercem hodiernamente em nossa sociedade. Com efeito, estes veículos de informação (rádio, televisão, jornais) influenciam direta e intensamente na formação da opinião pública e são indutores de comportamentos nos mais diversos setores da sociedade, de diferentes classes sociais e faixas etárias. Embora já tenhamos discorrido linhas atrás sobre o poderio dos meios de comunicação de massa e o seu potencial de causação de danos, oportuno fazer novo registro desta realidade, pois

A incomensurabilidade do poder de que dispõem de interferir com toda uma sociedade, de influir na cultura e no comportamento de um sem número de seres humanos, se traduz tanto em potencial de transformação positiva das realidades da convivência humana, quanto em potencial lesivo de enormes proporções.

Sob esse último ângulo, a agressão que um abuso dos meios de comunicação é capaz de produzir pode dirigir-se a bens da mais variada índole, incluindo bens praticamente inatingíveis por qualquer outro meio: o patrimônio cultural e moral de uma nação, por exemplo, isto é, o conjunto de suas convicções mais arraigadas e mais valiosas, alicerçadas ao longo de séculos e ainda bens outros, ao alcance de instituições ou pessoas menos onipresentes. **Neste caso, a intensidade do dano pode ser incomparavelmente maior e mais arrasadora.**⁴⁰⁷ (Grifo nosso).

Cumpra agora apresentar algumas considerações sobre a atividade jurisdicional nesse campo.

4.2.1 A intervenção judicial para assegurar a observância da programação televisiva ao disposto no art. 221 da Constituição Federal

Vimos de constatar que os atuais mecanismos extrajudiciais para a efetividade dos preceitos constitucionais aplicáveis à programação televisiva são insuficientes para impelir as emissoras de televisão a observarem fielmente o disposto no art. 221 da CF. A falta de um órgão independente com legitimação constitucional e prerrogativas para exercer este controle, tal como aqueles existentes em outros países democráticos, impede a adoção de ações mais efetivas neste campo. Por outro lado, os instrumentos extrajudiciais de que

407PEREIRA, G. D. C. op. cit., p. 75.

dispõem as entidades legitimadas à defesa dos interesses difusos e coletivos, dentre as quais o Ministério Público, dependem da aceitação dos possíveis infratores, o que, por motivos óbvios, nem sempre ocorre.

Nesse cenário, avulta-se a importância do Poder Judiciário para o cumprimento da vontade constitucional manifestada no art. 221 da CF. Incumbe a este poder da República, uma vez provocado, analisar se os destinatários destas normas jurídicas as estão observando e cumprindo. Esta tarefa do juiz, realizada no bojo de um processo judicial onde são asseguradas todas as garantias às partes litigantes, poderá culminar, caso se constate a inobservância dos preceitos constitucionais, decisão que imponha o seu cumprimento forçado, sem prejuízo de outras providências para a prevenção ou a reparação de lesão aos interesses tutelados.

Por outro lado, considerando que o direito a uma programação televisiva que atenda aos ditames constitucionais deve ser caracterizado como um interesse difuso pelas razões já apresentadas anteriormente, a ação civil pública revela-se o instrumento adequado para a defesa desse direito em juízo. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira⁴⁰⁸ sustenta que a utilização da ação civil pública com esta finalidade tem fundamento constitucional específico no art. 220, § 3º, por se tratar, na visão deste autor, de um “meio legal” - posto que regulado basicamente pela Lei 7.347/85 e pelo CDC – que garante “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”.

A circunstância de tal pretensão ser veiculada através de uma ação coletiva traz ainda a vantagem de conferir maior legitimidade à postulação do interesse em juízo, haja vista que além do Ministério Público, instituição a quem a CF atribuiu a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 227, *caput*), também poderão ajuizar a ação civil pública as associações da sociedade civil, o que permite a efetiva e direta participação da sociedade na busca da qualidade da programação televisiva.⁴⁰⁹ Deveras,

Procedimentos instaurados por ações coletivas, como a ação popular e a ação civil pública, funcionam como verdadeiros instrumentos processuais de participação

408Op. cit.

409Interessante a tese de PODESTÁ, F. H. (op. cit., p. 167-171), que defende que o inciso II do § 3º do art. 220 da CF confere à “família”, enquanto entidade protegida pela CF, legitimidade para a propositura de ação civil pública nesta hipótese.

política, que permitem aos cidadãos o exercício da cidadania ativa, isto é, permitem uma participação pluralística dos representantes dos mais diversos segmentos da sociedade, com a interpretação que lhes é peculiar, inclusive do texto constitucional, formando o que o constitucionalista alemão Peter Häberle chamou de 'sociedade aberta dos intérpretes da Constituição'.⁴¹⁰

Ao comparar o controle da adequação constitucional da programação televisiva que viesse a ser realizado por um órgão administrativo, com o exame judicial realizado por meio de ação civil pública, Marcelo Dawalibi⁴¹¹ aponta inúmeras vantagens desta última alternativa. Isto porque o controle administrativo é sujeito a uma maior possibilidade de manipulação e desvio de finalidade, o que pode resultar em atitudes arbitrárias em prejuízo da liberdade de expressão e informação. A jurisdição, por sua vez, é cercada de garantias que asseguram a necessária independência dos integrantes do Poder Judiciário e possibilitam às partes contribuir na formação da decisão judicial.

[...] as próprias regras inerentes ao processo judicial – inclusive a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e a isonomia entre as partes – são importantes barreiras contra o autoritarismo e a arbitrariedade que podem rondar o controle da comunicação. Tais garantias – que nunca serão tão amplas em um controle administrativo – são de fundamental importância para evitar que o controle não descaiba para censura.⁴¹²

No julgamento de ação coletiva intentada com o objetivo em análise, o juiz deverá interpretar o sentido, o alcance e a aplicabilidade das normas do art. 221 da CF, a fim de cotejar o resultado deste esforço exegético com as peculiaridades do caso concreto que lhe é submetido, para só então proferir a sua decisão. Reconhece-se que esta missão é extremamente difícil, principalmente ao se lembrar que os dispositivos constitucionais em comento contêm conceitos jurídicos indeterminados, de acentuada abertura semântica. Entretanto, a dificuldade na aplicação do direito não é argumento para que se negue a solução judicial, postura esta que importaria em maltrato da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Nas precisas ponderações de José Carlos Barbosa Moreira,

O art. 221 não define, nem seria de esperar que definisse, as expressões que lhe constam do texto. Não especifica, no inciso I, o que é necessário (e suficiente) exigir da programação para reputar satisfeito o requisito da "preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas"; menos ainda estabelece o critério a ser aplicado para qualificar de "educativa" ou de "cultural", por exemplo, a

410 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais**. p. 305-319. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Coordenação: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da. São Paulo : Quartier Latin, 2009. p. 311-312.

411 DAWALIBI, M. op. cit. p. 424.

412 DAWALIBI, M. op. cit., p. 423.

finalidade deste ou daquele programa. Tampouco discrimina, no inciso IV, os "valores éticos e sociais da pessoa e da família" que hão de ser respeitados. Isso de jeito algum impede ou perturba o conhecimento da matéria pelo órgão judicial. Trata-se de conceitos jurídicos indeterminados, a reclamar concretização caso a caso. Ora, essa é tarefa que entra no cotidiano do juiz, com a qual ele está bem familiarizado, e sem cujo exercício muito dificilmente lhe seria possível, até, processar e julgar a mais singela das causas. A cada instante, com efeito, deparam-se-lhe, nos textos que lhe compete aplicar, palavras e locuções de sentido tão pouco preciso quanto o das contidas no art. 221 da Lei Maior; e acontece com frequência que para "encher" tais recipientes flexíveis tenha o órgão judicial de recorrer a noções valorativas.⁴¹³

O renomado jurista prossegue o seu raciocínio fazendo alusão a diversos outros conceitos jurídicos indeterminados verificados em normas infraconstitucionais, cuja interpretação pelo juiz é necessária para o julgamento das causas.

Fiquemos em três exemplos sugestivos: que quer dizer "mulher honesta" no art. 215 do Código Penal? E "atos contrários à moral e aos bons costumes" no art. 395, nº III, do Código Civil? E "lealdade e boa-fé" no art. 14, nº II, do Código de Processo Civil? Se o juiz pode (rectius: deve) determinar o significado dessas expressões, toda vez que haja de dar ou negar aplicação aos dispositivos em que elas figuram, não há por que estranhar o fato de que lhe caiba proceder de igual maneira em relação aos dizeres do art. 221 da Constituição. Estranhável seria, isso sim, que se houvesse de deixar a determinação ao arbítrio das emissoras, isto é, dos próprios infratores potenciais ou atuais...⁴¹⁴

Ademais, enfatizou-se anteriormente que o uso de conceitos jurídicos indeterminados na redação dos dispositivos normativos muitas vezes atende à necessidade das normas jurídicas acompanharem e se adequarem às alterações da realidade e à evolução social, tarefa muitas vezes sob a responsabilidade do Poder Judiciário. Nesse caso, será preciso extrair, em um determinado momento histórico, o alcance e o significado desses conceitos abertos para a correta aplicação do direito. Este quadro foi bem captado por Maria Helena Diniz, ao

[...] concluir que a função jurisdicional, quer seja ela de "subsunção" do fato à norma, quer seja de "integração" de lacuna normativa, ontológica ou axiológica, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão, nitidamente "criadora" de norma individual, uma vez que os juízes despendem, se for necessário, os tesouros de engenhosidade para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando

413Op. cit.

414Id. Embora a atual redação dos aludidos artigos do Código Penal e do Código Civil já não sejam as mesmas, a legislação infraconstitucional continua rica em exemplos de conceitos abertos que demandam, para a aplicação, juízo valorativo a ser realizado pelo magistrado.

sempre se perfazendo.⁴¹⁵

Ressalte-se que a atuação judicial, especialmente neste campo, deve ser cercada de redobrada cautela, ante as peculiaridades da liberdade de expressão e informação, expostas ao longo desta dissertação. Ao interpretar os conceitos jurídicos indeterminados visando a aplicação da norma ao caso concreto, não pode o magistrado adotar, pura e simplesmente, a sua tabela pessoal e subjetiva de valores.

As normas a serem aplicadas devem ser interpretadas em atenção à realidade social subjacente e ao valor que confere sentido a esse fato, considerando-se, para tal apreciação, não os critérios pessoais, mas pautas estimativas e teleológicas informadoras da ordem jurídica vigente.⁴¹⁶

Por outro lado, devem ser consideradas diferentes correntes axiológicas para o preenchimento de conceitos como “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, a fim de verificar a eventual adequação do programa televisivo a alguma das concepções valorativas vigentes, desde que não sejam contrárias ao ordenamento jurídico e que contem com alguma representatividade na sociedade⁴¹⁷, reservando-se a intervenção judicial somente para as hipóteses em que se concluir que a programação televisiva, sob nenhuma perspectiva, se ajusta ao comando do art. 221 da CF.

Isto não significa que a decisão judicial somente será acertada se estiver totalmente despida de qualquer subjetivismo de seu prolator. É evidente que o juiz, por ser antes de tudo um ser humano, traz consigo toda uma “bagagem” de valores, de concepções éticas e morais moldadas ao longo de sua formação pessoal e profissional, que acaba por influenciar a sua visão de mundo e a tomada de suas decisões. Contudo, o que não se mostra apropriado é a interpretação judicial de conceitos abertos com base no puro subjetivismo do órgão julgador, fechando-se os olhos para o pluralismo que marca a sociedade contemporânea.⁴¹⁸ Esta diversidade cultural da sociedade, muitas vezes refletida pelas

415DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9ª ed., adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 176-177.

416Id. Ibid., p. 174.

417Em termos semelhantes, CANOTILHO, J. J. G. e MACHADO, J. E. M. (op. cit., p. 44-47), ao analisarem o art. 21º-1 da Lei da Televisão portuguesa (Lei 31-A/98) que estabelece que “[n]ão é permitida qualquer emissão que viole os direitos, liberdades e garantias fundamentais, atente contra a dignidade da pessoa humana ou incite à prática de crimes”, chamam a atenção para o fato de que “[a] 'imagem do homem da lei fundamental' [referindo-se à pessoa humana titular do predicado da dignidade] tem que ser necessariamente compatível com a radical diversidade de ontologias, mundividências, epistemas, concepções do bem, valorações, perspectivas, opiniões, etc., que coexistem no seio da comunidade política.”

418Nesse sentido, ENGISCH, K. (op. cit., p. 239-240), ao analisar a tarefa de concretização dos “conceitos objectivos-normativos” (espécie de conceitos jurídicos indeterminados), esclarece que: “[o] órgão aplicador do Direito tem de <<averiguar>> quais são as concepções éticas efetivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele tem de

emissoras de televisão em sua programação, não pode ser olvidada pelo julgador, pois

[...] rádio e a televisão constituem mecanismos essenciais na dinamização dos subsistemas de acção social e espaços de mediação comunicativa da diversidade e da confrontação de valores, concepções, opiniões e interesses, individuais e colectivos, que neles se digladiam.⁴¹⁹

Jorge Reis Novais, em estudo em que analisa a possível existência de uma cláusula restritiva não-escrita na Constituição Portuguesa de 1976 que justificaria a restrição de direitos fundamentais mediante o sopesamento a ser realizado na hipótese de colisão de direitos fundamentais e/ou bens jurídicos protegidos, alerta para a necessidade de redução do subjetivismo do Poder Judiciário nos julgamentos que envolvem a formulação de juízos de valor. Em assertiva que se aplica ao assunto em apreço, o constitucionalista lusitano faz a seguinte proposição:

Reconhecendo as debilidades e perigos reais inerentes a decisões judiciais essencialmente dependentes de juízos de valoração e ponderação de bens, a nossa proposta vai no sentido, não da eliminação, mas da redução do subjectivismo, decisionismo e intuicionismo implicados no método.⁴²⁰

A nosso sentir, a “redução do subjectivismo, do decisionismo e intuicionismo” nas decisões que envolvem a apreciação de valores apenas poderá ser alcançada – e eventualmente controlada por instâncias judiciais superiores - quando se exige, do juiz da causa, uma argumentação jurídica consistente sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, ao menos nas hipóteses que envolvam direitos desta espécie.

O exame judicial de adequação da programação televisiva ao disposto no art. 221 da CF deve ser realizado sem perder de vista que o sobredito dispositivo constitucional consubstancia uma restrição expressa aos direitos fundamentais concernentes à liberdade de expressão e informação quando exercida através do rádio e televisão, e é sob esta ótica que a questão deve ser analisada.

Outrossim, a programação televisiva que não observe o disposto no art. 221 da CF pode acarretar, a depender do inciso desrespeitado, na redução das possibilidades de

confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante do material do conhecimento, e não o último *critério* de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os conjuntos de decisões através das quais estes conceitos objectivo-normativos carecidos de preenchimento valorativo são <<concretizados têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a <<subsunção>>.”

419Id. Ibid., p. 19.

420NOVAIS, J. R. op. cit., p. 959.

satisfação de direitos fundamentais (cultura, educação) ou do direito de ser informado (caso dos incisos I a III), ou a lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais derivados da dignidade humana (inciso IV), sob uma perspectiva coletiva.

Com base nas peculiares circunstâncias do caso concreto, quando da propositura de ação civil pública com base naquele dispositivo constitucional, a entidade autora da demanda deverá vindicar a medida judicial mais adequada para conferir efetividade aos mandamentos consignados no art. 221 da CF, privilegiando-se aquelas que permitam evitar a ocorrência ou repetição da lesão em detrimento de outras que busquem apenas uma compensação pecuniária ou reparação de outra natureza, inclusive e se for o caso, fazendo uso de pedidos sucessivos, alternativos e cumulativos para a concessão de diferentes tutelas. Ao magistrado, dentro dos limites objetivos da demanda e desde que convencido sobre as razões do autor, caberá a concessão da tutela judicial que se revele mais apropriada a prevenir ou reparar as lesões em decorrência de uma programação televisiva que não atenda ao disposto no art. 221 da CF.⁴²¹

Impõe-se, em suma, que toda a distorção de tal função (a deformação, a manipulação ou qualquer ofensa aos ditames constitucionais) seja amplamente objeto de repulsa pelo Poder Judiciário na utilização, por parte dos entes legitimados ordinariamente (inclusive a família), de pretensões não meramente reparadoras (danos coletivos), mas também inibitórias (as novas tutelas diferenciadas).

É nesse âmbito que o Poder Judiciário, na sua missão intransferível de defender os novos direitos, necessita de uma renovada mentalidade, que não mais pode estar direcionada para posturas ideológicas advindas do século XIX, inaplicáveis à questão ou aos problemas atuais, de cunho essencialmente coletivo, que há mais de cinquenta anos não eram sequer imagináveis.⁴²²

A possibilidade de concessão da medida judicial mais adequada para prevenir a ocorrência de injusta lesão a direitos, ou a melhor forma de repará-la – o que não se reduz tão somente à indenização em pecúnia, repita-se – decorre principalmente da interpretação teleológica da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), que deve ser também entendida como um direito a uma ordem jurídica justa, sendo possível buscar junto ao Poder Judiciário uma providência que se afigure eficaz à proteção ou a satisfação de direitos.⁴²³

421Neste ponto discordamos de MORAES, A. (op. cit., p. 1.993), que ao analisar o teor do art. 221 da CF, conclui que a “extrema generalidade desses princípios, somada à proibição constitucional à censura, torna a presente norma inócua no sentido de prevenção na qualidade do material exibido por rádios e televisões, devendo, porém, ser utilizada na avaliação posterior de eventual responsabilidade civil por danos materiais e morais causados.”

422PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 193.

423Nesse sentido, “[u]ma Constituição que se baseia na 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, III) e garante expressamente o direito do acesso à justiça diante de 'ameaça a direito' (art. 5º, XXXV), exige a estruturação

Exemplificativamente – na linha do defendido até aqui -, o exercício da liberdade de expressão e informação em desacordo com o inciso IV do art. 221 da CF pode provocar, no caso concreto, “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”⁴²⁴, podendo ensejar, inclusive, um dano moral coletivo.⁴²⁵

Desse modo, diante da iminência de causação ou repetição de evento antijurídico que possa lesar os relevantes direitos em tela, de caráter não pecuniário, os entes legitimados podem valer-se da ação civil pública para impedir a verificação do evento danoso, inclusive postulando tutelas preventivas, de natureza cautelar ou inibitória. Em outras palavras, levando-se em conta a essência dos direitos passíveis de serem lesados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e informação, deve-se tentar evitar que esses direitos sejam agredidos.⁴²⁶ “Admitir a tutela ressarcitória, no caso de direitos não patrimoniais, é o mesmo que aceitar que o processo, ao invés de servir à efetiva tutela do direito, somente pode condenar o violador a pagar por algo que não tem preço.”⁴²⁷ Na precisa lição de Yussef Said Cahali a respeito do dano moral, perfeitamente aplicável ao presente estudo:

[...] o ordenamento brasileiro conhece instrumentos eficazes no sentido dessa tutela: 'Além de disposições legais constantes da legislação extravagante – como os dos arts. 11-12 da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e art. 84 do CDC -, o art. 461 e parágrafos do CPC trazem o fundamento para a tutela específica nas obrigações de fazer e não-fazer, tutela essa que desfruta de declarada primazia, e que pode ser concedida *antecipadamente*, de sorte, portanto, a atuar de forma preventiva (inclusive para garantir seu atributo de tutela *específica*). **A disposição tem inteira pertinência com a prevenção do dano moral, pois é precisamente no âmbito dos direitos não patrimoniais – nome, imagem, honra, intimidade, privacidade – que as tutelas preventiva e específica revelam-se mais necessárias, precisamente pelas dificuldades de – após consumada a lesão – obter-se uma justa e adequada reparação.**⁴²⁸ (Grifo nosso).

Essa orientação foi seguida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro ao julgar mandado de segurança impetrado em face de decisão proferida em ação civil pública, na qual o juiz de primeiro grau obsteu a exibição, por emissora de televisão, de filme

de uma tutela jurisdicional capaz de garantir de forma adequada e efetiva a inviolabilidade dos direitos não patrimoniais.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 304.

424BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

425Nesse sentido: PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 184.

426Nesse sentido: MANCUSO, R. C. op. cit., 2001, p. 27.

427MARINONI, L. G. op. cit., p. 164-165.

428CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

cujo conteúdo era marcado pelo excesso de violência e cenas de sexo explícito. A segurança foi denegada, lavrando-se acórdão com o seguinte teor, que traduziu o entendimento daquele colegiado julgador sobre o caso em questão:

“Ação Civil Pública. Filme. Vedação de Transmissão Televisada. Art. 221, inc. IV. Constituição Federal de 1988. Mandado de Segurança.

Transmissão de filme de forte conteúdo em cenas de sexo explícito, violência excessiva e brutal, comprometedor de valores éticos, por transmissão televisada. Vedação amparada por preceptivo constitucional (art. 221, inc. IV, da Constituição Federal).

Cabe ao Poder Jurisdicional o controle e a preservação dos valores morais, sob cujas bases se edifica a sociedade e a família brasileira, evitando que transmissões, em circuito aberto, penetrem nos lares indefesos, confundindo o ético com a liberdade sem freios, o licencioso com a arte cinematográfica.

Segurança denegada.” (Conselho da Magistratura, processo 372/92, registrada em 25/09/92, julgado em 10/09/92 – Unânime – Capital – Rel. desembargador Ellis Hermydio Figueira.)⁴²⁹

Caso consumada a ofensa, deve ser privilegiada uma alternativa reparadora que possibilite, na medida do possível, o retorno da situação às condições anteriores à lesão perpetrada. O direito de resposta, mecanismo previsto no art. 5º, V, da CF, consubstancia uma dessas opções de tutela diferenciada reparadora, inclusive quando se tratar de determinadas lesões a direitos coletivos (*lato sensu*) perpetradas pelas emissoras de televisão. Exemplo bem sucedido do exercício de direito coletivo de resposta como mecanismo de compensação por inobservância ao disposto no art. 221, IV, da CF, pode ser colhido no acordo judicial firmado na ação civil pública nº 2005.61.00.024137-3, proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio ativo com seis entidades da sociedade civil, em face da Rede TV, em razão das frequentes violações cometidas pelo programa “Tardes Quentes”, comandado pelo apresentador João Kleber. Em aludido programa eram transmitidas “pegadinhas” que primavam pelo desrespeito aos direitos humanos, especialmente contra os homossexuais. O desrespeito da referida emissora a uma liminar judicial concedida na ação civil pública acima, que determinava a suspensão do programa, obrigou a adoção de medidas como o corte do sinal da emissora e a lacração de seus transmissores pela Polícia Federal. Após este fato, a emissora celebrou um acordo judicial, que fez com que levasse ao ar, em rede nacional, no período de 13 de dezembro de 2005 a 20 de janeiro de 2006, de segunda a sexta-feira, no horário das 16 às 17 horas (horário do “Tardes Quentes”), o programa “Direitos de Resposta”, onde foram veiculadas produções independentes de cunho educativo, dos mais diversos setores da sociedade, com conteúdos que promoviam os direitos humanos. Além disto, a

⁴²⁹Apud CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 106. BARBOSA MOREIRA, J. C. (op. cit.), que também cita este julgado em seu artigo, revela que era “Calígula” o filme em questão.

emissora comprometeu-se, no acordo judicial, a contribuir com R\$ 200 mil para os custos de produção do programa “Direitos de Resposta”, a pagar a quantia de R\$ 400 mil revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e a submeter a sua programação às regras da classificação indicativa do Ministério da Justiça.⁴³⁰

A imposição de obrigações de fazer e de não-fazer também são importantes mecanismos para que as empresas televisivas ajustem a sua programação aos comandos do art. 221 da CF, impelindo-as, por exemplo, a obedecer a preferência constitucional a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (inciso I – obrigação de fazer) ou proibindo-as de transmitirem conteúdos que violentem manifestamente os valores éticos e sociais da pessoa e da família (inciso IV – v. g., a transmissão, ao vivo, de um estupro real ou da prática de ato de pedofilia). Poder-se-ia questionar quais os parâmetros a serem utilizados pelo magistrado que vier a conceder tutela específica nessas situações, para que posteriormente possa aferir se as alterações promovidas pela emissora de televisão foram suficientes para a sua adequação ao disposto no art. 221 da CF. Para cumprimento dessa difícil tarefa, o julgador poderá valer-se da máxima da proporcionalidade como mecanismo de controle de sua própria discricionariedade, conforme será visto no tópico seguinte (4.2.2). Além disto, o magistrado deverá estar atento à pluralidade política, ideológica, cultural e social que caracteriza o povo brasileiro, para que não caia na tentação de querer impor suas concepções pessoais em detrimento de outros valores e predileções que, embora não sejam de seu agrado, não são vedadas pelo ordenamento jurídico, conforme advertiu-se alhures.

Em alguns casos levados à sua apreciação, o Poder Judiciário já teve a oportunidade de, após analisar as peculiaridades da situação concreta, conceder provimentos jurisdicionais consistentes em obrigações de fazer e não-fazer com o objetivo de proteger os direitos do público telespectador.

No julgamento da apelação cível 13059/2001, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro manteve, no aspecto, sentença de primeiro grau que havia condenado uma poderosa rede de televisão a não exibir determinada novela antes das 21 horas. Na hipótese, a novela intitulada “Laços de Família” recebeu, do Ministério da Justiça, classificação

430BARBOSA, Bia et al. **Direitos de Resposta: a sociedade civil ocupa a TV!**. p. 263-277; SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Teses para a reconquista de um espaço público**. p. 279-293. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010.

indicativa para veiculação somente após as 21 horas, em razão da existência de cenas consideradas impróprias, tais como conflitos psicológicos, desvirtuamento de valores éticos e insinuações de sexo. Inconformada, a Rede Globo de Televisão firmou um acordo com o órgão público classificador, comprometendo-se a adequar o conteúdo do programa com a exclusão das cenas consideradas impróprias, a fim de que a transmissão da novela pudesse ser realizada a partir das 20 horas. Não obstante, embora a emissora tenha passado a exibir a novela antes das 21 horas, não promoveu a necessária adequação do conteúdo em relação a qual tinha se comprometido. Esta constatação levou o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro a ajuizar ação civil pública visando a adequação do conteúdo da novela, caso continuasse a ser exibida antes das 21 horas, ou a proibição de sua veiculação antes deste horário. Eis o teor da ementa do acórdão que aborda o tema em comento:

Apelação Cível. Direitos Administrativo e Processual Civil. Ação Civil Pública. Preliminares de cerceamento de defesa, conexão, legitimidade e incompetência. Estatuto da Criança e do Adolescente. Exibição de novela com conteúdo inadequado a determinado horário. Dano moral difuso. [...]
 Descumprido acordo firmado pela emissora de televisão com órgão fiscalizador e, ademais, em desrespeito à decisão judicial, tendo sido mantida a veiculação de seu folhetim em horário inapropriado, incensurável se mostra a condenação em obrigação de não fazer. [...].⁴³¹

Em outro caso, desta feita julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi mantida sentença de primeiro grau que condenara a Rede SBT de Televisão e o apresentador Carlos Roberto Massa, conhecido como “Ratinho”, a se absterem, na produção e exibição do chamado “Programa do Ratinho”, de apresentação de cenas que envolvessem “o confronto físico e a discussão entre as pessoas que ali se apresentam” e “a exibição de pessoas portadoras de deficiência física”. Colhe-se do voto condutor do acórdão, da lavra do Desembargador relator Ribeiro da Silva, que “[a] proibição se refere a cenas em que o confronto físico ou verbal é induzido ou permitido pela produção do programa, ou em que a exibição da deficiência represente a atração do quadro, tudo, em qualquer desses estados, [sic] de exaltação ou imperfeição estética, tenha propósito ou efeito sensacionalista.” A ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo face à constatação de que pessoas eram levadas ao indigitado programa, onde eram incentivadas ao conflito e à agressão física mútua, bem como deficiências físicas ou mentais eram exploradas de forma apelativa pelo apresentador, expedientes utilizados na tentativa de elevação dos índices de audiência.

⁴³¹Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. José Pimentel Marques. Apelação cível nº 13059/2001. Processo nº 2001.001.13059. Apelante: TV Globo Ltda. Apelado: Ministério Público. Data do julgamento: 26 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 20 dez. 2010.

Em outro trecho do mencionado voto, para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do *parquet* para ajuizamento da demanda, o Tribunal reconheceu que esta ação civil pública “[...] visa proteger os interesses coletivos difusos, consistentes no caso pelos telespectadores do programa”, o que confirma a existência de um direito de natureza difusa a uma programação televisiva que atenda aos ditames da CF. O acórdão deste julgado restou assim ementado:

Ação Civil Pública visando proibir emissora de TV e seu apresentador a divulgar confrontos físicos e exibição de deficiências físicas como atrações do quadro de programa televisivo, com propósito sensacionalista – Pretensão de danos morais no importe de R\$ 35.000.000,00 – Apelações desprovidas – Afastadas as preliminares argüidas – Legitimidade do Ministério Público – Mantida a concessão da liminar, e, após, definitiva a prolação da sentença, quanto à proibição das exibições acima – Não há propósito de censura, vedada pela constituição, mas sim de providência destinada a harmonizar o exercício de direitos coletivos – Prevalece a dignidade da pessoa humana – No mérito, indevido o valor indenizatório a título de danos morais – Apelações não providas.⁴³²

Em outra ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face dos mesmos réus da ação mencionada acima, foi proferida decisão judicial que impediu a repetição da exibição, pela emissora de televisão, de cenas em que um adulto espancava e torturava brutalmente uma menor de idade. Ao julgar a apelação cível nº 84.312.0/9, o Desembargador relator Denser de Sá, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmou a sentença de primeiro grau que concedera a obrigação de não-fazer, ressaltando em seu voto que a veiculação de cenas desta espécie, além de atentarem contra a dignidade das crianças e adolescentes coletivamente consideradas, pode fomentar a prática de atos semelhantes por pessoas com desvios psicológicos ou sociais. Com efeito, constou do voto condutor que

[n]o caso dos autos, o 'parquet' com sua intervenção não buscou proteger o direito individual da menor envolvida nos atos de barbárie e tortura registrados na fita de vídeo que deu origem a este feito, mas sim à preservação da dignidade e do respeito inerentes a todas as crianças e a todos os adolescentes, em geral, de forma a colocá-los a salvo de qualquer forma de exploração, violência, crueldade e opressão, a teor dos artigos 227 da Constituição Federal e 4º, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E mais adiante:

Como já exposto, cabe à autoridade judiciária, na forma da lei, todas as providências necessárias para o resguardo da dignidade e do respeito devidos às crianças e adolescentes.

São por demais conhecidos os efeitos nocivos causados pela veiculação de cenas de

⁴³²Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ribeiro da Silva. Apelação nº 179.941.4/0-00. Voto nº 9506. Apelantes: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A, Carlos Roberto Massa e Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelados: os mesmos. Data do julgamento: 01 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.tj.sp.jus.br>>. Acesso em 20 dez. 2010.

agressão e tortura de um adulto contra crianças ou adolescentes. Muito embora se reconheça que a gama de telespectadores seja constituída em sua quase totalidade de pessoas normais, que se chocam e se rebelam com as imagens transmitidas, muitas dos quais por indignação até desligam sua TV ou migram para outro canal, não se pode olvidar que outras vezes tais atos servem de inspiração e incentivo à uma minoria mentalmente, ou moralmente doente.

[...]

Desta forma, não é difícil imaginar que a larga divulgação de cenas de agressão e tortura contra uma criança indefesa poderiam ao longo do tempo também se repetir e como já referido, servir de inspiração e incentivo a mentes doentias.⁴³³

A defesa das populações indígenas, que constitui uma das funções institucionais que a CF atribuiu ao Ministério Público por força de seu art. 129, V, também já ensejou a propositura de ação civil pública por este órgão com o objetivo de adequar programa televisivo atentatório à dignidade do povo indígena. Tratava-se da novela intitulada “A Lua me Disse”, transmitida pela Rede Globo de Televisão, onde foram exibidas cenas envolvendo personagem indígena com insinuações de conotação sexual ou que poderiam incentivar a violência contra o povo indígena. A tutela antecipada requerida pelo *parquet* federal foi deferida pelo juízo de primeiro grau, que determinou a emissora a se abster de veicular cenas com as características citadas acima. A referida emissora agravou desta decisão, e, malgrado o Tribunal Regional Federal da 2ª Região não tenha julgado o agravo em razão da perda de seu objeto – haja vista o término da novela ao tempo do julgamento -, aquela Corte deixou entrever a sua concordância em relação à decisão vergastada, conforme se infere do julgado, cuja ementa é abaixo reproduzida:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL

433Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Des. Denser de Sá. Apelação cível nº 84.312-0/9-00 . Voto nº 18.471. Apelante: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A e Carlos Roberto Massa. Apelado: Ministério Público. Data do julgamento: 1 de abr. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.sp.jus.br>>. Acesso em 21 dez. 2010.

Esta a ementa do acórdão: “MENOR - Ação civil pública visando proibir emissora de TV e seu apresentador de programa a divulgar imagens que mostram cenas de espancamento e tortura de menor por adulto - Pretensão acolhida, com imposição de multa em caso de descumprimento - Apelos visando a reforma do julgado - Alegação preliminar de ilegitimidade ativa do MP, bem como de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de requerimento de provas - Defesa de mérito lastreada na inexistência de infração às normas do ECA e de ofensa a garantia constitucional que proíbe a censura dos meios de comunicação - Descabimento - Legitimidade ativa do MP que decorre de disposições expressas da CF (art. 6º, 127 e 129, III) e do ECA (art. 201, V e 210,I) - Cerceamento de defesa não caracterizado - Faculdade concedida pela lei processual ao magistrado de indeferir requerimentos de provas que se mostram inúteis ou protelatórias (art. 130 do CPC) - Veiculação de imagens contendo cenas de bárbaras e insanas agressões praticadas por adulto contra infante que violam o direito à dignidade e o respeito devido às crianças e adolescentes em geral, além de expô-los a risco pela possibilidade de inspiração e incentivo à sua repetição por terceiros mentalmente ou moralmente doentes - Liberdade de expressão que, ademais, não constitui direito absoluto, mas temperado por outras garantias previstas na CF (art. 220, § 3º, II) e no ECA (art. 4º, 17 e 18) - Conflito de direitos que se soluciona pela opção do caminho mais proveitoso à sociedade, em detrimento de interesses particulares — Impedimento de veiculação de imagens que não se confunde com censura, pois não impede a divulgação da notícia, mas somente a forma como esta é levada ao conhecimento público – Recursos improvidos.”

PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA PROIBIR A EXIBIÇÃO DE CENAS, EM NOVELA DE TELEVISÃO, QUE ALIMENTEM O ESTEREÓTIPO CONTRA INDÍGENAS, DE VIOLÊNCIA OU DE INSINUAÇÕES DE SEXO. LEGITIMIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIAÇÃO DESDE QUE EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ADEQUADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE COMUNICAÇÃO.

I - Agravo de Instrumento interposto pela TV GLOBO LTDA com objetivo de reformar a decisão de 1º grau que, nos autos de Ação Civil Pública, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para que a Agravante, na exibição da novela “A Lua Me Disse”: a) fosse impedida de transmitir cenas que pudessem expor a personagem índia a situações constrangedoras ou degradantes, ou que alimentem o estereótipo contra indígenas; b) fosse impedida de transmitir cenas de violência ou insinuações de sexo, na mesma novela.

II – Deferimento da suspensão da eficácia da decisão impugnada, às fls. 304/306.

III - A Magistrada, na sua avaliação, considerou ter ocorrido vilipêndio ao indígena enquanto minoria, haver sido violado o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros fundamentos. O digno Procurador Regional da República, da mesma forma vem mantendo no exercício da atividade de comunicação massificada, especialmente através dos programas telev a, tece considerações bastante pertinentes em relação à postura que a Agravante isivos conhecidos por “novelas”.

IV - Não há direito ou garantia absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a liberdade de expressão e de criação certamente somente se reconhece como legítima desde que não abusiva ou em dissonância com valores e princípios basilares, alçados ao nível da Constituição Federal. Mesmo a expressão via representação televisiva merece ser objeto de prevenção ou de repressão quando verificado o exercício abusivo, aético ou mesmo desproporcional ao atendimento às finalidades e perspectivas do plano da obra televisiva anteriormente submetido a determinados agentes e autoridades públicas.

V - Contudo, no caso em tela, verifica-se que houve perda de objeto relativamente ao julgamento da questão, porquanto a exibição da novela “A Lua Me Disse” já se encerrou há alguns meses, sendo totalmente inviável que seja atualmente cumprida a decisão recorrida. Desse modo, ainda que reconhecendo pertinência nos fundamentos da decisão recorrida e no bojo da decisão monocrática deste Tribunal, o certo é que não há mais utilidade no julgamento da pretensão recursal.

VI – Agravo de Instrumento conhecido e julgado prejudicado; revogada a decisão de fls. 304/306.⁴³⁴

Outrossim, a indenização em pecúnia, meramente compensatória e dissuasória de novos atentados, deve ser deixada como derradeira opção, sem prejuízo, é claro, da sua cumulabilidade com os demais pedidos. Saliente-se que a indenizabilidade do dano moral coletivo não possui o condão de devolver ao *status quo ante* o patrimônio imaterial dos lesados, pois os bens atingidos são insuscetíveis de substituição por dinheiro ou outro tipo de prestação. Não é outro o pensamento da mais abalizada doutrina:

Em nosso direito, ausente disposição legal explícita, demonstra Flávio Luiz Yarshell, de maneira convincente, a admissibilidade da mais ampla tutela preventiva e inibitória e da tutela específica do dano moral: o exame do tema comporta duplo

⁴³⁴Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 8ª Turma. Relator: Juiz Federal convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Agravo de Instrumento. Processo nº 2005.51.01.017911-9. Agravante: TV Globo Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Data do julgamento: 22 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em 21 dez. 2010.

enfoque, conforme se tome o *momento da consumação do dano*. Quando se trata de *prevenir* a perpetuação do ilícito (impedindo que o dano moral venha se consumir), ou mesmo de fazer *cessar* a violação que está em curso (impedindo sua reiteração ou agravamento), não há dúvida de que intervenção judicial pode dar-se mediante a imposição de prestações de *fazer* e *não-fazer*. Trata-se de atuar sobre a conduta do autor da violação, para que se abstenha da prática do ilícito; ou para que cesse a violação já iniciada; ou ainda para que, desde logo, desfaça a material.⁴³⁵

Embora ainda não haja consensos doutrinário e jurisprudencial acerca da indenizabilidade dos danos morais coletivos, alguns julgados de Tribunais têm reconhecido esta possibilidade, inclusive em razão da inadequação do conteúdo de programas televisivos. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar recursos de apelação na ação civil pública nº 2006.71.10.001807-0/RS ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de uma Rede Comunitária de Televisão e de apresentadores de um determinado programa nela veiculado, firmou o entendimento de que a liberdade de expressão e informação e a proibição a censura não podem servir de pretexto a autorizar a ofensa a outros direitos e valores assegurados constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana e a vedação à discriminação. Naquele caso concreto, por vislumbrar a injustificada ofensa a bens jurídicos de toda a coletividade cuja tutela a CF se compromete, o Tribunal manteve a condenação dos réus em danos morais coletivos. Para melhor entendimento da matéria, colaciona-se abaixo trecho da ementa do v. acórdão proferido pela Corte Federal:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE COMUNITÁRIA DE TELEVISÃO. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA NITIDAMENTE OFENSIVO A DIVERSAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS, SOBRETUDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA ASSOCIAÇÃO E DOS APRESENTADORES DO REFERIDO PROGRAMA.

1. Com efeito, o sentimento natural de qualquer pessoa ao assistir às gravações do programa Picoteô é Bucha veiculado pela ré ACTCVC/TV é de repulsa, mal-estar, indignação e revolta. As cenas que se sucedem são abjetas e desprezíveis e as observações e os comentários desdenhosos feitos pelos réus Cláudio Roberto Insaurriaga e Leonardo de Leon Azevedo são um verdadeiro quadro de horror.

A exibição de tal programa, em que as manifestações dos apresentadores insuflam a discriminação e a segregação de minorias sociais ou tripudiam a vida humana ao relacionar, com zombaria, a morte agonizante de um homem (que se sabe verdadeira) ao abate de um porco, não se coaduna com os valores mínimos respeitados por uma sociedade moderna e democrática nem tampouco com as finalidades visadas pelos meios de comunicação.

A conduta dos réus é clamorosamente ofensiva aos princípios fundamentais, não havendo que se falar em censura.

Há um desrespeito à dignidade da pessoa humana. Os comentários feitos são muito mais do que chulos. Expressam um desprezo e um escárnio a pessoas com orientação sexual diversa ou com problemas físicos. A programação faz tábula rasa de qualquer campanha de inclusão, disseminando o preconceito e a violência.

Como se sabe, não existe uma liberdade ou um direito absoluto. Dessa forma, a

⁴³⁵CAHALI, Y. S. op. cit., p. 792.

garantia constitucional da livre manifestação do pensamento, bem como da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a chamada liberdade de imprensa, não pode constituir salvo-conduto para a violação de outros direitos igualmente assegurados.

No caso, está-se diante de uma autêntica colisão de direitos fundamentais: de um lado a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa e de outro o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa humana e da família (em última análise, dos telespectadores do Canal Comunitário de Pelotas).

Marcelo Novelino ensina que, em casos tais, a solução deve se dar com base no juízo de ponderação (Direito Constitucional para Concursos - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 160).

Assim, ao sopesar ambos os direitos envolvidos, esvaem-se as dúvidas, exsurgindo, com clareza, o abuso de direito praticado pelos réus ao excederem, manifestamente, os limites impostos pelo fim social e pelos bons costumes à livre manifestação do pensamento e à liberdade de imprensa.

Aqui, garantindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão deve ceder em prol de valores que se assentam sobre o pilar da racionalidade, e do respeito à pessoa humana, em concreto, ao direito à igualdade, à vida e à dignidade.

Note-se que, pouco importa o horário em que o programa era apresentado, pois o que se pretende é salvaguardar valores constitucionais supremos, inerentes a qualquer pessoa, independentemente de sua faixa etária.

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade aqui reconhecida é extracontratual ou aquiliana, não socorrendo à ré ACTCVC/TV a isenção estipulada contratualmente frente ao réu Cláudio Roberto dos Santos Insaurriaga (fls. 168/170).

Firmada a responsabilidade dos réus, passo, então, à quantificação do valor indenizável.

Registre-se que a indenização pretendida pelo Ministério Público Federal visa à reparação pecuniária de um dano de ordem não patrimonial. Não se trata de estabelecer um preço pelos direitos violados, mas, sim, propiciar a reparação, ainda que precária, da comunidade ao assistir o programa veiculado pela ré ACTCVC/TV e apresentado pelos réus Cláudio Roberto Insaurriaga e Leonardo de Leon Azevedo. O valor pretendido pelo Ministério Público Federal a título de indenização é desproporcional e não segue os parâmetros da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ora, para a quantificação do dano moral o Juiz deve utilizar do prudente arbítrio, fixando valor não tão vultoso que se traduza em enriquecimento ilícito, nem tão pequeno que torne irrisória a condenação.

Dessa forma, com espeque no princípio da razoabilidade e tendo em vista que o valor da indenização deve traduzir uma possível recomposição, além de ter um caráter pedagógico, fixo a indenização em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada um dos réus, ACTCVC/TV, Cláudio Roberto Insaurriaga e Leonardo de Leon Azevedo, a ser revertida em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

[...].⁴³⁶

Por derradeiro, não se pode descartar a possibilidade de extinção judicial da concessão ou da permissão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, medida que, no entanto, deve ser utilizada como uma *ultima ratio*, reservada para as hipóteses em que a emissora descumpra de forma grave e reiterada as normas (constitucionais, legais ou da

436Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 3ª Turma. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Apelação cível nº 2006.71.10.001807-0/RS. Apelantes: Associação Cultural Televisão Comunitária via Cabo – ACTCVC/TV, Claudio Roberto dos Santos Insaurriaga e Outro. Apelado: Ministério Público Federal. Interessados: União Federal e Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Data do julgamento: 08 jul. 2008. Publicado no Diário Eletrônico em 31 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 20 dez. 2010.

delegação do serviço público) que condicionam a sua atividade e, mesmo após ter sido instada a adequar a sua conduta, assim não procede. Impende lembrar que o cancelamento da delegação desta espécie de serviço público antes do vencimento do prazo depende de decisão judicial, por força do art. 223, § 4º, da CF⁴³⁷, o que excepciona a regra do regime geral de concessões e permissões que faculta a rescisão unilateral do contrato pelo Poder concedente (arts. 37 e 38 da Lei 8.987/95). Dentre os legitimados para o ajuizamento de ação com o desiderato acima, encontra-se o Ministério Público da União, por autorização expressa do art. 6º, XVII, “d”, da Lei Complementar 75/93.

Cumpra esclarecer que foram apresentadas acima as principais medidas judiciais passíveis de utilização para assegurar a observância, pelas emissoras de radiodifusão de sons e imagens, do interesse difuso a uma programação televisiva que esteja em conformidade com a CF. Cuida-se de enunciação exemplificativa, de modo que o caso concreto poderá justificar a adoção de outra providência judicial mais adequada às suas peculiaridades.⁴³⁸ Por outro lado, nada obsta, a depender das circunstâncias da situação fática, a concessão cumulativa de diferentes provimentos jurisdicionais (v.g., a extinção da concessão da emissora de televisão e a sua condenação em danos morais coletivos pelas lesões já causadas).

4.2.2 A máxima da proporcionalidade como meio de controle da discricionariedade do Estado

Procurou-se demonstrar que o art. 221 da CF encerra normas que vinculam diretamente as emissoras de televisão, restringem a sua liberdade de programação e comportam direitos dos telespectadores exigíveis do Estado.

Para que os direitos dos telespectadores sejam satisfeitos em maior grau, o Estado, através do legislador infraconstitucional, pode (em alguns casos deve, como ocorre

⁴³⁷Para Mello, C. A. B. de (op. cit., p. 689-690) a inserção na CF desta norma deve-se às “forças mais poderosas deste país”, as emissoras de radiodifusão.

⁴³⁸A este respeito, BARBOSA MOREIRA, J. C. (op. cit.) anota que “por força da remissão do art. 21 ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, incidem as disposições do respectivo art. 84, de resto incorporadas recentemente ao Código de Processo Civil: pode o juiz, por exemplo, aplicar multa à emissora, ou determinar medidas como busca e apreensão ou impedimento da atividade nociva, inclusive mediante requisição de força policial (Lei nº 8.078, art. 84, §§ 4º e 5º)”.

com o inciso III) editar leis com o objetivo de densificar os preceitos constitucionais do art. 221 da CF, dever este que foi cumprido apenas parcialmente até o presente momento. Exemplificando a concretização constitucional realizada pelo legislador, podem ser citados o art. 38, “h”, do CBT, que estipula um percentual mínimo de serviço noticioso a ser transmitido, e o art. 76, *caput*, do ECA, que estabelece as finalidades a serem observadas pelas emissoras nos programas que veiculem nos horários em que o público infanto-juvenil encontra-se mais exposto às transmissões televisivas.

A necessidade de atividade legislativa intermediadora para que os direitos dos telespectadores sejam satisfeitos em maior extensão não exclui, contudo, a possibilidade de se exigir diretamente do Poder Judiciário, com amparo direto nos preceitos do art. 221 da CF (exceto o inciso III), medidas de proteção em face do manifesto descumprimento do comando constitucional por parte das emissoras, conforme visto acima. Esta conclusão encontra-se em consonância com o conceito geral e formal de direitos fundamentais de Robert Alexy, assim formulado: “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”⁴³⁹

A dificuldade na interpretação constitucional das normas hospedadas no art. 221 da CF, principalmente em razão dos conceitos semanticamente abertos utilizados na redação daqueles dispositivos, também já foi destacada anteriormente. A indeterminação e a vagueza daqueles conceitos poderiam, segundo alguns autores, dar margem ao arbítrio ou ao subjetivismo do juiz ou do legislador, que a pretexto de concretização daquele comando constitucional, poderiam interpretar aqueles conceitos do modo que lhes conviessem, extrapolando as balizas fixadas pela CF e aniquilando a liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão em determinados casos concretos. Observe-se que a possibilidade de estipulação de restrições à liberdade de expressão e informação nos moldes definidos no art. 221 da CF não se discute, pois decorre de expresse mandamento constitucional; cuida-se de opção realizada *a priori* pelo legislador constitucional. O art. 221 da CF, conforme já se salientou, consigna, em abstrato, medidas genéricas consideradas adequadas pelo legislador constitucional em situações de colisão entre a liberdade de expressão e informação e outros

⁴³⁹ALEXY, R. op. cit., p. 446. A partir da concepção formal dos direitos fundamentais, ALEXY, R. (p. 450) formula um enunciado geral sobre os direitos a prestações, na sua feição de direitos subjetivos: “Em virtude de normas de direitos fundamentais, todos encontram-se em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”

direitos fundamentais e bens jurídicos protegidos. A problemática, então, refere-se ao controle dos limites em que essas restrições podem ser validamente estabelecidas nas situações concretas.

J. J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado alertam para o risco em se aceitar a restrição de direitos fundamentais calcadas tão somente na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, pois entendimento desta espécie desoneraria o Estado da necessidade de fundamentação dessas restrições a partir de um método racional. Nas palavras dos constitucionalistas portugueses,

O direito constitucional mostra-se geralmente relapso a uma precipitada fuga para cláusulas gerais⁴⁴⁰ e conceitos indeterminados, como “dignidade humana”, “dignidade das instituições”, “ordem pública”, “moral pública”, “bons costumes”, como estratégia retórica de manipulação conceitual do nível de generalidade dos direitos fundamentais e dos fundamentos constitucionais da sua restrição, em termos que permitam aos operadores jurídicos, através de “ponderações apócrifas”, iludir, de forma retórica, os limites dos limites e o dever de fundamentação das restrições.
441

Afigura-se, pois, imprescindível que as restrições estabelecidas pelo Estado, em concreto, com base no art. 221 da CF, possam ser suscetíveis de verificação através de um método jurídico racional, a fim de verificar se as concretizações daquela norma não extrapolam os limites fixados pela própria CF.

É nesse contexto que se pode falar na máxima da proporcionalidade e no sopesamento enquanto mecanismos de controle da discricionariedade estatal neste campo, sobretudo ao se adotar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

A teoria de Robert Alexy parte da distinção entre regras e princípios, que tem como premissa o fato de que ambos – princípio e regra – são espécies de norma jurídica.⁴⁴² A estrutura dos direitos que estas normas jurídicas garantem, contudo, é diferente, sendo este o

440“Cláusulas gerais” é outra locução comumente utilizada pela doutrina para designar expressões jurídicas com relativa abertura conceitual. Anteriormente foram apresentadas as definições de “conceitos jurídicos indeterminados” e “conceitos normativos” (tópico 3.2). Resta agora precisar o significado das “cláusulas gerais”. Para ENGISCH, K. (op. cit., p. 229), cláusula geral é “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.” A antítese da cláusula geral é a elaboração casuística, pelo legislador, das hipóteses específicas abarcadas pela norma. Percebe-se, portanto, que cláusula geral e conceito jurídico indeterminado não são sinônimos e nem se excluem mutuamente; ambos cuidam da abertura da norma sobre diferentes perspectivas. “Valores éticos e sociais da pessoa e da família”, conceito mencionado no art. 221 da CF, por exemplo, é um conceito jurídico indeterminado, classificável como conceito normativo (em oposição ao conceito descritivo), e consubstancia uma cláusula geral, pois a CF não enumera casuisticamente as situações que se enquadram naquele conceito.

441CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M. op. cit., p. 83.

442ALEXY, R. op. cit., p. 87.

elemento que irá determinar se uma norma consubstancia uma regra ou um princípio.⁴⁴³

Por essa concepção, as regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos, e contêm determinações.⁴⁴⁴ “São normas que são sempre ou satisfeitas ou não-satisfeitas”⁴⁴⁵. Com relação à sua aplicação prática, o aplicador do direito deve se valer da operação de subsunção, isto é, verificar se o caso concreto se amolda com precisão ao estabelecido na regra.⁴⁴⁶ Disto decorre a obrigatoriedade da aplicação total da regra quando se conclui pela ocorrência da subsunção. Neste caso, não há alternativa para o intérprete, que não terá opção entre aplicar ou não a norma ao caso, nem poderá ele modular em que extensão a norma será aplicada, pois esta deverá ser observada em sua integralidade.⁴⁴⁷ Isto não impede que algumas regras veiculem, em determinadas hipóteses, normas que excepcionem a aplicação de outras regras.⁴⁴⁸

Se duas ou mais regras se subsumem ao caso concreto, mas as suas aplicações apresentam consequências jurídicas totalmente inconciliáveis entre si, o caráter de definitividade e integralidade desta categoria normativa impede que ambas sejam aplicadas simultaneamente. Ou a regra é aplicada em sua totalidade ou não é aplicada em nenhuma extensão. Desse modo, eventual conflito entre diferentes regras aparentemente aplicáveis ao mesmo caso, mas que produzam resultados contrários, deve ser resolvido no plano da validade. Assim, uma das regras não será aplicável porque certamente não é válida, resolvendo-se o conflito através de diretrizes como o da *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.⁴⁴⁹

A teoria de Robert Alexy tem como um dos seus principais fundamentos o reconhecimento do caráter principiológico dos direitos fundamentais⁴⁵⁰, sujeitos, portanto, a colisão com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos. De se ver que a compreensão dessa teoria pressupõe o estudo da concepção de princípios adotada pelo jusfilósofo alemão, sendo a máxima da proporcionalidade o mecanismo através do qual procura-se resolver a colisão entre os princípios (ou bens jurídicos protegidos), para

443Id. Ibid., p. 86-90.

444SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2010. p. 45.

445ALEXY, R. op. cit., p. 91.

446SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 46.

447Id. ibid., p. 45.

448ALEXY, R. op. cit., p. 92-93.

449SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 48-49.

450ALEXY, R. op. cit., p. 575.

deles se extrair a máxima efetividade em cada situação concreta. Isto porque na teoria de Robert Alexy, os princípios asseguram direitos (ou impõem deveres) *prima facie* cuja aplicação no caso concreto pode ser realizada em diferentes graus.⁴⁵¹ Para este autor, princípios são mandamentos de otimização, que veiculam normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em decorrência, o direito (ou dever) abrigado pelo princípio pode ser realizado de forma parcial – e isto é o que geralmente ocorre –, pois é dependente das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.⁴⁵²

Quando dois ou mais princípios⁴⁵³ são aplicáveis para uma mesma situação, haverá uma colisão entre eles, o que não exige que somente um deles prevaleça no caso concreto e seja aplicado com exclusividade. Como afirmado anteriormente, o princípio garante um direito *prima facie*, que deverá ser observado da forma mais ampla possível, mas que encontra-se sujeito a limitações de ordem fática e jurídica de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Aliás, estas limitações jurídicas ocorrem justamente pela colisão de um princípio com outros, que fará com que um dos princípios tenha precedência sobre os demais, sob determinadas condições. Estas condições são ditadas pelas peculiaridades da situação fática, criando-se uma relação de precedência que encontra-se diretamente vinculada àquelas condições. A colisão entre princípios são resolvidos na dimensão do peso de cada um deles.⁴⁵⁴ Esta harmonização que se verifica na colisão de diferentes princípios é realizada pela técnica do sopesamento. O sopesamento faz parte da aplicação da máxima da proporcionalidade.

A natureza dos princípios encontra-se estreitamente ligada à máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais, da adequação, da necessidade e da

451Id. Ibid., p. 103-106.

452Id. Ibid., p. 90. SILVA, V. A. da. (op. cit., 2010, p. 36) anota que alguns autores, embora utilizem a distinção de regras e princípios propostas por ALEXY, R. como ponto de partida, acabam por qualificar, no curso de seus trabalhos, algumas normas como princípios, quando pela mencionada teoria teriam a estrutura de regras. Caso emblemático é o da disposição constitucional que preconiza que “não há crime sem lei anterior que a defina”, comumente tratada pela doutrina como “princípio da legalidade”, mas que ostenta uma estrutura de regra. Em outra obra, Virgílio critica a tendência de apego excessivo da doutrina constitucional brasileira a teorias formuladas em outros países, sem ter o necessário cuidado em analisar se tais teorias são compatíveis entre si e se adequam à realidade e ao sistema jurídico brasileiros. A ausência de tais cautelas faz com que, não raras vezes, alguns autores trabalhem simultaneamente com teorias incompatíveis entre si, colocadas em um “mesmo saco”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: Interpretação Constitucional. Org. Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 139-141.

453Doravante, quando houver referência a colisão entre princípios, também estar-se-á incluindo a possibilidade de colisão entre princípios e bens jurídicos protegidos constitucionalmente, pois a técnica de solução dessa colisão é a mesma.

454ALEXY, R. op. cit., p. 93-96.

proporcionalidade em sentido estrito.⁴⁵⁵

A Constituição brasileira de 1988 não previu expressamente a máxima da proporcionalidade, diferentemente das Cartas Fundamentais de outros países, como a Constituição portuguesa de 1976, que em seu art. 18º, dispôs expressamente que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.⁴⁵⁶ Não obstante, a falta de previsão constitucional expressa na Lei Fundamental brasileira não constitui óbice para a aplicação da máxima da proporcionalidade.⁴⁵⁷

Conforme já se afirmou, princípios são mandamentos de otimização sujeitos às possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas dizem respeito a colisão de um princípio com outro(s) no caso concreto, de maneira que os princípios colidentes não possam ser satisfeitos na mesma medida simultaneamente. Antes, porém, a aplicação dos princípios demanda inicialmente a identificação das possibilidades fáticas, o que deve ser feito através dos exames de necessidade e de adequação.⁴⁵⁸

O exame da adequação (às vezes denominado de “idoneidade”, “conformidade”⁴⁵⁹ ou da “menor ingerência possível”⁴⁶⁰) consiste em verificar se a medida adotada é idônea a fomentar o atingimento do objetivo perseguido.⁴⁶¹ A máxima da adequação assume uma feição negativa, pois deve-se descartar os meios não adequados para o alcance do objetivo.⁴⁶² “O teste da adequação é absoluto e linear, ou seja, refere-se pura e

455Para ressaltar a estreita ligação entre os princípios e a máxima da proporcionalidade, ALEXY, R. (op. cit., p. 116) afirma que “[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.”

456GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo : RCS Editora, 2007. p. 77-78.

457GUERRA FILHO, W. S. (op. cit., 2007, p. 79; 88) recorre ao disposto no art. 5º, § 2º, da CF, para justificar a máxima da proporcionalidade no sistema jurídico brasileiro, à míngua de uma previsão expressa daquela. Também alude ao devido processo legal substantivo para fundamentar a aplicação da máxima da proporcionalidade no direito brasileiro. Este mesmo autor vislumbra na máxima da proporcionalidade a natureza de uma garantia fundamental, mas atribui a ela uma estrutura de um princípio na concepção da teoria dos princípios de ALEXY. Entendemos, contudo, desnecessário recorrer a este dispositivo para fundamentar o uso dessa máxima, pois ela decorre da admissão do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais e presta-se a resolver a colisão de princípios.

458Id. Ibid., p. 118.

459STEINMETZ, W. A.. op.cit., p. 40.

460CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 1997, p. 262.

461SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 170.

462ALEXY, R. op. cit., p. 590.

simplesmente a uma relação meio e fim entre uma medida e um objetivo [...].”⁴⁶³ Wilson Antônio Steinmetz sustenta que o exame da adequação “tem caráter empírico. Pergunta-se se o meio utilizado é adequado, empírica ou faticamente, para alcançar o objetivo pretendido.”⁴⁶⁴

A máxima parcial da necessidade, também chamada de “exigibilidade”⁴⁶⁵ ou “indispensabilidade”⁴⁶⁶, determina a escolha, dentre as medidas adequadas disponíveis, aquela que tem melhor cabimento ao caso. Exige-se, portanto, um exame comparativo entre as medidas que passaram pelo “filtro” da adequação.⁴⁶⁷ Nesta comparação, duas variáveis devem ser consideradas: “(1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e o (2) grau de restrição ao direito fundamental atingido.”⁴⁶⁸ A combinação destas duas variáveis pode conduzir a diferentes panoramas, ora prestigiando-se em maior intensidade uma delas, ora a outra. Em outras palavras, haverá medidas que realizam com grande intensidade o objetivo proposto, mas causarão uma grande restrição a outro(s) direito(s) fundamental(is); às vezes poderá ocorrer o inverso; e outras medidas estarão próximas a um ponto médio, isto é, não realizarão com intensidade o objetivo proposto e nem restringirão sobremaneira o(s) direito(s) fundamental(is) contraposto(s). Em qualquer caso, terá prevalência a variável número (1), retratada na primeira situação descrita, ou seja, pelo exame de necessidade deve ser escolhida a medida que melhor possibilite a realização do objetivo proposto. Existindo duas medidas que atinjam com a mesma eficiência o objetivo, a resposta será então ditada pela variável número (2), recaindo a opção sob a medida menos gravosa ao(s) direito(s) fundamental(is).⁴⁶⁹

Assim como a máxima parcial da adequação, o exame da necessidade “[é] um juízo de conteúdo empírico aquele que indica qual é, entre os meios igualmente eficazes, o

463SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 171.

464STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 40.

465GUERRA FILHO, W. S. op. cit., p. 89.

466STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 40.

467Para ALEXY, R. (op. cit., p. 591), “[e]m razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição.”

468SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 171. CANOTILHO, J. J. G. (op. cit., 1997, p. 262), que adota a terminologia “princípio da exigibilidade”, aponta outros elementos que devem ser considerados no exame da necessidade da medida, enumerados a seguir: “a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais <<poupado>> possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.” Impende anotar que ao tecer estas considerações, CANOTILHO não aborda especificamente a aplicação da máxima da proporcionalidade na colisão de direitos fundamentais, pois refere tanto ao Direito Administrativo como ao Direito Constitucional.

469SILVA, V. A. da. op. cit., 2010, p. 171-174.

menos gravoso ou o menos prejudicial.”⁴⁷⁰

Superado o exame da adequação e da necessidade, terá lugar o teste final, da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento), que é o “mandamento de ponderação propriamente dito”.⁴⁷¹

Verificar qual o princípio deva prevalecer – e em qual medida – quando em choque com outro princípio exige a verificação das circunstâncias do caso concreto, em virtude da inexistência de uma “escala de importância” previamente determinada. Abstratamente, nenhum princípio é mais importante do que outro. Esta análise deve ser realizada a partir de um sopesamento entre os princípios em jogo. Nas palavras de Robert Alexy⁴⁷², “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.” Isto significa identificar quais as condições, em determinada situação fática, farão com que um dos princípios deva ter prevalência em face do outro. Note-se que a definição da precedência de um princípio sobre o outro está diretamente vinculada às condições do caso, de modo que em outra situação em que as condições forem outras, o princípio antes preterido poderá prevalecer sobre o outro.⁴⁷³

Um exemplo apresentado por Robert Alexy, a partir de um julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha, poderá melhor esclarecer a lei de colisão. Tratava-se de um caso que versava sobre a possibilidade de realização de uma audiência, em que o acusado corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou infarto, em virtude da situação de tensão deste tipo de ato judicial. Contrapunham-se, portanto, o “dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal” e o “interesse do acusado em ver respeitado os seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado”⁴⁷⁴ (de proteção da sua vida e de sua integridade física). Ambos os princípios não poderiam ser satisfeitos simultaneamente no caso, e tampouco é possível afirmar, aprioristicamente, que um devesse prevalecer sobre o outro. Pela lei do sopesamento, a resposta a esta colisão de princípios importa em analisar qual destes dois princípios deveria prevalecer e qual deveria ceder, e sob quais condições, ou, em outras palavras, qual deles tem o maior peso em virtude

470STEINMETZ, W. A. op. cit., p. 41.

471Id. Ibid., p. 41.

472ALEXY, R. op. cit., p. 96.

473Id. Ibid., p. 96.

474Id. Ibid., p. 94-95.

das circunstâncias do caso concreto. Com base nestas considerações, o Tribunal decidiu que naquele caso deveria prevalecer os direitos à vida e à integridade física do acusado, a partir de um raciocínio que pode ser assim formulado: “se a realização da audiência implica um risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave a sua saúde, então a continuação do procedimento lesa seu direito fundamental garantido pelo art. 2º, § 2º, 1, da Constituição”.⁴⁷⁵ Este enunciado indica quais as condições que acarretam a violação de um direito fundamental, e portanto, proíbe, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, uma conduta que preencha estas condições. A partir do enunciado acima, pode-se deduzir que nem todas as audiências são proibidas, em razão da hipotética possibilidade de, pela situação de tensão, causar um derrame cerebral ou um infarto no acusado. Somente quando a audiência implicar um “risco provável e concreto à vida do acusado ou uma possibilidade de dano grave a sua saúde” (condições), o direitos do acusado prevalecerão sobre o “dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal” (relação de precedência de um princípio sobre o outro), acarretando na proibição da realização da audiência (consequência jurídica do princípio).

A formulação de enunciados de preferências condicionadas, como o acima, exige uma fundamentação que pode se valer dos mais variados métodos de fundamentação racional, como recorrer “[...] à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas.”⁴⁷⁶ Contudo, além destas modalidades gerais de argumentação jurídica, o sopesamento exige um outro tipo de fundamentação específica, denominada de “lei do sopesamento”, que pode ser expressa no seguinte enunciado: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro.”⁴⁷⁷

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.⁴⁷⁸

A fundamentação dos graus de importância e de satisfação dos princípios pode

475Id. Ibid., p. 98.

476Id. Ibid. p. 166.

477Id. ibid., p. 167; 593.

478Id. Ibid., p. 594.

ser realizada através de qualquer forma de argumentação jurídica.⁴⁷⁹

Neste ponto poder-se-ia indagar qual a pertinência da máxima da proporcionalidade e do sopesamento para o estudo das normas do art. 221 da CF, porquanto foi enfatizado anteriormente que aquelas expressam um juízo de preferência estabelecido previamente pelo legislador constitucional, após o sopesamento em abstrato da colisão entre liberdade de expressão e informação com outros direitos fundamentais (educação, cultura, direito de ser informado) ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos (a proteção integral da infância e juventude, a preservação da família etc.). Dito de outra forma, se a CF fez uma prévia opção nessas hipóteses de colisão, não seria dispensável se recorrer à máxima da proporcionalidade e ao sopesamento nesses casos?

A resposta a este questionamento foi antecipada no início deste tópico: a máxima da proporcionalidade – e mais especificamente o sopesamento – permitem o controle da discricionariedade do legislador e do juiz quando da concretização das normas do art. 221 da CF.

Conquanto o art. 221 da CF expresse escolhas determinadas pelo legislador constitucional, a redação aberta e com alto grau de generalidade daquele dispositivo permite a sua concretização de diversas formas e em diferentes extensões. Saber se determinada medida concreta (uma lei ou uma decisão judicial, por exemplo) atende ao comando constitucional respectivo, sem desbordar dos seus limites, a fim de evitar a injusta afetação à liberdade de expressão e informação, recomenda a verificação através da aplicação da máxima da proporcionalidade, especialmente mediante o sopesamento daquela liberdade com o princípio contraposto que fundamenta a restrição.

Com efeito, as restrições impostas pelo legislador infraconstitucional com fundamento naquela disposição fundamental estão sujeitas ao exame de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pois, conforme observa Jorge Reis Novais,

Que as decisões de ponderação relativas à eventual cedência dos direitos fundamentais devem ser controladas é uma exigência que decorre, linearmente, da natureza formalmente constitucional dos direitos fundamentais e do regime da sua protecção qualificada. Que esse controlo, mesmo quando se refere às decisões do legislador democraticamente legitimado, deve incumbir ao poder judicial e, designadamente, à justiça constitucional é a solução adequada tal como é imposta

479Id. Ibid., p. 171. ALEXY, R. (op. cit., p. 173) afirma que o seu modelo de sopesamento equivale ao “princípio da concordância prática” que tem como um dos seus principais defensores o jurista alemão Konrad Hesse.

pelo princípio da separação dos poderes próprio de Estado de Direito.⁴⁸⁰

Ademais, a máxima da proporcionalidade também permite às instâncias judiciais superiores verificar, em eventual reexame judicial do caso, se a restrição imposta por decisão judicial não se divorciou dos limites impostos pela CF no aspecto.

A análise de exemplos deixará mais claro o que se afirmou acima.

O art. 38, “h”, do CBT, referido anteriormente, obriga as emissoras de televisão a transmitirem o mínimo de 5% de serviço noticioso em sua grade de programação. Cuida-se de restrição à liberdade de informação e expressão estipulada ao abrigo do inciso I do art. 221 da CF, de modo a conferir preferência à finalidade informativa da programação. Tem-se, portanto, medida que objetiva o fomento do direito de ser informado do público telespectador. Esta medida mostra-se adequada, pois a estipulação de um percentual mínimo de serviço noticioso na programação televisiva fomenta a satisfação da finalidade informativa, e, por conseguinte, o direito do público em ser informado. Também tem-se preenchido o requisito da necessidade, pois a fixação do percentual mínimo de transmissão de serviço noticioso é eficiente para fomentar a satisfação do direito de ser informado, sem, contudo, aniquilar a liberdade de programação da emissora (corolário de sua liberdade de expressão e informação), eis que o inciso I do art. 221 da CF ordena seja dada preferência e não exclusividade às finalidades que menciona. Por fim, identificados os princípios em colisão (liberdade de expressão e informação das emissoras e o direito de ser informado dos telespectadores), o sopesamento realizado nesta hipótese concreta não comporta maiores dificuldades, vez que se compatibiliza com a opção constitucional constante do inciso I do art. 221 da CF.

Outro exemplo pode ser extraído de obra de Virgílio Afonso da Silva. Cuida-se do art. 76 do ECA, que obriga às emissoras de televisão a transmitirem, no horário recomendado ao público infanto-juvenil, somente programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Para esse autor, “[...] o art. 76 não é produto de um simples julgamento de conveniência do legislador, mas *o resultado de um sopesamento* entre princípios (liberdade de imprensa e proteção da criança e do adolescente).”⁴⁸¹ Quanto a esta hipótese, sustentou-se anteriormente que a “preferência” exigida pelo inciso I do art. 221 se deu em relação aos horários em que a programação com aquelas finalidades deveriam ser veiculadas, dispondo a emissora de liberdade para veicular conteúdos com finalidades

480NOVAIS, J. R. op. cit., p. 958.

481SILVA. V. A. da. op. cit., 2010, p. 142.

diversas em outros horários.

As duas hipóteses acima referem-se a medidas concretas (leis) estabelecidas pelo legislador ordinário. O mesmo raciocínio, contudo, também se aplica às decisões judiciais que imponham restrições à liberdade de expressão e informação com fundamento no art. 221 da CF.

4.2.3 A intervenção do Poder Judiciário na programação televisiva e a censura. Duas coisas que não podem ser confundidas

Poder-se-ia sustentar que o controle da liberdade de expressão e informação dos meios de comunicação social apenas deveria ser realizada *a posteriori*, isto é, após a exteriorização do pensamento. A embasar esta tese, sustenta-se que os arts. 5º, inciso IX, e 220, § 2º, ambos da CF, estabeleceram expressa vedação à censura, de modo que não se poderia proibir, antecipadamente, qualquer forma de manifestação do pensamento. Eventuais excessos ou abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão e informação, com ofensa a outros direitos também constitucionalmente protegidos, seriam corrigidos pelas normas previstas no artigo 5º, incisos V e X, da CF, que asseguram o direito de resposta, proporcional ao agravo, e a reparabilidade por danos materiais e/ou morais. Segundo os defensores desta tese, a conjugação dos dispositivos acima conferem a coerência lógica e a harmonia do sistema, pois a CF, embora não admita a proibição de divulgação de pensamentos e conteúdos, assegura aos eventuais lesados a reparação de seus direitos violados.

Ao proferirem seus votos no *habeas corpus* nº 82.424/RS (caso Siegfried Ellwanger, visto anteriormente), os ministros do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, parecem ter esposado a tese acima, ao ressaltarem que a interferência na liberdade de expressão somente pode ser exercida *a posteriori*, pois a censura foi proibida expressamente pelo texto constitucional.

Uma apressada leitura do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) também aparenta reforçar a conclusão acima, pois

em seu art. 13, que cuida da “liberdade de pensamento e de expressão”, preconiza, em seu § 2º, que o exercício deste direito “não pode estar sujeito à censura prévia, **mas a responsabilidades ulteriores**, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.” (Grifo nosso).

Essa tese da impossibilidade de intervenção judicial prévia na liberdade de expressão e informação, por ser um ato equiparável à censura, poderia ser invocada como argumento para questionar a atuação do Poder Judiciário na efetivação do disposto no art. 221 da CF. Por esta visão, o juiz não poderia interferir na liberdade de programação da emissora, impondo-lhe a obrigação de não transmitir determinados conteúdos, pois decisão desta natureza consubstanciaria uma espécie de censura judicial.⁴⁸²

Em que pese esses relevantes argumentos, a tese da impossibilidade do controle judicial prévio à divulgação não pode ser aceita, pois parte de premissas equivocadas. Quando tratou-se da censura (tópico 2.5.1), registrou-se que as regras constitucionais que a proíbem foram redigidas propositalmente de maneira a lhes conferir a maior extensão possível, em razão das restrições impostas nos regimes ditatoriais que antecederam a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. No âmbito de proteção dessas normas, portanto, são abrangidas todas as medidas que possam tolher ou restringir a liberdade de expressão e informação, seja ela **prévia** à manifestação do pensamento, seja **após** a sua divulgação. Portanto, é incorreto entender a censura como instrumento de controle unicamente anterior à divulgação das mensagens. A censura pode incidir nestes dois momentos, tanto antes como depois da veiculação de conteúdos, o que afasta a assertiva de que os abusos na liberdade de expressão e informação somente podem ser controlados *a posteriori*, pois só assim não se teria censura.

Outro equívoco consiste na afirmação de que, quando o Poder Judiciário intervém na liberdade de expressão e informação previamente à divulgação pública, para impedi-la ou impor-lhe restrições, exerce atividade censória ou a ela equiparada.

⁴⁸²Este parece ser o pensamento de FARACO, A. D. (op. cit., p. 227), ao concluir que “[...] a adequação da regulação do conteúdo com a vedação à censura [...] envolve afastar qualquer espécie de controle prévio das criações do espírito, admitindo-se apenas uma responsabilização *a posteriori* dos abusos que vierem a ser cometidos.”

Para justificar a dessemelhança entre a atividade jurisdicional desse tipo e a censura, alguns autores fazem alusão a um conceito restrito de censura, definindo-a como uma medida de cunho autoritário, que obsta o direito do livre acesso às informações e ideias, geralmente motivada por interesses não nobres, como, por exemplo, a manutenção de um regime não democrático. Nesta linha, argumenta-se que a censura é instrumento geralmente utilizado pelo Poder Executivo, por órgãos estatais vinculados ao governante, com o objetivo de excluir do conhecimento público determinadas informações não consentâneas com linhas ideológicas, políticas ou religiosas.

Essa é uma das premissas adotadas por Edilson Farias quando procura traçar a diferenciação entre a censura e a intervenção judicial na liberdade de informação, pois, na visão deste autor

[...] a censura constitui prática de órgãos políticos do Estado, normalmente vinculados ao Poder Executivo, razão pela qual tem sido usada com frequência como instrumento de repressão política e ideológica. Tais características, como se nota, revelam-se incompatíveis com a natureza técnica da atividade do Poder Judiciário: julgar conflitos de interesses quando demandado pelas partes. Não há como confundir censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social, que é função típica reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional. A primeira é ato de natureza político-administrativo, o segundo ato judicial. É dizer, não constituem censura as medidas judiciais utilizadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de sua atividade informativa.⁴⁸³

Esta concepção restrita de censura, no entanto, não se ajusta ao conceito amplo que a ela deve ser atribuído, conforme defendeu-se no tópico 2.5.1. No entanto, a segunda parte do trecho acima reproduzido é perfeitamente aplicável a este estudo, pois o Poder Judiciário, ao impor restrições à liberdade de expressão e informação dos meios de comunicação social, não pratica censura. É exercido, na hipótese, um controle jurisdicional da legalidade do exercício daquela liberdade.⁴⁸⁴

A imprensa não pode ficar inexplicavelmente imune ao controle jurisdicional da legalidade e, impunemente, sem nenhum controle, ameaçar e lesar direitos, violando totalmente a ordem constitucional e democrática. Como se vê, a imprensa é inatingível pela censura, mas não é imune ao controle jurisdicional, seja prévio ou posterior, em face dos princípios constitucionais [...]”⁴⁸⁵

Corroborando a conclusão acima, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de

483FARIAS, E. op. cit., 203-204.

484Também, nesse sentido, PODESTÁ, F. H. op. cit., p. 137.

485TORRES, José Henrique Rodrigues. **A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade**. p. 24-33. In: Revista dos Tribunais. Ano 83. Julho de 1994. Volume 705. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 30.

Carvalho esclarece que quando da concessão de provimento jurisdicional que impede a divulgação de determinadas mensagens ou conteúdos,

[...] o Judiciário não exerce censura, mas compõe interesses em conflito concretamente invocados, mediante o devido processo legal, a publicidade dos atos judiciais e a ampla possibilidade recursal.

[...]

Analisar casuisticamente a hipótese para determinação de qual direito fundamental deve ceder para preservar o outro. Isso não é censura. É legítima atividade jurisdicional mediante o devido processo legal, com ampla defesa. A censura é ato arbitrário, sem pautas predefinidas, sem obediência ao devido processo legal e sem possibilidade recursal.⁴⁸⁶

Além disto, decisões judiciais que busquem assegurar a adequação da programação televisiva ao preconizado pelo art. 221 da CF não podem ser confundidas com censura, pois aquele dispositivo consigna hipóteses de restrição previstas expressamente no próprio texto constitucional. Em virtude da unidade da Constituição e da inexistência de hierarquia entre suas diferentes normas, não se concebe seja possível às normas constitucionais que proíbem a censura anularem, *a priori*, as normas de igual estatura que imponham restrições à liberdade de expressão e informação.⁴⁸⁷ Em resumo: não se pode considerar como censura aquilo que a CF diz, ainda que implicitamente, que não é censura. Nesse sentido, a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

Sob pena de imputar-se à Carta da República palmar contradição, faz-se imperioso concluir que o exercício da função jurisdicional, no terreno de que se cuida, não constitui censura - conceito este que se tem de fixar levando em conta os dados do *ius positum*, e não idéias vagas, toscas, mal lapidadas, porventura circulantes no universo extrajurídico. Insista-se: para efeitos constitucionais, "censura" é, nada mais, nada menos, o que a Constituição, direta ou indiretamente, diz que é censura; e, se a Constituição, com absoluta clareza, legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação da TV, ao mesmo tempo que veda a censura, então fica fora de dúvida que a interferência do Judiciário, nos termos expostos, não se acha compreendida na área conceptual correspondente, segundo a Lei Maior, à malsinada palavra. Inexiste outro modo de conciliar os dispositivos em foco.⁴⁸⁸

Esse também foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Agravo de Instrumento nº 100.709-0/5-00, ao afastar a alegação de censura

486CARVALHO, L. G. G. C. de. op. cit., p. 142-143.

487Pelo critério hermenêutico da "Unidade da Constituição", não se pode perder de vista que esta forma um todo orgânico, com normas interrelacionadas entre si, razão pela qual devem ser interpretadas de modo a se evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre elas. Assim, cabe ao intérprete considerar a Constituição em sua inteireza, conciliando as tensões que eventualmente se verifiquem entre as normas constitucionais. Não é possível isolar "recortes" da Constituição para interpretá-los isoladamente, dissociados de toda a ordem constitucional. Pode-se também falar em uma unidade hierárquico-normativa, pois todas as normas constitucionais gozam de igual importância e estatura, não se podendo falar que há algumas hierarquicamente superiores às outras. Decorre desta compreensão a impossibilidade de se falar em autênticas antinomias normativas (normas constitucionais inconciliáveis entre si) e a existência de normas constitucionais inconstitucionais. CANOTILHO, J. J. G. op. cit., 1997, p. 1057; 1096-1097.

488BARBOSA MOREIRA, J. C. op. cit.

arguida pela agravante, a Rede SBT de Televisão, em face de decisão de antecipação de tutela concedida em ação civil pública ajuizada com o objetivo de impedir que cenas de nudez coletiva em local público – pretensamente artísticas – fossem levadas ao ar em determinados horários, para a proteção das crianças e adolescentes. Para afastar a alegação de censura, o voto do relator, Des. Roberto Vallim Bellocchi, consignou que:

A alegação de que restrição à exibição de programação a ser veiculada pela televisão, configura censura prévia, já banida de nosso ordenamento jurídico, não deve ignorar a proteção a ser dada à família, pela Constituição Federal em vigor, quando veda a restrição à manifestação de pensamento, criação, expressão e a informação (art. 220), e, concomitantemente, estabelece que a produção e a programação das emissoras de televisão dêem preferência às finalidades educativa, artística, cultural e informativa, respeitando os valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, I, e IV).⁴⁸⁹

Nesse mesmo sentido já se manifestou o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao julgar recurso de apelação em mandado de segurança impetrado com o escopo de impedir a transmissão, em uma emissora de televisão aberta, do filme intitulado “Calígula”. Diante das características do filme, repleto de cenas de violência insana e de sexo explícito praticado de forma brutal, incesto e outras escatologias bizarras, aquela Corte decidiu proibir a sua exibição em rede de televisão aberta, para a proteção de valores albergados pela CF, em acórdão que recebeu a seguinte ementa cujo teor é autoexplicativo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CENSURA. FILMES ERÓTICOS. EXIBIÇÃO DO FILME CALÍGULA EM REDE ABERTA DE TELEVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A ordem constitucional, estabelecida pela Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso IX, inscreve: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Não bastasse, a mesma Carta, no seu artigo 220, § 2º, afirma que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Porém, acrescenta, no seu artigo 221, *caput* e inciso IV, que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.”

489Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. Relator: Des. Roberto Vallim Bellocchi. Agravo de Instrumento nº 100.709-0/5-00. Voto nº 17.015. Agravante: TVSBT Canal 4 de São Paulo S/A. Agravado: Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude da Capital. Data do julgamento: 04 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.jus.br>>. Acesso em 21 dez. 2010.

O acórdão recebeu a seguinte ementa: “Ação Civil Pública. Tutela antecipada deferida – Inconformismo da TV SBT, sob o enfoque de que a decisão judicial fere direito à liberdade de expressão. A transmissão de imagens não pode olvidar a preservação de valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, da CF). Agravo não provido.” Na hipótese, inúmeras pessoas reunidas no Parque do Ibirapuera dispuseram-se a posar, totalmente nuas, para fotografias, a pedido de artista cujo propósito declarado era o de explorar um cenário que valorizasse a natureza ambiental e humana. Na época, este evento foi amplamente divulgado pela mídia nacional, o que motivou o Ministério Público a ajuizar a ação civil pública intentando a proibição de divulgação de imagens da reportagem em horários em que presumidamente o público infanto-juvenil encontra-se mais presente à frente de seus televisores. Especialmente neste caso, para posicionarmos sobre o acerto ou desacerto da medida, seria imprescindível a análise dos elementos probatórios, sobretudo o conteúdo da reportagem que se pretendeu obstaculizar a exibição na televisão.

2. A inteligência das normas acima transcritas, deixa inequívoco que é defeso ao Estado estabelecer qualquer mecanismo de censura, de natureza política, ideológica ou artística, contra qualquer atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação social. Porém, isso não quer significar que esses valores colocam-se em patamar absoluto, não devendo reverência a valores igualmente relevantes e igualmente consagrados pela Constituição Federal.
3. À luz dos princípios de interpretação da Constituição Federal, quais sejam, o de sua unidade, o da concordância prática e o da harmonização de seus princípios, evidente que, em face da norma expressa da proibição da censura e da norma, também expressa, que impõe às emissoras de rádio e televisão a produção e a exibição de programas que respeitem os valores éticos e sociais da pessoa e da família, este segundo princípio se sobressai, no caso concreto, como merecedor de proteção maior, pois está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se traduz como um conjunto de valores espirituais e morais inerentes a cada ser humano.
4. Frise-se, referido filme poderia ter sido exibido, como de fato foi, em todo o país, em salas fechadas de cinema, ou em outros ambientes fechados. Porém, a objeção de exibição, em rede aberta de televisão, não deve ser classificada como ato de censura e sim de limitação para a proteção de valor igualmente relevante para a preservação das condições de convivência social. Essa limitação se configura como recurso legítimo do arsenal do poder de polícia do Estado.
5. E nem se diga que se trata de ingerência indevida, conquanto a família, base da sociedade, goza de especial proteção do Estado e esta pode se concretizar, perfeitamente, por meio de medidas que assegurem ao grupo familiar acesso aos meios de cultura, entretenimento e informação com razoável qualidade, protegida contra conteúdos agressivos e deletérios. Isso não significa, necessariamente, postura paternalista e sim conduta ativa na defesa de relevantes valores coletivos.
6. Apelação a que se dá provimento.⁴⁹⁰

Não bastasse, a tese da impossibilidade do controle judicial prévio também não é a que melhor protege eventuais direitos fundamentais afetados pelo abuso ou excesso passível de ser cometido a pretexto do exercício da liberdade de expressão e informação. Um excelente exemplo para confirmar esta assertiva pode ser extraído da obra de Robert Alexy⁴⁹¹, na decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso *Lebach*. Vislumbrava-se a seguinte situação: uma determinada emissora de televisão pretendia exibir um documentário sobre um grave e rumoroso crime ocorrido há vários anos atrás, com menção expressa dos nomes dos criminosos envolvidos e a apresentação de suas imagens. Um dos criminosos, que estava prestes a deixar a prisão pela condenação que recebera pela participação nesse episódio, alegou, perante o Poder Judiciário, que a veiculação daquele documentário

490Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Turma Suplementar da 2ª Seção. Relator: Juiz federal convocado Valdeci dos Santos. Apelação em Mandado de Segurança (AMS) nº 140518. Processo nº 93.03.109414-0. Apelante: José Carlos Graca Wagner. Apelado: Carlos Augusto de Oliveira e outro. Data do julgamento: 28 mar. 2008. Publicado no Diário de Justiça da União em 9 abr. 2008. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em 21 dez. 2010.

O filme “Calígula”, segundo noticiado em reportagem de jornal citada no voto do relator do acórdão, “[...] ‘é uma overdose de orgias e rituais de violência e sadomasoquismo. Uma das cenas mais fortes do filme é o incesto de Calígula com a irmã. Ele não se contenta com uma transa tradicional e tenta fazer sexo oral e anal com a irmã. A seqüência em que o imperador romano assassina um velho senador enfiando o punho em seu ânus é de uma violência sem precedentes.’”

491ALEXY, R. op. cit., p. 99-102.

ofenderia os direitos fundamentais à proteção de sua personalidade e à sua ressocialização. O Tribunal alemão viu-se diante de uma tensão de princípios, pois em face daqueles arguidos pelo requerente encontrava-se a liberdade de informar por meio de radiodifusão, também garantida pela Constituição. Após sopesar os princípios colidentes levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Constitucional Alemão deu prevalência aos princípios de proteção da personalidade e ressocialização do preso, ao concluir que “uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um grave crime, e que põe em risco a ressocialização do autor, é proibida do ponto de vista do direitos fundamentais.”

No exemplo acima – e em diversas outras situações -, se já há prévia certeza de que o exercício da liberdade de expressão e informação irá causar lesão irreversível a direitos fundamentais de terceiros, seria justo permitir a lesão, restando ao ofendido buscar futura e eventual compensação de natureza meramente pecuniária? Não parece ser a solução mais razoável, tampouco se vislumbra qualquer razão jurídica para seja esta a única alternativa para casos como este. Se já se sabe de antemão que determinada divulgação futura de conteúdo ofenderá irremediavelmente e de forma indevida direitos de terceiros, impedir ou exigir a adequação do conteúdo se afiguram como melhores formas de se preservar aqueles direitos fundamentais em risco.⁴⁹² Afinal, não se pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário nem mesmo a ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

A intervenção judicial com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas do art. 221 da CF que conformam a programação televisiva não pode ser confundida com a censura; pelo contrário, provimentos jurisdicionais com esse escopo buscam a efetivação da vontade constitucional, expressa em normas que não podem ser consideradas meros adornos do texto constitucional.

⁴⁹²Nessa mesma linha, o pensamento de STROPPIA, T. (op. cit., p. 156): “[...] a intervenção judicial prévia deve ser considerada uma medida excepcionalíssima e aceitável somente quando, assentada em uma ponderação que tenha por escopo a busca pela harmonização de bens em conformidade com os valores constitucionais e totalmente desvincilhada de critérios que objetivem controlar as informações, revele-se com a única forma de impedir uma lesão desnecessária e injustificada. Nesses moldes, a atuação revelar-se-á como restrição e não como censura.”

CONCLUSÃO

Consoante adiantamos na introdução deste trabalho, o maior desafio desta pesquisa consistiu na árdua tarefa de analisar se as emissoras de televisão aberta gozam, no atual sistema jurídico brasileiro, de plena liberdade para organizarem e veicularem os seus programas, sem se sujeitarem a qualquer tipo de restrição ou condicionamento. Esta questão reveste-se de grande relevância atualmente, pois, como visto, a televisão pode exercer uma grande influência na vida das pessoas, sobretudo nas crianças e nos adolescentes, além de constituir o principal meio pelo qual a maior parte da população deste país recebe informações. A necessidade em se estabelecer certos limites no conteúdo da programação televisiva é constantemente objeto de debate no meio social, sobretudo ante a frequente constatação de que as emissoras de televisão, em nome da “guerra por audiência”, transmitem atrações em desacordo com direitos e valores tutelados pela CF.

À primeira vista, a possibilidade, a forma e a extensão de um pretense controle a ser exercido no conteúdo televisivo poderia ter uma resposta simples. O “nascimento” da televisão no Brasil ocorreu no ano de 1950, quando foi inaugurada a TV Tupi, e, desde então, todas as Constituições passaram a qualificar a atividade de radiodifusão de sons e imagens como um serviço público, titularizado pelo Estado, mas cuja exploração poderia ser realizada por particulares através de delegação pelo Poder Público. Viu-se que a exploração de um serviço público por entidades privadas deve conciliar os interesses destas e do Estado, mas sempre deverá atender a uma finalidade pública. Essa particularidade faz com que a empresa delegatária se submeta a um regime jurídico híbrido, ficando sujeita a normas de direito público que colocam o Poder concedente em uma posição de superioridade frente àquela. As prerrogativas especiais conferidas ao Poder concedente são manifestadas principalmente nas denominadas “cláusulas exorbitantes”, que permitem ao Poder concedente a alteração unilateral de normas contratuais, a fiscalização e a aplicação de sanções na execução do serviço público, e até mesmo a rescisão do contrato ainda que sem a concordância da delegatária e antes de vencido o prazo. Desse modo, considerando que a radiodifusão de sons e imagens é qualificada constitucionalmente como um serviço público, poder-se-ia concluir que incumbe à União, responsável pela delegação, promover a fiscalização e a eventual intervenção no conteúdo da programação televisiva veiculada pelas emissoras de televisão

visando adequá-la ao que determina a CF. A resposta à problemática desta pesquisa não é assim tão simples, contudo.

Embora a radiodifusão de sons e imagens seja qualificada como serviço público, a própria CF estipulou diversas normas, sobretudo no capítulo em que cuidou da “comunicação social”, que subtraem aquela atividade do regime jurídico geral aplicável aos serviços públicos. Recordemos, por exemplo, que ao estabelecer que o cancelamento de uma concessão de televisão antes do vencimento do prazo só possa ocorrer mediante decisão judicial (art. 223, § 4º), afasta-se a possibilidade de se admitir a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública; assim como a plenitude da liberdade de informação jornalística e a proibição à censura, previstos, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 220, limitam sobremaneira a possibilidade do Poder concedente promover a fiscalização ou a alteração unilateral do contrato, ao menos no tocante ao conteúdo da programação. Deveras, as características peculiares da atividade televisiva motivaram a sua exclusão do âmbito de regulamentação da Lei 8.987/95, que traça o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da CF, assim como da Lei 9.472/97, que organiza os serviços de telecomunicações e estabelece as atribuições do órgão regulador desse setor, a ANATEL. Em âmbito infraconstitucional, a radiodifusão de sons e imagens é ainda regulada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962 e por diversas outras normas esparsas, naquilo que não contrariam a atual CF, formando um cipoal legislativo obsoleto e pouco claro, e que alimenta o reclamo dos juristas por um diploma legal consentâneo com a realidade atual e que concentre a regulamentação da atividade.

Conclui-se, deste modo, que diferentemente do que ocorre em relação à delegação estatal dos demais serviços públicos, o Poder concedente – no caso, a União – não dispõe de amplas prerrogativas para interferir unilateralmente na atividade de radiodifusão de sons e imagens que venha delegar a particulares ou a outros entes públicos. Em consequência, entendemos que o Poder concedente não está autorizado a promover ingerências unilaterais em relação à produção e à programação das emissoras de televisão, como, por exemplo, exigindo a não transmissão de determinada atração televisiva periódica ou a abstenção de divulgação de certas notícias. Foge a essa regra a televisão educativa regida pelo Decreto-lei 236/67, a qual tem a obrigação de veicular tão somente programas educacionais. Por outro lado, cumpre salientar que as normas constitucionais e infraconstitucionais que dizem respeito ao serviço público de radiodifusão de sons e imagens integram o instrumento de delegação

(contrato de concessão, permissão ou autorização) independentemente de sua previsão expressa, pois cuidam-se de normas regulamentares. Entendemos, ademais, que o Poder concedente pode inserir cláusulas específicas no instrumento de delegação dessa espécie serviço público com o objetivo de concretizar os mandamentos do art. 221 da CF, desde que estas cláusulas também encontrem respaldo em lei infraconstitucional. Neste caso, o Poder concedente tem o poder-dever de velar pelo cumprimento de tais cláusulas, porém somente de forma repressiva, ou seja, após a transmissão do programa. De qualquer modo, a atuação do Poder Público nesse campo e eventuais cláusulas específicas inseridas no instrumento de delegação poderão ser questionadas perante o Poder Judiciário, o qual dará a palavra final sobre o assunto.

A não submissão da radiodifusão de sons e imagens ao regime jurídico geral da delegação de serviços públicos pode ser justificada pelo importante papel que desempenha na sociedade e para a democracia, amparada por direitos e garantias constitucionais que asseguram o livre e responsável exercício dessa atividade. Com efeito, a televisão constitui hoje o principal canal que leva à população, especialmente nas classes mais carentes e com menor grau de escolaridade, as informações de transcendência pública, a arte, a cultura, o entretenimento. A transmissão de conteúdos pela televisão é atividade exercida ao abrigo da liberdade de expressão e do direito de informação, os quais podem ser reunidos na locução “liberdade de expressão e informação” para designar todos os direitos fundamentais relacionados à livre manifestação do pensamento.

A importância da livre circulação das ideias e das notícias para a afirmação e o fortalecimento de uma democracia é incontestável: assegura a melhor formação da opinião pública, permite a fiscalização dos atos do poder público, desenvolve o pluralismo político e fomenta a participação popular na vontade política. Estas funções estão enfeixadas na denominada dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação, a qual também conta com uma dimensão subjetiva, mais ligada ao exercício individual daquela liberdade, e que objetiva a tutela do livre desenvolvimento da personalidade humana. Percebe-se, desse modo, que a liberdade de expressão e informação, mormente quando exercida pelos meios de comunicação social, desempenha funções que não ficam limitadas à concepção clássica das liberdades públicas, de proteção em face da interferência estatal; a liberdade de expressão e informação, em razão de sua relevância para a sociedade e para o regime democrático, exige não somente que o Estado se abstenha de intervir naquela liberdade quando não houver

fundamento constitucional para tanto, mas também impõe ao Poder Público a adoção de prestações positivas, se necessário, para a proteção e o fomento daquela liberdade.

Além disso, fala-se em uma responsabilidade social da imprensa (abarcando todos os meios de comunicação social). Esta teoria, que se alinha à dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação, defende a existência de obrigações dos meios de comunicação de massa em relação à sociedade, os quais têm o compromisso de bem informá-la, não violar direitos e bens jurídicos protegidos constitucionalmente e nem incentivar práticas antissociais, dando-se preferência para a pluralidade de fontes de informação e de pontos de vista.

Em sintonia com as bases teóricas fornecidas pela dimensão objetiva da liberdade de expressão e informação e pela responsabilidade social da imprensa, é possível afirmar que algumas das normas constitucionais hospedadas nos arts. 220 a 224 da CF, que compõem o capítulo da “comunicação social”, conformam a garantia institucional de uma imprensa livre, instituição muito cara ao estado democrático de direito e cujas características a Constituição pretendeu preservar em face da atividade do legislador infraconstitucional. Frise-se que essa garantia visa resguardar a configuração atribuída pelo Poder Constituinte aos meios de comunicação social, e não os direitos de eventuais titulares desses meios.

Para reforçar a proteção da liberdade de expressão e informação, a CF estabeleceu vedação expressa à censura de qualquer espécie. Egresso de um longo período em que a liberdade de expressão e informação sofreu severas limitações para atender aos interesses dos governantes, inclusive com a submissão prévia de espetáculos e diversões públicas ao controle estatal, o legislador constituinte previu a garantia constitucional da proibição à censura em dois diferentes dispositivos, o art. 5º, inciso IX, e o art. 220, § 2º, este último voltado especificamente aos meios de comunicação social. A vontade constitucional manifestada nesses dispositivos dificulta ainda mais a aceitação de qualquer tipo de cerceamento, restrição, ingerência ou condicionamento da liberdade de que dispõe as emissoras na formulação e na veiculação de sua programação televisiva.

Isso não significa, entretanto, que a liberdade de expressão e informação, quando exercida pela televisão, assume caráter absoluto e intocável. A existência de outros direitos e bens jurídicos também tutelados constitucionalmente e que, eventualmente, entram em rota de colisão com uma programação televisiva com determinada feição, exigem a

compatibilização entre eles. Em algumas hipóteses, a própria Constituição anteviu, de forma genérica e abstrata, algumas dessas possíveis colisões, estipulando normas que expressam qual a preferência a ser dada em cada caso ou que consignam medidas que permitam a harmonização entre os diferentes direitos e bens jurídicos em jogo.

Nesse contexto, houve uma especial preocupação com a proteção da criança e do adolescente, de onde se deduz a exigência de implementação de medidas para a especial proteção desse público, como, por exemplo, a classificação indicativa de conteúdos, prevista especificamente pela CF, e o mecanismo eletrônico de bloqueio de canais (*v-chip*), cuja obrigatoriedade concretiza uma medida de proteção derivada de uma norma formulada de modo mais genérico pela Constituição (art. 220, § 3º, II). Esses mecanismos – classificação indicativa e *v-chip* – estabelecem meios pelos quais permite-se afastar o público telespectador infante-juvenil de programas cujo conteúdo são presumidamente inadequados a certas faixas etárias, transferindo-se a responsabilidade desse controle para os pais e responsáveis desse público especial. Nesses casos, não há, destarte, nenhuma restrição ao conteúdo da programação televisiva; quando muito são estabelecidas limitações aos horários em que determinados programas podem ser veiculados.

A maior polêmica no tema das restrições da programação televisiva diz respeito ao comando do art. 221 da CF, que estabeleceu, na dicção de seu *caput*, “princípios” que deverão ser atendidos pelas emissoras de televisão em sua produção e programação, a saber: “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.” A realidade demonstra que a vontade constitucional expressa nesses dispositivos constitucionais é frequentemente desrespeitada pelas emissoras de televisão, que rejeitam a vinculatividade jurídica dessas normas ao argumento de que constituiria indevida limitação à liberdade de expressão e informação, resvalando em inaceitável censura. No entanto, a falácia dessa linha de argumentação é facilmente demonstrada pela singela constatação de que a conformação da programação televisiva delineada pelo art. 221 goza da mesma estatura constitucional das normas que asseguram a liberdade de expressão e informação e que proscrevem a censura. Destarte, não é possível se falar em violação de normas constitucionais pelo cumprimento de outras normas constitucionais, face à unidade da Constituição e a

inexistência de hierarquia entre as diferentes normas que a compõe.

Nesse sentido, é possível afirmar que as normas do art. 221 da CF expressam a preferência adotada *a priori*, em abstrato e de forma genérica pelo legislador constitucional, ao cotejar a liberdade de expressão e informação titularizada pelas emissoras de televisão, de um lado, e outros direitos (à educação, à cultura, dentre outros) e bens jurídicos (proteção à criança e ao adolescente, à instituição familiar, por exemplo), de outro lado. Não obstante, as medidas concretas (atos normativos ou decisões judiciais) implementadas com o objetivo de se dar cumprimento ao disposto no art. 221 não podem desbordar dos limites fixados pela própria CF e redundar em afetação indevida da liberdade de expressão e informação, situação esta que poderá ser aferida com o recurso à máxima da proporcionalidade.

Não raro, inúmeros outros argumentos jurídicos são esgrimidos na tentativa de impedir a aplicação, a casos concretos, dos mandamentos constitucionais constantes no art. 221 da CF. Dentre essas escusas, destaca-se a pretensa necessidade de edição de leis infraconstitucionais para estabelecer parâmetros mínimos para a aplicabilidade daquelas normas constitucionais, sobretudo porque alguns dos incisos daquele artigo contêm, em suas redações, conceitos jurídicos indeterminados. Destarte, alude-se à imprescindibilidade de leis que especifiquem o significado daqueles conceitos abertos, sobretudo densificando a locução “valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV). Entretanto, esta objeção não convence. São raríssimos os termos utilizados no Direito cujo significado é absolutamente preciso, imune à tarefa interpretativa do aplicador da norma. Faz parte, portanto, da ciência jurídica, a existência de normas relativamente abertas, que demandam o esforço interpretativo para a sua aplicação aos casos concretos, até mesmo para que seja possível que o ordenamento jurídico possa ajustar-se à realidade vigente sem que a todo momento seja necessária a intervenção do legislador. A busca e a delimitação do significado de conceitos abertos para aplicação a casos concretos que lhe são submetidos à julgamento é atividade que integra o cotidiano do juiz, em relação a qual está acostumado e sem o que seria incapaz de entregar a prestação jurisdicional até nas causas menos complexas.

Em que pese as normas do art. 221 da CF possam ser aplicadas independentemente da *interpositio legislatoris* (com exceção do inciso III), a edição de leis pelo legislador infraconstitucional para densificar aquelas normas não é vedada. Pelo contrário, é até desejável que sejam editadas leis que desenvolvam aquele dispositivo

constitucional, fixando-se, por exemplo: percentuais mínimos, faixas de horários e outros parâmetros para a veiculação de conteúdos para atendimento das finalidades educativas, informativas, culturais e artísticas, a fim de concretizar a preferência estabelecida pelo inciso I do art. 221 da CF; a enumeração casuística de hipóteses de conteúdos que não poderão ser veiculados por não respeitarem “os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV); a previsão de medidas concretas para a “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação” (inciso II); e a fixação de percentuais para a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, em atendimento ao que determina o inciso III. Além de proporcionar maior segurança jurídica, a edição de leis com esse escopo possibilitaria a aplicação, em maior extensão, dos preceitos constitucionais em questão. O que não se pode admitir, todavia, é que a letargia do Poder Legislativo nesse campo tenha o condão de subtrair daquelas normas constitucionais qualquer eficácia e vinculatividade jurídica.

Outrossim, as discussões sobre o enquadramento do art. 221 da CF tendo por parâmetro a classificação tricotômica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade proposta por José Afonso da Silva são despidas de maior importância prática, pois independentemente da espécie na qual aquele dispositivo constitucional se inclua, não se pode negar a produção imediata de determinados efeitos jurídicos e a vinculação dos destinatários da norma (as emissoras de televisão e o Estado). Entendimento contrário importaria na admissão de existência de normas constitucionais desprovidas de qualquer efeito jurídico. Mesmo as normas de eficácia limitada, que são, na classificação de José Afonso da Silva, aquelas que têm a menor aptidão para a produção imediata dos efeitos desejados pela norma, vinculam os seus destinatários e geram direitos subjetivos, ainda que somente no aspecto negativo (impedimento de ações – normativas e fáticas – que lhes sejam contrárias). De qualquer modo, posicionamo-nos no sentido de que as normas do art. 221 da CF são normas de contenção de outras, quais sejam, as normas que asseguram a liberdade de programação da emissora, pois aquelas restringem estas últimas. Assim, defendemos que as normas do art. 221 da CF, com exceção daquela consignada no inciso III, podem ser aplicadas imediatamente, independentemente de lei que as densifique, tendo o condão de restringir a liberdade de produção e programação das emissoras de televisão corolário da liberdade de expressão e informação que lhes é conferida.

Embora o inciso I do art. 221 da CF obrigue as emissoras de televisão aberta a

darem preferência a finalidades educativas, informativas, artísticas e culturais, há dois casos peculiares que excepcionam essa regra: a televisão pública prevista pela Lei 11.652/08 e a televisão educativa regulada pelo Decreto-lei 236/67. A primeira deve transmitir tão somente conteúdos que atendam àquelas finalidades, ao passo que a televisão educativa pode veicular apenas programas educacionais. As limitações na programação dessas duas modalidades de televisão não padecem de inconstitucionalidade, pois encontram-se em conformidade com o propósito de sua criação, qual seja, o fomento do direito à educação, à cultura e de ser informado.

O ideal seria que as emissoras de televisão observassem voluntariamente o que determina o art. 221 da CF. Mas a realidade demonstra que isto raramente acontece. Desse modo, a existência de mecanismos eficientes que possibilitem o cumprimento daquelas normas constitucionais pelas emissoras de televisão é imprescindível para que a vontade constitucional seja respeitada. A atuação direta da Administração Pública nesse campo é – e assim deve ser – bastante limitada, pois, como ressaltado anteriormente, a simples qualificação da atividade de radiodifusão de sons e imagens como serviço público não permite ao Poder concedente uma maior interferência no conteúdo da programação televisiva, pelos motivos já expostos.

A CF previu, em seu art. 224, a criação do Conselho de Comunicação Social (CCS), órgão auxiliar do Congresso Nacional, cuja formatação legal poderia conferir-lhe os contornos necessários para velar pelo cumprimento, por parte das emissoras de televisão, das determinações emanadas do art. 221 da CF. De acordo com a doutrina e com base nas experiências de outros países democráticos, órgão com esta relevante função deve revestir-se de alguns indispensáveis predicados mínimos, como a independência em relação ao governo, a participação efetiva da sociedade civil e a garantia da ampla defesa e do contraditório às emissoras, a fim de que a missão da CCS ou órgão congênere não seja desvirtuada e este se torne instrumento de manipulação da opinião pública ou de opressão à livre circulação das informações e ideias, resvalando na censura e no monitoramento ideológico. Entretanto, a Lei 8.389, de 30 de dezembro de 1991, que criou o CCS, atribuiu-lhe tão somente funções consultivas e de assessoramento do Congresso Nacional, não tendo atendido aos anseios do constituinte originário quando da previsão de tal órgão no texto da CF, sobretudo por deixar de cometer-lhe funções regulatórias e deliberativas.

Pelos motivos descritos no parágrafo precedente, entendemos que eventual controle da programação televisiva não pode ser cometida nem mesmo a uma agência reguladora estatal (ANATEL ou outra que viesse a ser criada com o escopo em questão), salvo se as características mínimas descritas acima (independência em relação ao governo, participação da sociedade civil e garantias processuais às emissoras) integrassem o modelo do órgão que viesse a exercer este mister.

Assim, à míngua de um órgão colegiado imparcial, independente e com legitimação constitucional, que acompanhe e fiscalize a compatibilidade do conteúdo da programação televisiva com o disposto no art. 221 da CF, tal como existente em diversos países ocidentais democráticos (EUA, Portugal, Chile, Inglaterra etc.), bem como diante da insuficiência de que esse controle seja realizado somente pela autorregulação das emissoras por meio de normas deontológicas, sobressai a necessidade de outros mecanismos com o escopo em tela.

Por outro lado, deve-se assentar que o direito do público telespectador a receber uma programação televisiva em conformidade com os ditames constitucionais caracteriza autêntico interesse difuso: é titularizado por um número indeterminado e indeterminável de pessoas, que ficam expostas a um determinado programa televisivo desconforme em um certo momento pela simples circunstância de o assistirem, ainda que não seja em seus próprios televisores; o conteúdo transmitido a todos esses telespectadores é igual, e eventual modificação desse conteúdo também alcançará a todos indistintamente; há intensa litigiosidade interna nesse direito, causada pela diversidade cultural e de concepções da sociedade, assim como pela contraposição entre os direitos da emissora de televisão e os direitos do público telespectador. A constatação de que se trata de um interesse difuso legitima a atuação de órgãos e entidades voltadas à proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, dentre os quais destaca-se o Ministério Público, que tem o poder-dever de velar pelo cumprimento, pelas emissoras de televisão, da conformação constitucional da programação fixada no art. 221 da CF, o que poderá fazer através do uso de instrumentos extrajudiciais de que dispõe (inquérito civil, recomendação e termo de ajustamento de conduta) ou mediante o ajuizamento da ação civil pública. Iguais medidas podem ser adotadas pelo Ministério Público para assegurar o direito dos telespectadores à informação verdadeira, completa e tempestiva, que também reúne todas as características de um interesse difuso. Enfatize-se, por outro lado, que a atividade de transmissão de conteúdos exercida pelas emissoras de televisão aberta reúne

todos os elementos de uma relação de consumo de modo a atrair a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor, desde que compatíveis com o regime jurídico constitucional conferido pela CF à radiodifusão de sons e imagens e que inexista disciplina legal especial a respeito.

Ainda que o Ministério Público disponha de mecanismos extrajudiciais para a tutela do interesse difuso a uma programação televisiva que observe o disposto no art. 221 da CF, estes instrumentos demandam a aceitação pelas emissoras de televisão. Quando não há esta aceitação, afigura-se necessária a judicialização do caso, com o ajuizamento da ação civil pública, cabendo então ao Poder Judiciário dar a solução à hipótese concreta, cuja decisão, em caso de procedência, obrigará a(s) emissora(s) de televisão demandada(s). Nesse tema o papel do Poder Judiciário é fundamental. Nos litígios que lhe são submetidos à apreciação, o juiz deverá interpretar as normas constitucionais, fixar-lhes os contornos e o alcance para bem aplicá-las ao caso concreto, tarefa esta bastante difícil ao lembrarmos que o art. 221 da CF contém conceitos jurídicos indeterminados que demandam um juízo de valoração para a extração de seus significados. Considerando a diversidade cultural e de concepções da sociedade, bem como que a liberdade de expressão e informação convive e fomenta o pluralismo político, não pode o julgador adotar, pura e simplesmente, a sua própria tábua de valores para a solução deste tipo de caso; deverá o magistrado investigar todas as concepções existentes na sociedade, desde que não sejam contrárias ao ordenamento jurídico e que contem com um mínimo de representatividade, antes de prolatar a sua decisão, para que esta não resvale em puro subjetivismo. Além disso, decisões sobre esse tema devem conter uma argumentação jurídica consistente sob o ponto de vista dos direitos fundamentais.

Outrossim, incumbe ao Poder Judiciário adotar a medida judicial mais adequada para prevenir ou reparar a lesão ou a ameaça de lesão decorrente de uma programação televisiva que não respeite o disposto na CF. Para tanto, poderá até mesmo, se necessário, impedir a transmissão de determinado programa ou exigir a sua adequação prévia antes da veiculação, quando o magistrado se convencer de que a divulgação pública de um determinado conteúdo causará lesão irreversível a outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente tutelados, cuja proteção exigirá, no caso concreto, a restrição à liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão. Esta atividade preventiva não deve ser confundida com a censura, pois medida judicial como a descrita acima consubstancia um controle jurisdicional de legalidade (em sentido lato) de uma atividade, cuja decisão

deverá ser fundamentada com base na CF; ora, no estado democrático de direito, nenhuma atividade é isenta de ter a sua legalidade submetida ao crivo do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF). Além da vedação da divulgação prévia de conteúdos – providência que deve ser reservada a hipóteses excepcionalíssimas, quando as razões de fato estão suficientemente comprovadas e as razões de direito são bastante consistentes – outras medidas judiciais podem ser adotadas para o cumprimento da conformação constitucional da programação televisiva, em especial as obrigações de fazer (visando a adequação de um determinado programa, por exemplo). Medidas reparatórias de natureza pecuniária, inclusive a indenização por danos morais coletivos, devem ser destinadas às situações em que a tutela específica não tem cabimento ou seria deferida de forma tardia, quando já ocorrida a lesão. Há, ademais, medidas judiciais alternativas que podem ser concedidas para a compensação por lesões causadas por programas televisivos que desrespeitem os valores protegidos pela CF, como, por exemplo, o direito de resposta coletivo. O cancelamento judicial da concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens deve ser reservado para situações extremas, quando se constata o descumprimento grave e reiterado, pela emissora de televisão, das normas constitucionais que conformam a programação televisiva, e, mesmo depois de instada a adequar a sua conduta, não se ajusta ao que determina a CF. Obviamente, de acordo com as particularidades do caso concreto, nada obsta sejam concedidos cumulativamente provimentos jurisdicionais de diferentes espécies.

A imposição de restrições com base no art. 221 da CF, seja pelo legislador ordinário, através da edição de leis que desenvolvam aquele dispositivo constitucional, seja pelo juiz, mediante a prestação jurisdicional em situações fáticas casuísticas, podem ter a sua conformidade constitucional aferida pela aplicação da máxima da proporcionalidade. Em outras palavras, a máxima da proporcionalidade consubstancia meio racional pelo qual o Poder Judiciário pode avaliar se a lei editada ou a decisão proferida por instância judicial inferior com as finalidades acima respeitaram os limites fixados pela CF, não acarretando na indevida afetação da liberdade de expressão e informação das emissoras de televisão. Esta assertiva não contradiz a nossa anterior afirmação no sentido de que o art. 221 expressa a preferência externada pelo legislador constitucional em hipóteses de colisão da liberdade de expressão e informação e outros direitos e/ou bens jurídicos protegidos pela CF; essa preferência constitucional deve ser entendida como uma opção realizada *a priori*, em abstrato e de forma genérica, mas cuja concretização e aplicação a situações específicas demandará o

sopesamento entre a liberdade de expressão e informação e o direito e/ou bem jurídico constitucional colidente.

Outrossim, não pode causar surpresa a possibilidade do manejo da ação civil pública com o objetivo de cancelar a delegação do serviço de radiodifusão de sons e imagens antes de vencido o seu prazo. Aliás, por força de expressa disposição constitucional, somente através de provimento jurisdicional é possível a extinção prematura da delegação estatal dessa espécie de serviço público. Até mesmo o Poder concedente (União), titular do serviço público e proprietária do principal bem público por meio do qual ele é prestado (espectro de radiofrequência), necessita recorrer à via judicial caso pretenda cancelar a concessão ou permissão dessas atividades, situação esta que causa perplexidade e alimenta a indignação de renomados doutrinadores, por não encontrar paralelo com o regime de delegação de nenhum outro serviço público.

De todo o exposto, conclui-se que não há nenhuma razão, fática ou jurídica, que justifique excluir do Poder Judiciário a apreciação de situações que envolvam a liberdade de expressão e informação, sobretudo aquela exercida pelos meios de comunicação de massa. Estes também estão submetidos às normas constitucionais e infraconstitucionais, como todos nós estamos em um estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2008.

ALMEIDA, André Mendes de. **Mídia Eletrônica : seu controle nos EUA e no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

ANDRADE, Antonio de; REIMÃO, Sandra. **Meio Século de Censura no Cinema e na Televisão Brasileira**. In: Síndrome da Mordaça : mídia e censura no Brasil (1706-2006), Melo, José Marques de (Org.). São Bernardo de Campo : Universidade Metodista de São Paulo, 2007. p. 85-99.

ARAS, Vladimir. **A mentira do réu e o artigo 59 do CP**. In: Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org.: Calabrich, Bruno et al. Salvador : Editora Podivm, 2010. p. 239-266.

ARBEX, José. **O poder da TV**. São Paulo : Scipione, 1995. p. 22.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ação civil pública e programação de TV**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 201, p. 45-56, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0148.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2010.

BARBOSA, Bia et al. **Direitos de Resposta: a sociedade civil ocupa a TV!**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. p. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 263-277.

BARBOSA, Rui. **A imprensa e o dever da verdade**. São Paulo : Com-Arte, Editora da Universidade de São Paulo, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil** : promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 8 : arts. 193 a 232. 2ª ed. atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna de. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 10 jul. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito de autor nos meios modernos de comunicação.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução: Coutinho, Carlos Nelson. Nova ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BRASIL. **Classificação indicativa: Informação e liberdade de escolha.** XIMENES, Roberta Rossi Lage (org.). Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Brasília : 2009.

BUONAMICI, Sérgio Claro. **O controle jurisdicional dos meios de comunicação.** Grupo de Estudos “Dr. Oscar Xavier Freitas”. Expositor: Tebet, Mário Antonio de Campos. Colaboradores: Leme, Jorge Umberto Aprile et al. In: Teses e relatórios do XVII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Estado de São Paulo. São Paulo : Associação Paulista do Ministério Público, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral.** 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra : Livraria Almedina, 1997.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** v. I. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais; Coimbra : Coimbra Editora, 2007.

_____; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality shows” e liberdade de programação.** Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira.** Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **A Defesa da Honra e o Direito à Informação.** Florianópolis : Letras Contemporâneas, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 8. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.

DAWALIBI, Marcelo. **Controle da qualidade dos programas de televisão e de rádio por meio da ação civil pública**. In: A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. Coord. Milaré, Édis. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 415-430.

DESANTES GUANTER, José María. **La informacion como derecho**. Madrid : Editora Nacional, 1974.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2002.

_____. **Parcerias na Administração Pública** : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo : Atlas, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 9ª ed., adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo : Saraiva, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução: Machado, J. Baptista. 7ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O novo direito de telecomunicações**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999,

FANTAZZINI, Orlando; GUARESCHI, Pedrinho. **A campanha Ética na TV e o conteúdo da programação televisiva**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 117-128.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação**: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação** : teoria e proteção constitucional. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 7. São Paulo : Saraiva, 1995.

FERRÉS, Joan. **Televisão subliminar: socializando através de comunicações despercebidas**. Tradução de Rosa, Ernani Rosa; Neves, Beatriz A. Porto Alegre : Artmed, 1998.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio: Binenbojm, Gustavo; Pereira Neto, Caio Mário da Silva. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão**: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

FREITAG, Bárbara. **Psicologia do desenvolvimento moral: em busca de uma ética discursiva para TV brasileira**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 183-195.

GARCÍA, Clemente; GARCÍA, Andrés. **Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión**. Murcia : Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia, 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; DENARI, Zelmo; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais**. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Coordenação: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da. São Paulo : Quartier Latin,

2009. p. 305-319.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo : RCS Editora, 2007.

KEHL, Maria Rita. **Deve o Estado classificar indicativamente o entretenimento a que o público tem acesso?** In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 de mai. 2010. p. 129-138.

LA SERNA. Luis Escobar de. **Derecho de la información**. Madrid : Dykinson, 1996.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9ª ed. Madrid : Editorial Tecnos, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo : Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Controle jurisdicional do conteúdo da programação televisiva**. In: Boletim dos Procuradores da República, ano IV, nº 40, Agosto/2001. São Paulo : Artchip Editora, 2001. p. 20-29.

_____. **Interesse difuso à programação televisiva de boa qualidade, e sua tutela jurisdicional**. In: Revista dos Tribunais. Ano 83. Julho de 1994. Volume 705. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 51-62

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTHE, Marcelo. **Um circo de horrores**. Veja. São Paulo : Abril, n. 39, ed. 2184, ano 43, p. 162-163, 29 de setembro de 2010.

MARTÍNEZ, Ângela Vivanco. **A concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade de expressão ou condição de subsistência?** In:

Cadernos Adenauer VIII (2007), nº 4. A mídia entre regulamentação e concentração. Rio de Janeiro : Fundação Konrad Adenauer, jan. 2008. p. 9-37.

MATTOS, Sérgio. **Mídia controlada : a história da censura no Brasil e no mundo**. São Paulo : Paulus, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Marco Aurélio. **Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito**. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. Coord.: Miranda, Jorge; Silva, Marco Antonio Marques da. São Paulo : Quartier Latin, 2009. p. 237-250.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Forense, 1969.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo : Jurídico Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado** : Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. São Paulo : Saraiva, 1991.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

OLMOS, Ana. **O abuso do merchandising televisivo dirigido à criança: argumentos da Psicogenética**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 173-182.

PAULINO, Fernando O.; SILVA, Luiz Martins da. **Classificação indicativa: responsabilidade social e atuação do Estado, sociedade e mercado**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai.

2010. p. 229-254.

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

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Interesses Difusos, Qualidade da Comunicação e Controle Judicial**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PORTELA, Fábio. **A imprensa ideal dos petistas**. Veja. São Paulo : Abril. n. 39, ed. 2184, ano 43, p. 74-80, 29 de setembro de 2010.

REBOUÇAS, Edgard. **O discurso/escudo da liberdade de expressão dos “donos” da mídia**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em 24 mai. 2010. p. 95-106.

REIMÃO, Sandra (coord.). **Em instantes: notas sobre a programação na TV brasileira (1965-1995)**. São Paulo : Cabral Editora Universitária, 1997.

ROBLES, Gregório. **Los derechos fundamentales y la etica em la sociedad atual**. Madrid : Editorial Civitas, 1997.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta : teoria e prática**. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo : Malheiros, 2004.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo : IBCCRIM, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico**. In: Interpretação Constitucional. Org. Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2010.

SIMÕES, Inimá Ferreira. **A nossa TV brasileira : por um controle social da televisão**. São Paulo : Senac, 2003.

SOIFER, Raquel. **A criança e a TV**. Tradução: Rodrigues, Iara. Porto Alegre : Artes Médicas, 1991.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada**. In: Interpretação Constitucional. Org. Silva, Virgílio Afonso da. São Paulo : Malheiros, 2005. p. 11-53.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2010.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. **Teses para a reconquista de um espaço público**. In: Classificação Indicativa no Brasil: desafios e perspectivas. Org. Chagas, Claudia Maria de Freitas et al. Brasília : Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...F3E0...>. Acesso em: 24 mai. 2010. p. 279-293.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade**. In: Revista dos Tribunais. Ano 83. Julho de 1994. Volume 705. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 24-33.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. **Democracia participativa e opinião pública : cidadania e desobediência civil**. São Paulo : RCS Editora, 2006.