

SEGUNDA PARTE

DIREITO CONSTITUCIONAL

LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

CRISTIANE CATARINA FAUNDES DE OLIVEIRA

*Procuradora do Município de Porto Alegre;
Coordenadora do Centro de Estudos da
Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - CEDIM;
Doutora em Direito do Estado pela USP;
Mestre em Direito do Estado pela UFRGS;
Professora de Direito Constitucional da PUCRS;
Coordenadora Acadêmica da Especialização em Direito do Estado da UFRGS.*

INTRODUÇÃO

A liberdade de comunicação, adotada a nomenclatura em sentido amplo, deve ser compreendida no âmbito das liberdades protegidas constitucionalmente no Estado Democrático de Direito. No Brasil, a Constituição de 1988 discrimina as formas de liberdade de comunicação e as protege.

Por essa razão, mister iniciar a primeira parte do estudo da liberdade de comunicação pela noção geral de liberdade e da liberdade geral de ação. A seguir, importa classificar os vários significados de liberdade de comunicação.

Na segunda parte do estudo, propõe-se a referência à colisão de liberdades, em especial da liberdade de comunicação, e aos limites da liberdade de comunicação. É tema especial de debate a existência de limites das várias espécies de liberdade compreendidas na liberdade de comunicação e, nesse aspecto, entende-se que nenhum direito ou liberdade é ilimitada e daí a apresentação de possibilidade de limites à liberdade de comunicação.

1 OS DIREITOS DE LIBERDADE E A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Os direitos de liberdade estão, como os demais direitos fundamentais da pessoa humana, expressos na Constituição de 1988.

1.1 CONCEITO DE LIBERDADE E LIBERDADE GERAL DE AÇÃO

Liberdade é uma relação de triádica entre o titular da liberdade (ou de uma não-liberdade), um impedimento da liberdade e um objeto da liberdade, isto é, aquilo que o impedimento está obstaculizando¹.

Pode-se citar como exemplo o seguinte: “ Pedro não é livre para visitar seu amigo, pois não lhe permitem comprar a passagem de avião”, em que Pedro é o titular da liberdade ora ameaçada, o impedimento é a proibição de comprar a passagem de avião, e o objeto da liberdade é visitar um amigo.

Nesse sentido, a liberdade jurídica, no conceito triádico de liberdade, é aquela em que o terceiro elemento, o objeto da liberdade, é uma alternativa de ação². A partir disso, poderá ser considerada uma liberdade negativa, pois só é livre a pessoa que tem alternativas de ação.

A diferença entre a liberdade negativa e a liberdade positiva está em que, na primeira, o objeto da liberdade é uma ação, e na segunda o objeto é uma alternativa de ação.

Tal distinção é necessária, pois para se assegurar a liberdade jurídica se requer apenas um direito de defesa com uma omissão do Estado³.

A estrutura de proteção da liberdade tem sua manifestação mais simples nas relações entre iguais. Diante de duas pessoas iguais, nenhum dos dois tem frente ao outro um direito que anule o mesmo direito do outro, o que não os coloca sem proteção. As liberdades protegidas desta forma são indiretamente protegidas⁴.

Também em relação à proteção das liberdades, considera-se que toda liberdade de direito fundamental é uma liberdade que existe, pelo menos, em relação ao Estado.

Isso porque toda liberdade de direito fundamental está protegida direta e subjetivamente, pelo menos, por um direito de igual conteúdo que determine que o Estado não impeça o titular do direito de fazer aquilo que é objeto da liberdade⁵.

Diante de tal caracterização de liberdade, além dos direitos fundamentais de liberdade específicos nos enunciados constitucionais, pode-se mencionar, de caráter genérico, um direito fundamental de liberdade de ação.

¹ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 212.

² Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 214.

³ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 215.

⁴ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 225.

⁵ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 225 e 226.

É importante reconhecer tal direito geral de liberdade pela possibilidade de combinar a interpretação deste com a interpretação de outras liberdades, como a liberdade de comunicação.

O direito fundamental de liberdade de ação decorre, na doutrina alemã, por interpretação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade estabelecido no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental.

A liberdade de ação pode ser interpretada por uma concepção formal-material, que parte da liberdade negativa, mas, em caso de colisão, determina peso a outros princípios de caráter material⁶. No sistema constitucional brasileiro, o reconhecimento de um direito fundamental de liberdade de ação dependerá de interpretação da jurisprudência pátria, acerca do sistema jurídico constitucional adotado pela Constituição Brasileira de 1988.

1.2 Classificação das liberdades

A classificação dos direitos de liberdade dependerá do catálogo de direitos fundamentais previstos em cada ordenamento constitucional. Dessa forma, os doutrinadores brasileiros⁷, de acordo com os direitos fundamentais de liberdade previstos na Constituição de 1988, costumam apresentar classificação com a advertência de que se trata de natureza exemplificativa, de caráter didático.

Nesse sentido os direitos fundamentais de liberdade poderiam ser classificados, quanto à matéria, em:

- a) *direitos da pessoa física*, incluindo a liberdade de ir e vir ou de locomoção, a liberdade a uma casa inviolável, a liberdade à integridade física;
- b) *direitos da pessoa moral*, incluindo a liberdade de consciência, de crença, liberdade de culto, liberdade à vida privada, liberdade de escolha de um estado de vida;
- c) *da pessoa social*, incluindo a liberdade de reunião e de associação;
- d) *da pessoa econômica*, incluindo a liberdade de trabalho, ofício e profissão, a liberdade de iniciativa empresarial, a liberdade à apropriação de bens, a liberdade de greve, a liberdade de herdar.

⁶ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 332 e 349.

⁷ De acordo com CRETELLA Jr., José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 43 e seguintes e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., p.100 e seguintes.

Em relação ao modo de exercício, as liberdades podem ser individuais ou coletivas. No exame da liberdade, para fins de compreendê-la como individual ou coletiva, deve-se verificar quem a exerce e como a exerce em cada caso, pois a maioria das liberdades pode ser exercida individual ou coletivamente.

Por fim, a liberdade de comunicação é considerada como integrante do grupo dos direitos fundamentais de liberdade e, portanto, aplicando-se o regime de direitos de liberdade, em especial se caracterizando como liberdade da pessoa física e da pessoa econômica.

Este é o ponto inicial para exame específico da liberdade de comunicação, que, como se verá no ponto subsequente, está inserida no contexto da comunicação social e possui duas espécies distintas.

1.3 Classificação das liberdades e a comunicação social

Para uma classificação das liberdades de comunicação é preciso levar-se em conta conceitos básicos da comunicação social. A comunicação social⁸ pode ser descrita como uma espécie do gênero relação social, envolvendo seis elementos constitutivos:

- 1) uma fonte emissora ou emissor;
- 2) um codificador;
- 3) uma mensagem;
- 4) um canal;
- 5) um decodificador;
- 6) um destinatário final ou receptor.

Nessa relação haverá além dos dois sujeitos, o objeto (a mensagem) e os dois tipos de instrumentos (código e canal).

Tal definição de comunicação social interessa ao tema do presente trabalho, apenas no sentido de tornar os sujeitos, bem como a descrição dos instrumentos pelos quais se dá a transmissão da mensagem, elementos obrigatórios para existência de comunicação.

As liberdades sempre têm as pessoas como titular. Em se tratando dos elementos da comunicação social, destacam-se o sujeito emissor e o sujeito receptor da mensagem, como aqueles que podem ser titulares de direitos de liberdade.

⁸ Conforme CAZENUVE, Jean. *Guia Alfabético das Comunicações de Massas*. Lisboa: Edições 70, 1996, página 68-73 e *The New Encyclopaedia Britannica*, Macropedia, 1989, volume 16, verbete Communication, página 623 e seguintes.

Assim, ainda que a proteção das liberdades possa se referir a objeto da comunicação como determinadas mensagens ou sobre instrumentos de comunicação, como canais e organizações, sempre importará, para a definição das liberdades, os seus sujeitos titulares.

Portanto, de acordo com as concepções e os elementos conceituais da comunicação social e as normas constitucionais do direito pátrio, pode-se classificar os direitos fundamentais de liberdade relativos à comunicação em liberdade de comunicação em sentido estrito e liberdade dos meios de comunicação.

A liberdade de comunicação em sentido estrito se refere à proteção do destinatário ou receptor da comunicação, podendo tal liberdade se exercida no plano individual ou coletivo.

Da liberdade de comunicação em sentido estrito, fazem parte as liberdades:

- a) de manifestação do pensamento;
- b) de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e
- c) de informação.

A liberdade de meios de comunicação se refere aos sujeitos responsáveis pela fonte da mensagem comunicativa.

Abrange, de um lado, os sujeitos responsáveis pela imprensa, considerada apenas relativa aos meios que transmitem a informação ao destinatário final ou receptor, por meio escrito, inclusive os meios de organização jornalística da notícia (agências de notícias, por exemplo, na medida em que fornecem as informações que serão repassadas ao destinatário final).

De outro lado, inclui também a radiodifusão por meio de sons e sons e imagens. Outros meios de comunicação que não destas duas categorias, não serão abordados no presente trabalho⁹.

Esta distinção entre as espécies de liberdade de comunicação, em liberdade de comunicação em sentido estrito e liberdade de meios de comunicação também pode ser reconhecida nos direitos norte-americano e no direito alemão. No direito norte-americano são distinguidas as liberdades de comunicação (em sentido estrito) e de imprensa, que é entendida no sentido de meios de comunicação. No direito alemão, distingue-se a liberdade de opinião e de informação e, de outro lado, a liberdade de imprensa, que também é estendida aos demais meios de comunicação.

⁹ Por exemplo, não será objeto de estudo a proteção às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas protegidas pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Brasileira de 1988.

2 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988¹⁰

A liberdade de comunicação, por sua natureza constitucional, vincula a legislação, o poder executivo e a jurisdição¹¹. A Constituição Brasileira de 1988, atualmente em vigor, adota esse entendimento no art. 5º, parágrafo primeiro, ao ordenar aplicação imediata dos direitos fundamentais, bem como invoca o princípio do Estado Democrático de Direito¹², adaptando-se às novas formas de comunicação, que se ampliaram em termos tecnológicos e de influência sobre os cidadãos. Os dispositivos relativos à liberdade de comunicação constam não apenas em incisos do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, mas também em seu capítulo V, título VIII¹³.

2.1 A classificação das liberdades de comunicação

2.1.1 A liberdade de comunicação em sentido estrito

2.1.1.1 A liberdade de manifestação do pensamento

A liberdade de manifestação do pensamento está prevista na Constituição Brasileira de 1988 no art. 5º, inciso IV, da seguinte forma:

“É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

Tal liberdade se refere a exteriorização daquilo que se pensa e, portanto, tem como pressuposto a liberdade de consciência¹⁴ que é uma liberdade interior, de foro íntimo.

¹⁰ O presente ponto tratará da liberdade de comunicação, que compreende a liberdade de comunicação em sentido estrito e a liberdade de meios de comunicação, de acordo com a classificação apresentada no item 1.3. Após, será exposta a solução da colisão de liberdades por meio da proporcionalidade e os limites à liberdade de comunicação, que serão apresentados, em cada uma das espécies, de forma exemplificativa.

¹¹ Dessa forma na Alemanha, conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 275.

¹² Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994, página 517 e 530, em que afirma: “Ontem, quando havia separação entre Estado e Sociedade, o Estado liberal era o Estado da legalidade; agora que essa separação inexistiu ou já não pode existir, o liberalismo somente há de sobreviver num Estado social de legitimidade.”

¹³ Os dispositivos transcritos nesse ponto estão conforme CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 20ª edição. Saraiva: 1998.

¹⁴ A liberdade de consciência está prevista no artigo 5º, inciso 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 as suas liturgias.” Tal liberdade de consciência não será tratada de forma específica pois não faz parte diretamente da comunicação, ainda que pressuposto para exteriorização de uma mensagem. Sobre a importância da liberdade de consciência, mas que de nada vale sem a liberdade de manifestação, ver MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. página 154.

Tendo em vista que é a primeira forma de liberdade, que consta desde a Constituição de 1824, não se destacam muitas polêmicas atuais acerca de seu conteúdo. A manifestação do pensamento também corresponde à liberdade de comunicar os pensamentos, sendo que o dispositivo constitucional relativo à liberdade de criação intelectual, artística e científica¹⁵, ao incluir a comunicação, pode significar esta correspondência com a liberdade de manifestar ou comunicar pensamentos.

2.1.1.2 A liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação

Tal liberdade integrante da liberdade de comunicação está prevista no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Brasileira de 1988, nos seguintes termos:

“É livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

A expressão intelectual pode ser entendida como a manifestação de pensadores pertencentes a uma classe que se diferencia pela instrução, capacidade técnica ou competência, que são capazes de indicar aos homens novos caminhos¹⁶ ou apenas como toda a cogitação em que está presente o raciocínio do homem, vale dizer, de qualquer homem, pois no campo do espírito¹⁷.

Ademais, a Constituição de 1988 reservou um capítulo específico à comunicação social, em que se reforça a liberdade de expressão com proibição de censura, de forma clara e até redundante, conforme o artigo 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.”

Também foram repetidas disposições do artigo 5º no seguintes dispositivos do artigo 220:

Artigo 220, Parágrafo 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 artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV”;*

¹⁵ Conforme artigo 5º, inciso IX da Constituição Brasileira de 1988.

¹⁶ Conforme MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1989, página 130.

¹⁷ Conforme CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, volume I, página 255.

Artigo 220, Parágrafo 2º: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística”;

Artigo 220, Parágrafo 6º: “A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

Censura é toda forma de exame prévio de uma obra a fim de verificar se seu conteúdo corresponde ao respeito a certos princípios¹⁸. A *censura* posterior é repressão¹⁹.

2.1.1.3 A liberdade de informação

A Constituição de 1988 transformou a liberdade de prestação de informação sem sujeição à censura da ordem anterior em uma liberdade mais ampla, prevista no artigo 5º, inciso XIV:

“É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Esse dispositivo abrange: a) a liberdade de informar, ou seja, de o jornalista buscar e divulgar informações; b) direito de o jornalista invocar o sigilo de sua fonte, de forma a garantir o exercício profissional; c) a liberdade de o público em geral ser informado adequadamente e d) a liberdade de o público ter condições de buscar a informação, isto é, de se informar²⁰. Tais liberdades são essenciais para o desenvolvimento do princípio democrático, pois de nada adiantaria o cidadão poder manifestar seu pensamento ou opinião se tal não fosse formado a partir do livre acesso à informação²¹.

Outro aspecto da liberdade de informação está previsto no artigo 5º, inciso XXXIII:

“ Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

¹⁸ Nesse sentido, FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 253. Também essa a idéia, que se mantém válida, de MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda I de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, página 161, que acrescenta que não há dois direitos à censura, pois uma vez feita a censura não é possível mais censurar.

¹⁹ Advertência de GONÇALVES, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, volume 1, página 35.

²⁰ Segundo DOTTI, René Ariel. *Liberdade de Informação*. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, 1994, volume 24, página 39, a liberdade de informação inclui o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

²¹ Nesse sentido, DOTTI, René Ariel. *Liberdade de Informação*. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, 1994, volume 24, página 41, afirma que a liberdade de informação é pré-requisito para a própria formação da opinião. Também LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 196, compartilha a idéia de que a divulgação de informações deve servir para formação da consciência política, cultural e social dos indivíduos.

A liberdade de informar está relacionada à liberdade profissional prevista no artigo 5º, inciso XIII, da constituição, na medida em que a lei estabelece as qualificações para os profissionais da área da comunicação social. Ademais, relaciona-se ao disposto no artigo 5º, inciso V, referente ao direito de resposta, sempre que houver incorreção da informação, e também ao direito de o agravado propor ação indenizatória, no caso de informação que constitua dano material, moral ou à imagem.

Destaca-se a distinção²² entre a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de informação. Na manifestação de pensamento não há, necessariamente, compromisso com a veracidade das idéias, por que a todos é dado se manifestar. Ao contrário, a transmissão de informação deve ser exata e verificável, inclusive com divulgação das fontes, eis que o sigilo é exceção que só se coaduna com a necessidade profissional.

Por fim, a proteção à informação envolve: a) a colheita das informações ou armazenamento; b) a proteção do material reunido; c) o acesso, que inclui arquivamento adequado, que facilite a busca e d) a divulgação pública da informação²³.

2.1.2 A liberdade dos meios de comunicação

2.1.2.1 Princípios relativos ao rádio e à televisão

Os princípios que as emissoras de rádio e televisão devem seguir estão previstos no artigo 22 I da Constituição Brasileira de 1988:

“ A produção e a programação da 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.”

Os princípios apontados nesse dispositivo²⁴ têm a força de atribuir, à sociedade, direito difuso à uma programação de rádio e televisão que estejam de acordo com esses

²² Distinção baseada em MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. *Boletim IBCCRIM*, 1997, volume 58, página 15.

²³ Conforme destacado por CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, página 283.

²⁴ Esses são princípios impositivos, de caráter finalístico, conforme PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 166.

princípios²⁵. A consequência de tal entendimento é que será possível, ao Ministério Público e a entidades civis arroladas na Lei da Ação Civil Pública, ingressarem em juízo no caso de descumprimento de algum desses princípios, o que poderá ser uma forma de incitar também o Judiciário a configurar as liberdades de comunicação e de meios de comunicação.

2.1.2.2 Propriedade dos meios de comunicação

A propriedade dos meios de comunicação, no aspecto da atividade econômica²⁶, deve ser interpretada segundo os dispositivos constitucionais referentes ao princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º), da livre iniciativa (artigo 170, caput), e da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII).

Não é possível interpretar que a propriedade dos meios de comunicação é absolutamente livre, pois mesmo o direito à propriedade é restringido, na Constituição Brasileira de 1988, pela função social. Nesse sentido, a propriedade dos meios de comunicação pode sofrer conformação pelo legislador, que explicitará a dimensão do direito de propriedade dos meios de comunicação.

É nesse enfoque que se deve compreender o artigo 222 da Constituição Brasileira de 1988:

“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.

Parágrafo 1º - É vedada a participação de pessoa jurídica no capital social da empresa jornalística ou de radiodifusão, exceto a de partido político e de sociedades cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros.

Parágrafo 2º - A participação referida no artigo anterior só se efetuará através de capital sem direito a voto e não poderá exceder a trinta por cento do capital social.”

A exploração dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa da União, mas tais serviços podem ser explorados por particulares, nos termos dos dispositivos supra citados²⁷.

²⁵ Essa a idéia de PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 172, com base no conceito constitucional de direito difuso como aquele direito transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

²⁶ Adverte PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22, página 163, que a informação, neste final de século, é mercadoria cuja exploração econômica tem sido livre no mercado.

²⁷ Conforme BASTOS, Celso. A Liberdade de Expressão e a Comunicação Social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 20, página 50.

As limitações à propriedade de meios de comunicação são comuns em outras legislações, como demonstra Vera Maria Lopes²⁸, que exemplifica com formas nos ordenamentos do Japão, Argentina e Itália.

Por exemplo, a legislação do Japão proíbe a propriedade simultânea de canais de TV e rádio, a da Argentina, proíbe que uma mesma pessoa detenha mais de uma concessão de serviço de radiodifusão, e a da Itália proíbe concessão de canal de televisão de alcance internacional a quem possui veículo de mídia impressa com 16% de tiragem no mercado ou canal de televisão de alcance nacional a quem possui jornal impresso com mais de 8% de tiragem diária.

2.1.2.3 Regime de concessão, permissão e autorização para radiodifusão

Pela importância dos meios de comunicação para o desenvolvimento do princípio do Estado Democrático de Direito, a propriedade dos meios de comunicação é por tempo determinado, sob forma de concessão, e é regido por uma sistema de complementaridade entre sistema privado e público. Nesses termos, o artigo 223 da constituição:

“Compete ao Poder Executivo outorgar renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Parágrafo 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do artigo 64, parágrafos 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

Parágrafo 2º - A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso nacional, em votação nominal.

Parágrafo 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

Parágrafo 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

Parágrafo 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze anos para as de televisão.”

O regime legal das concessões, permissões e autorizações está previsto pela Lei nº 4.117, de 27.08.1962, nos dispositivos relativos à radiodifusão que não foram revogados

²⁸ Conforme LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 278.

pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que é a nova Lei de Telecomunicações. Não serão examinadas as normas infraconstitucionais relativas às concessões e permissões a fim de não desviar o objetivo principal deste trabalho.

2.2 A solução da colisão pela proporcionalidade

2.2.1 A proporcionalidade como critério na constituição brasileira

A utilização do princípio da proporcionalidade com os três critérios (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) definidos para resolução de casos em que há colisão entre duas normas (princípios) de direitos fundamentais é decorrência da opção constitucional pela proteção dos direitos fundamentais e instituição do Estado Democrático de Direito. Ademais, pelo caráter correspondente com o princípio da razoabilidade, a proporcionalidade está expressamente permitida pela Constituição Brasileira de 1988 no art. 5º, inciso LIV, que consagra o devido processo legal²⁹.

Até onde foi visto, não há na doutrina brasileira muitas menções sobre a resolução prática dos problemas decorrentes de colisões de direitos de liberdade, principalmente envolvendo as liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação³⁰.

A proporcionalidade deve ser utilizada como critério prático para resolução de casos em que há colisão entre as liberdades de comunicação e de meios de comunicação e as liberdades que as limitam e que também constam de normas constitucionais. É o caso dos exemplos citados logo a seguir relativos aos limites às liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação, pois uma vez que a colisão entre as liberdades que serão mencionadas ocorra na prática, é possível solucionar o problema por meio da proporcionalidade.

Em vários casos em que se requer a aplicação de normas de direitos fundamentais, pode-se estar diante de aparente colisões entre normas. Pode ocorrer colisão de normas referente a direitos fundamentais idênticos como por exemplo:

- a) a liberdade de reunião de dois grupos distintos que desejam se reunir no mesmo local;

²⁹ Segundo BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994, página 395, o princípio da proporcionalidade existe no sistema brasileiro como norma esparsa no texto constitucional, infere-se de outros princípios, como o da igualdade, e flui do espírito do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988.

³⁰ Tratam do tema os trabalhos de STUMM, Raquel. *Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação*. Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1994, número 122, página 17 e seguintes; e HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, página 176 e seguintes.

- b) o direito fundamental de dois titulares, em que apenas um poderá ser preservado - no caso de proteção à integridade de um refém em poder de seu detentor e à integridade desse detentor;
- c) a liberdade de confessar uma crença e a de não confessar nenhuma crença, em um mesmo local em que hajam pessoas com interesses religiosos diversos - caso em que há colisão entre o lado negativo e positivo de um mesmo direito;
- d) o mesmo direito, dependendo do titular, deve ter analisado o lado jurídico e fático, como no caso do pagamento de custas judiciais³¹.

De outro lado, normas referentes a direitos fundamentais diferentes, atribuídos a titulares diversos, podem colidir na aplicação, como é o caso da liberdade de livre manifestação do pensamento e do direito à honra das pessoas envolvidas na manifestação do pensamento³².

A fim de possibilitar a resolução dos problemas de colisão, diante da distinção ente regras e princípios, pode-se concluir que as normas de direitos fundamentais não são apenas regras, mas também têm atrás de si ou ao lado, a concepção de princípios.

Para resolução da colisão, utiliza-se a ponderação, que se chega pela análise do peso dos direitos, obtido ao utilizar a proporcionalidade em sentido estrito. Antes da análise da proporcionalidade em sentido estrito, examina-se os critérios da necessidade e da adequação.

Portanto, em caso de colisão entre normas diversas de direito fundamental, uma não pode ser afastada sob pretexto de invalidade, como no caso das regras, mas ponderada em relação à outra. Dessa forma, a partir do caso concreto em que estão em colisão dois direitos fundamentais e que deve ser resolvido, analisa-se as normas no plano dos princípios e procura-se identificar uma lei de colisão que as utilize da forma mais ampla possível concomitantemente³³.

Dessa forma, pelo caráter de princípio das normas de direitos fundamentais e pela forma característica de resolução de colisões entre princípios, as colisões entre normas de direitos fundamentais se resolvem pela *ponderação*. Utiliza-se a ponderação, por meio do peso entre os princípios.

³¹ Conforme ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

³² Conforme ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

³³ A referência à formulação dessa lei de colisão, inclusive com exemplos da jurisprudência, está exposta em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 90 a 98.

Acrescenta-se a concordância prática³⁴, aplicável principalmente em relação à proporcionalidade em sentido estrito, mas também à necessidade e à adequação, no sentido de procurar uma coordenação entre os princípios, mantendo a eficácia ótima, sem sacrificar de todo nenhum dos princípios em análise³⁵.

A mesma tarefa de resolução de colisões na aplicação de direitos fundamentais, apenas que no sistema do *comon law*, é feita pelo princípio da razoabilidade, baseado no *due process of law* substancial. Sendo assim, a razoabilidade tem correspondência com o princípio da proporcionalidade, que no direito alemão, é derivado do princípio do estado de direito e, com isso obtém hierarquia constitucional³⁶.

2.2.2 A forma de aplicação da proporcionalidade

Como em toda colisão efetiva de direitos fundamentais resulta limitação de pelo menos um dos direitos fundamentais, para verificar se a limitação é constitucional, aplica-se o princípio da proporcionalidade.

Para exemplificar o modo de aplicação deste princípio serão utilizadas as expressões princípio 1 e princípio 2 para identificar duas normas de direitos fundamentais envolvidas na colisão, analisando-se então os três critérios³⁷.

O primeiro critério é o da adequação. Examina-se se a intervenção estatal realizada em nome do princípio 2 é adequada para proteger o bem jurídico ao qual se destina. Isto é, se a intervenção que impede a plena aplicação do princípio 1 será realmente efetiva para proteger o bem jurídico referente ao princípio 2.

Nesse caso, se a intervenção não for adequada à proteção do princípio 2, deve ser afastada, pois não há uma real colisão entre aplicação dos princípios, devendo ser aplicado o princípio 1 não restringido. Ao contrário, se a intervenção é realmente efetiva para proteger o bem jurídico referente ao princípio 2, deve-se verificar a intervenção sob o segundo critério de proporcionalidade.

³⁴ Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 66.

³⁵ Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 66: "bens jurídicos protegidos juridico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em 'ponderação de bens' precipitada ou até 'ponderação de valor' abstrata, um ser realizado à custa de outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto ser proporcionais".

³⁶ Nesse sentido, ver HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 159.

³⁷ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 110 e seguintes.

O segundo critério é o da necessidade. Examina-se se não há meio menos gravoso, isto é, intervenção menos gravosa, que também pudesse proteger o bem jurídico referente ao princípio 2.

Dessa forma, se houver outra forma de intervenção menos gravosa, então esta deve ser utilizada. Se não houver outra forma de intervenção que proteja o bem jurídico referente ao princípio 2, deve-se examinar, então, esta intervenção à luz do terceiro critério.

Segundo este terceiro critério, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, entre a intervenção e a proteção com ela almejada pelo princípio 2. Como corolário deste terceiro critério, pode-se dizer que quanto mais grave a intervenção, mais justificável deve ser o motivo.

Nesse sentido, deve ser evitada, na maior medida possível, a intervenção que determinar a não-aplicação integral do princípio 1 em nome do princípio 2, como forma de atender à concordância prática.

Diante de um caso de colisão de direitos, aplicando-se da forma como foi exposto o princípio da proporcionalidade, será possível, na prática, resolver a colisão.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é tarefa do legislador, ao conformar os direitos expressos na Constituição, bem como de todos os demais poderes estatais.

2.2.3 Casos de aplicação da proporcionalidade

Inicialmente refira-se que o objetivo do presente trabalho não é análise jurisprudencial, com o que seria necessário uma dedicação exclusiva a tal fim. Ao contrário, os casos de aplicação da proporcionalidade que serão tratados visam ilustrar a aplicação do princípio. Da mesma forma, exemplos teóricos não serão apresentados tendo em vista que não seria adequado à finalidade do trabalho.

Os casos mais comuns de aplicação do princípio da proporcionalidade são, de um lado, aqueles em que o legislador³⁸, ao cumprir sua tarefa legislativa, deve ponderar as restrições que serão impostas a determinado direito, em razão de outro direito igualmente protegido. Dessa forma, ao cumprir, por exemplo a tarefa de legislar nos termos do artigo 220 da Constituição Brasileira, deve ser procedida uma análise no sentido da proporcionalidade.

Do mesmo modo, a regulamentação de restrições à liberdade de informação relativa a processos judiciais, deve ser precedida da análise da proporcionalidade. O legislador, ao estabelecer restrições para que as pessoas que têm acesso aos autos judiciais não divulguem informações à imprensa relativas a processo judicial antes do respectivo trânsito em julgado, deverá examinar a proporcionalidade de tal restrições de acordo com a liberdade de imprensa.

³⁸ Ver para mais, FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996, página 138.

De outro lado, a utilização da proporcionalidade está relacionada também à aplicação do direito. Como já foi mencionado, há poucas referências à aplicação da proporcionalidade na jurisprudência brasileira, mas pode-se destacar, o caso *CM versus A Gazeta*³⁹, que trata da violação do direito à honra de um magistrado pela divulgação, na imprensa, de informação relativa à prisão de seu filho, ocorrido no Estado do Mato Grosso, em meados de 1995. Nesse caso, foi decidido que a menção dos pais do acusado não tinha cunho jornalístico ou mesmo informativo, mas relacionava-se à curiosidade dos leitores e ao aumento da circulação do jornal.

O caso *Cláudio versus Arte Nova Filme Ltda.*⁴⁰ relaciona-se a filme retratando a história real de uma jovem assassinada, envolvida com tráfico de drogas. O direito à imagem da falecida, reclamado por seus pais colidia com a liberdade de informação. Nesse caso, decidiu-se que prevalece o direito à informação, eis que, após apuração de prova técnica, verificou-se que não havia referência explícita à imagem da falecida e o filme continha cunho informativo aos jovens, na busca da prevenção às drogas.

Todavia, mesmo nesses casos, a proporcionalidade não foi utilizada no sentido de examinar os três critérios um a um (da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito).

2.3 Os limites à liberdade de comunicação

Cumpra examinar o aspecto relativo às restrições - ou também chamados limites - dos direitos fundamentais. A restrição é dirigida ao bem jurídico protegido pela norma de direito fundamental e é considerada como norma que restringe posições de direito fundamental⁴¹.

A primeira característica para uma norma de restrição de direito fundamental é que seja constitucional⁴². E, para que seja constitucional, deve a norma de restrição estar de acordo com as normas de competência ou constar expressamente da configuração da norma de direito fundamental. Mesmo as restrições determinadas por normas de direito de nível inferior à constituição, são consideradas restrições constitucionais indiretas, pois devem estar autorizadas pela constituição por meio de cláusulas de reserva explícitas.

³⁹ Caso referido por STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação*. Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999, página 89 e seguintes.

⁴⁰ Caso referido por STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação*. Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999, página 84 e seguintes.

⁴¹ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 272.

⁴² Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 280.

Deve-se distinguir as restrições aos direitos fundamentais das normas de legislação que configuram direitos fundamentais.

As normas de restrições se referem a mandados e proibições, e as normas de configuração são normas de competência⁴³. Essas normas de configuração são aquelas de organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que os direitos fundamentais devem garantir e são tarefa do legislador por encargo expresso da constituição ou independente de tal encargo⁴⁴. Por exemplo, as normas de direito civil acerca da sucessão em caso de morte apenas configuram o direito fundamental de herança, previsto na constituição.

Portanto, um direito fundamental pode ser limitado por seu próprio alcance material ou por uma norma restritiva adicional contida no enunciado de direito fundamental da constituição.

Ademais, pode haver limitação instituída por outra norma jurídica que, nesse caso, também está vinculada à constituição, eis que a norma restritiva aponta a limitação já traçada pela constituição. Tais normas limitadoras podem se referir a limites só sob determinados pressupostos ou para determinados fins, com o que a norma limitadora deve ser uma *lei geral*, não podendo haver norma individual restritiva de direitos fundamentais⁴⁵.

Tendo em vista que a norma limitadora de um direito fundamental pode colidir com a norma de direito fundamental em si mesma e tendo em vista que ambas as normas são princípios, também se utiliza a proporcionalidade, com seus três critérios para verificar se a norma limitadora do direito fundamental é proporcional e, portanto, constitucional.

Assim, a limitação a ser imposta deve ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico que pretende; deve ser *necessária* para tal, no caso de haver limitação menos gravosa; e ainda a limitação deve ser *proporcional em sentido estrito*, ou seja, guardar relação adequada com o peso e a importância do direito fundamental envolvido⁴⁶.

2.3.1 Limites estabelecidos nas normas constitucionais de liberdade de comunicação

A Vedação ao anonimato⁴⁷

⁴³ Conforme ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 321 a 324.

⁴⁴ Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 247.

⁴⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 252.

⁴⁶ Conforme HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 256.

⁴⁷ A norma relativa à liberdade de manifestação do pensamento, que faz parte da liberdade de comunicação em sentido estrito, veda o anonimato, conforme artigo 5º, inciso IV da Constituição Brasileira de 1988.

A vedação do anonimato não abrange os editoriais de jornais ou algumas matérias jornalísticas, que embora não contenham assinatura do escritor, são identificáveis os responsáveis⁴⁸. Também não é proibido o pseudônimo⁴⁹.

Sigilo da Fonte⁵⁰

A regra é que a fonte das informações deve ser revelada, pois é a partir da sua análise que se poderá verificar a veracidade das informações. A exceção é que se pode manter o sigilo das fontes, que deve ser justificado pormenorizadamente, a fim de não se utilizá-lo como forma de divulgar falsas informações.

*Direito de resposta e veracidade da informação*⁵¹

Em relação à liberdade de informação, as pessoas têm o direito de ser informadas adequada e veridicamente. Senão, não seria necessário o direito de resposta. O direito de resposta abrange todos os meios de comunicação, rádio, televisão e jornal, por exemplo e tem amplitude inclusive em relação a outras formas de comunicação como a manifestação em uma assembléia⁵².

Proibição de monopólio e oligopólio⁵³

Monopólio significa a existência de apenas uma empresa (pública ou não) responsável pelos meios de comunicação, diante do número indeterminado dos sujeitos receptores de informações. Oligopólio significa a existência de um número reduzido de empresas responsáveis pelos meios de comunicação, que podem acordar em relação às decisões do mercado fornecedor de informações⁵⁴. Ademais, por consequência da proibição de monopólio e oligopólio, de forma direta ou indireta, não se permite a exclusão de direitos de empresa de nenhuma das organizações de meios de comunicação em atividade e que tal vedação também impõe ao legislador que legisle positivamente para possibilitar o desenvolvimento de organizações minoritárias no mercado das comunicações, por exemplo.

A propaganda comercial de produtos potencialmente nocivos⁵⁵

⁴⁸ Conforme BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, página 190.

⁴⁹ Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, página 257.

⁵⁰ O sigilo da fonte está previsto no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Brasileira de 1988, com a ressalva de que será resguardado o sigilo da fonte apenas quando necessário ao exercício profissional.

⁵¹ O direito de resposta está previsto na Constituição Brasileira de 1988 no artigo 5º, inciso V.

⁵² Conforme BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, página 190.

⁵³ A vedação do monopólio ou do oligopólio estabelecida no artigo 220, parágrafo 5º, é dirigida a todos os meios de comunicação social: "*Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.*"

⁵⁴ Conceitos elaborados a partir das idéias de FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 256, e CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, volume VIII, página 4510.

⁵⁵ O parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição Brasileira de 1988 dispõe que: "*A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita às restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.*"

Esse dispositivo não quer significar que outros produtos não arrolados não possam sofrer restrições de publicidade e venda, desde que justificadamente. A relação de objetos de restrição constante neste dispositivo constitucional é exemplificativa.

2.3.2 Limites estabelecidos pela ordem constitucional adotada

O exemplo mais clássico de limitação da liberdade de comunicação e em relação à liberdade da vida privada, constante no artigo 5º, inciso X:

“ São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. ”

Pode-se mencionar que os jornalistas concorrentes têm direito igual na busca de informações e em sua veiculação. Seria contrariar o princípio da igualdade, que se apresenta no caput do artigo 5º da constituição, o estabelecimento de distinções entre profissionais ou entre meios de comunicação.

Considere-se ainda que o artigo 216, parágrafo 1º, dispõe que:

“ O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. ”

Sendo assim, não é possível divulgar idéias e opiniões que visem à destruição de patrimônio cultural brasileiro, eis que o dispositivo mencionado protege e obriga a participação da comunidade, vale dizer, de todos, na preservação do patrimônio.

Por fim, destaca-se, como exemplo de limitação decorrente da ordem constitucional adotada, o direito de antena. O artigo 17, parágrafo 3º da constituição prevê que:

“ Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. ”

O direito de antena se refere à prerrogativa de utilização gratuita de espaços em rádio e televisão, reservados a certas categorias ou instituições por sua importância social.

Na Constituição brasileira de 1988 só há previsão expressa para direito de antena em relação aos partidos políticos⁵⁶.

Os exemplos mencionados tratam de algumas limitações às liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação decorrentes do regime constitucional adotado, o que não exclui a possibilidade de outros limites.

⁵⁶ Ao contrário, em outros ordenamentos, como na Constituição Portuguesa, no seu artigo 40, prevê direito de antena a outras instituições, como organizações sindicais. Ver, para mais, FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º, página 249.

2.3.3 Limites relativos às leis gerais e conformação pelo legislador

É possível uma lei de hierarquia inferior à constituição estabelecer normas relativas à liberdade de comunicação. Essa é a questão mais polêmica, principalmente tendo em vista aqueles que crêem em liberdades ilimitadas, sem qualquer regulação, em uma concepção liberal clássica. Todavia, veja-se que a Constituição Brasileira de 1988 não adotou tais postulados, pois a aceitação da livre iniciativa significa apenas um dos aspectos do Estado Democrático de Direito, que é o princípio formador do Estado brasileiro.

A constituição, expressamente, exigiu a intervenção legislativa para conformar as liberdades de comunicação em sentido estrito e de meios de comunicação nos seguintes casos, por exemplo, do artigo 220, parágrafo 3º:

Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

Todavia, não é apenas quando a constituição prevê expressamente a elaboração de lei que tal é possível, pois a tarefa do legislador é conformar as disposições constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.

Veja-se que não há norma, no Brasil, que proíba a propriedade simultânea de meios de comunicação, a fim de evitar a formação de oligopólios, como há em outros ordenamentos⁵⁷. É uma questão a ser suscitada, a da possibilidade de norma que vise conformar a proibição de oligopólios prevista na Constituição de 1988.

Dessa forma, a partir da possibilidade de leis infraconstitucionais conformadoras de liberdades, examina-se as leis gerais. A expressão lei geral está relacionada com a da idéia de igualdade entre os destinatários da norma, isto é, leis gerais são leis que têm incidência ampla. Significa também que a norma destinada a proteger outro bem jurídico não poderá limitar a liberdade de comunicação⁵⁸. Pode-se exemplificativamente referir como leis federais que conformam as liberdades de comunicação e de meios de comunicação a Lei 9.294, de 15.07.1996, autorizada expressamente pelo artigo 220, parágrafo 4º, da constituição e a que trata da organização dos serviços de telecomunicações.

⁵⁷ Conforme LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, página 290.

⁵⁸ Exposição baseada na doutrina alemã conforme PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo IV, página 421.

Exemplo de dispositivo que, mesmo sem referência direta no texto constitucional, atende ao requisito de lei geral é o artigo 2º, inciso VI da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe que o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à não-divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso. Isso porque o legislador, em lei específica que dispõe sobre comunicação, está conformando a liberdade de informação, ao proibir, em certo caso, a divulgação de dados.

CONCLUSÃO

A liberdade de comunicação é protegida na Constituição de 1988 em suas várias formas: a) liberdades em sentido estrito, quais sejam: liberdade de manifestação de pensamento, liberdade de criação intelectual, artística, científica e de comunicação, e liberdade de informação e b) liberdade dos meios de comunicação.

Em caso de colisão entre alguma das liberdades de comunicação e outras liberdades ou entre as próprias espécies de liberdade de comunicação, deve-se utilizar a ponderação de princípios, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Por fim, as espécies de liberdade de comunicação podem ser limitadas, no sentido de conformação jurídica. Podem ser limitadas por outras normas constitucionais relativas à comunicação, pela ordem constitucional adotada em outros aspectos ou por leis gerais. Fica assente, portanto, que as liberdades em sentido estrito e a liberdade dos meios de comunicação não são ilimitados e para determinar-se a constitucionalidade dos limites adotados deve-se aplicar a proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tradução Luís Afonso Heck. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998. In: *Revista de Direito Administrativo*, Jul/Set 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BASTOS, Celso. A Liberdade de Expressão e a Comunicação Social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 20, p. 50.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

STUMM, Raquel. *Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

- CAZENUVE, Jean. *Guia Alfabético das Comunicações de Massas*. Lisboa: Edições 70, 1996.
- CRETELLA Jr., José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, volume I e VIII.
- DOTTI, René Ariel. Liberdade de Informação. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, 1994, volume 24.
- FARIAS, Edimilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, volume I, página 35.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2ª ed São Paulo: Saraiva.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995, volume 7º.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, página 275.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O Direito à Informação e as Concessões de Rádio e Televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de Direitos Fundamentais: liberdades de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1994, número 122, página 17 e seguintes.
- MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1989.
- MORAES, Alexandre. Liberdade de Imprensa e Proteção à Dignidade Humana. *Boletim IBCCRIM*, 1997, volume 58, p. 15.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, tomo IV.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PONTES, Helenilson Cunha. A Liberdade de Informação, a livre iniciativa e a Constituição Federal de 1988. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, volume 22.
- STOFFEL, Roque. *Colisão entre Direitos de Personalidade e Direito à Informação*. Dissertação no curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, abril de 1999.