

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Danilo Augusto Ferreira

Estado democrático de direito, direito penal e os serviços de
telecomunicações

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Danilo Augusto Ferreira

Estado democrático de direito, direito penal e os serviços de
telecomunicações

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito (Direito das Relações Sociais),
sob orientação do Professor Doutor Marco
Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2010

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Joyce, que por diversas vezes, não permitiu que eu desistisse.

Ao meu pai, Everaldo, que ao compreender minhas dificuldades e limitações, permitiu-me utilizar o tempo necessário ao término deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, meu mestre do Direito e mestre da vida, que me ensinou a interpretar o Direito, bem como ser uma melhor pessoa.

Ao Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira, quem primeiro me deu a mão e conduziu-me à arte da pesquisa e da docência.

RESUMO

A comunicação, por intermédio da fala, diferencia o Homem dos demais animais existentes dentre os seres vivos. Justifica-se, portanto, a escolha do tema da presente dissertação, tendo em consideração o direito fundamental da livre manifestação do pensamento, ou livre expressão.

Todavia, nota-se a crescente tendência do Direito, e mais, a também crescente e constante tendência do Direito Penal em tutelar bens jurídicos que, em tese e, em concordância com as diretrizes estabelecidas pelo modelo social estabelecido com o advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, não deveriam por ele serem objeto de salvaguarda.

Assim, objetiva-se com o presente trabalho, determinar-se o significado do Estado Democrático de Direito, sua abrangência e suas limitações, consubstanciando-se a Constituição instrumento limítrofe da atividade estatal de frente aos direitos e garantias fundamentais nela dispostos.

A constituir o Direito Penal o ramo do direito que em maior quantidade e qualidade viola a liberdade individual, analisar-se-á sua missão, bem como sua autorização constitucional de atuação, notadamente no que diz respeito às limitações inerentes e, aparentemente conflitantes, à liberdade de expressão e, assim, aos direitos de informar, se informar e de ser informado.

Palavras-chave: liberdade de expressão, telecomunicações, radiodifusão, direito penal.

ABSTRACT

Communicating through speech, distinguishes humans from other animals living among the world. Justified, therefore, the choice of the theme of this thesis, taking into consideration the fundamental right of free expression of thought or free expression.

However, there is a growing trend of law, and more, the trend also an increasing trend in criminal law protect the legal interests which, in theory and in agreement with the guidelines established by the social model established with the advent of the promulgation of the Constitution Federative Republic of Brazil, from October 5, 1988, should not it be subject to safeguards.

However, the objective is to present work to determine the meaning of democratic rule of law, its scope and its limitations, consolidating the constitution is an instrument of state activity adjacent to the forehead of fundamental rights and guarantees in them.

The Penal Law constitute the field of law that a greater quantity and quality violates individual liberty, it will examine its mission and its approval of constitutional expertise, particularly with regard to inherent limitations and, apparently conflicting, to freedom of expression and thus the rights to inform, to inform and be informed.

Keywords: freedom of speech, telecommunications, broadcasting, criminal law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1. Princípios orientadores do estado democrático de direito	13
2.1.1 A soberania	14
2.1.2 A cidadania	16
2.1.3 Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa	17
2.1.4 O pluralismo político	22
2.2. A dignidade da pessoa humana como princípio vetor do estado democrático de direito brasileiro	24
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA HONRA, DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE E DA IMAGEM	29
3.1 A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824	32
3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891	33
3.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934	36
3.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937	38
3.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946	41
3.6 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967	44
3.7 A Emenda Constitucional Número 01, de 1969	46
3.8 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988	47
4. CONSTITUIÇÃO E BEM JURÍDICO-PENAL	51
4.1 Bem jurídico e proteção penal	54
4.2 Princípios informadores do bem jurídico-penal	58
4.2.1 Princípio da reserva legal e princípio da anterioridade	60
4.2.2 Princípio da intervenção mínima	64
4.2.2.1 Princípio da fragmentariedade	67
4.2.2.2 Princípio da subsidiariedade	70
4.2.3 Princípio da proporcionalidade	72
5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	79

5.1 Liberdade de expressão, direitos e garantias fundamentais	79
5.2 A liberdade de informação	86
5.2.1 O direito de informar	90
5.2.2 O direito de ser informado	93
5.2.3 O direito de se informar	95
5.3 A comunicação social e seu tratamento constitucional	97
6. TELECOMUNICAÇÕES, RADIODIFUSÃO E ESPECTRO ELETROMAGNÉTICO	107
6.1 As telecomunicações	108
6.1.1 Os mecanismos internacionais de proteção às telecomunicações	111
6.2 As telecomunicações no Brasil, um breve esboço histórico	114
6.3 A radiodifusão	121
6.3.1 Radiodifusão comunitária	123
6.4 O espectro de radiofrequências	126
6.5 A Emenda Constitucional Número 08, de 1995	129
7. CONCLUSÕES	133
BIBLIOGRAFIA	138

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, instituído pelo advento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, estabeleceu uma nova ordem social vetora ao país.

Mencionados vetores conduzem a atividade estatal, incluídas nesta a atividade legislativa, a obediência aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Considerado o ser humano o princípio e o fim dos meios empregados pelo Estado à consecução de seus fins, limitada encontra-se a atuação estatal.

Tendo como objetivo da presente dissertação a inter-relação existente entre o direito fundamental a livre expressão e o Direito Penal, serão analisadas a função e a força normativa da Constituição naquilo que é facultada a atuação daquele ramo do Direito.

Para tanto, analisar-se-á a importância da declaração dos direitos fundamentais do Homem, tanto no âmbito nacional quanto nas diretrizes internacionais reconhecidas pelo Estado brasileiro, bem como o papel fundamental das garantias que oferecem efetividade aos direitos declarados.

O trabalho se inicia, portanto, a analisar os fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito brasileiro, reconhecidos estes como os alicerces basilares da construção normativa estatal.

Observar-se-á, para tanto a importância da dignidade da pessoa humana como princípio basilar de qualquer Estado que se proponha a se declarar como Democrático de Direito.

A considerar-se a liberdade, notadamente a liberdade de expressão, como corolária diretamente decorrente do princípio democrático, será realizada uma construção constitucional histórico-noticiosa dos limites à livre manifestação do pensamento, especificamente ao tratamento constitucional da inviolabilidade dos direitos à privacidade, à intimidade, à imagem e à honra das pessoas.

Posteriormente, e em decorrência dos limites impostos pela Constituição, precisar-se-á em que momento deve o Estado socorrer-se do Direito à finalidade de manutenção do equilíbrio e da paz sociais.

Verificada, assim, a incapacidade dos meios de controle social informais e formais menos interventivos para tanto, será analisada a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, bem como seu momento de atuação, tendo em vista os princípios que o norteiam.

A estabelecer-se uma ligação entre o direito fundamental à livre manifestação do pensamento e a atuação do direito que em maior quantidade e qualidade intervém na liberdade individual – o Direito Penal, serão analisados o conceito e a abrangência da liberdade de expressão, bem como o dela decorrente direito à informação, abrangidos o direito de informar, de ser informado, e de se informar, e a configuração constitucional dos meios de comunicação de social, ou meios de comunicação social, entendidos estes como instrumentos fomentadores do pluralismo político, fundamento do Estado Democrático de Direito, condutor da autodeterminação individual, enfim, caracterizador da dignidade da pessoa humana.

Após serem analisados os meios de comunicação social como um todo, o presente capítulo tem o escopo de analisar, em consonância com os objetivos desta dissertação, os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão, seus conceitos e eventuais similaridades e/ou diferenciações entre eles, suas modalidades, bem como os requisitos às suas execuções.

Será abordado, também, o conceito, a natureza jurídica, os requisitos para a exploração e as consequências advindas da não obtenção de outorga de uso do espectro eletromagnético para a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão.

Nesse ínterim, serão debatidos aspectos relevantes às conceituações e à abrangência dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão, tendo em vista as disposições legais, bem como construir-se críticas ao legalmente previsto em contraposição às necessidades sociais e tecnológicas requeridas pela sociedade dos dias atuais, sempre respeitando-se os valores e interesses oriundos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ressalta-se que o método de abordagem a ser utilizado na presente dissertação será o dialético, vez que analisar-se-ão as questões advindas da realidade em consonância com a dogmática e a hermenêutica do direito posto, por intermédio da pesquisa bibliográfica utilizada, intercalando-se notícias históricas e comparativas.

2. FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Princípios orientadores do estado democrático de direito

A Assembléia Nacional Constituinte, convocada por força da Emenda Constitucional número 26, de 27 de novembro de 1985, tendo finalizado os trabalhos que deram origem à atual Constituição brasileira, instituiu, no país, um novo modelo de Estado, denominado Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça¹.

É também cediço que Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 elencou, em seu artigo 1º, os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, como sendo os valores que norteiam o Estado brasileiro desde sua promulgação.

O Estado brasileiro tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade calcada na liberdade, na justiça e na solidariedade, a erradicação da pobreza, bem como da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem geral da nação, sendo vedadas quaisquer formas de discriminação².

Há de se salientar que os objetivos acima declinados não devam ser alcançados de forma definitiva, haja vista o modelo de Estado atribuído pela Carta de 1988 sugerir uma constante evolução³.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil, Preâmbulo.

² Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 3º.

³ Cláudio José Langroiva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*, p. 37-38.

Um dos fatores diferenciais do Estado Democrático de Direito para os demais – Estado de Direito, ou Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito – reside no princípio da vontade popular⁴, pelo qual todo poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, de modo que no último caso é exercido por meio de representantes eleitos.

Assim, como forma de efetivar a democracia para além das características supracitadas, a Constituição Federal prevê outras formas de participação popular em atos de poder, tais como o direito político de sufrágio universal e de voto, que serão exercidos, em conformidade com o artigo 14 da Carta, mediante referendo, plebiscito e iniciativa popular.

Somam-se à vontade popular, na caracterização do Estado Democrático de Direito, a prevalência de direitos fundamentais e a existência de limitações ao poder estatal, haja vista este, naturalmente, cometer excessos ao exercê-lo, violando direitos em relação ao indivíduo e ou ao grupo de indivíduos.

A vontade ou soberania popular, fonte de todo o poder político, “(...) qualifica o Estado que busca uma nova condição de promotor de justiça social, institucionalizando um poder popular (...)”⁵.

2.1.1 A soberania

Adentrando especificamente nos fundamentos do Estado brasileiro, insertos no artigo 1º da Carta Política, encontra-se a soberania. Por soberania⁶, elemento constituinte da instituição Estado, tem-se o poder supremo exercido pelo povo, com finalidades estabelecidas, em um determinado território.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, parágrafo único.

⁵ Cláudio José Langroiva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal...*, p. 37.

⁶ Nesse sentido, Dalmo de Abreu DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, p. 74 e ss.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, pelo qual se estabelece que o Estado português configura uma República soberana, aduzem que o qualificativo:

(...)significa não só a soberania nacional em sentido político formal mas também a autodeterminação (independência política em sentido material). Na verdade, soberania quer dizer, antes de tudo, *autonomia*, ou seja capacidade de se dotar das *suas próprias normas*, da sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Fundamental), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição⁷.

E continuam os doutrinadores portugueses: “A idéia de soberania fundamenta assim o conceito de *independência nacional* (...), que, por sua vez, integra o princípio da *independência do Estado* (...)”⁸.

Existem dois planos de observação quanto à abrangência do conceito de soberania, o interno e o externo. O primeiro se refere a supremacia do Estado sobre a totalidade da ordem interna, enquanto este significa a não subordinação a países ou organismos estrangeiros⁹.

Contudo, há de se observar que o Brasil, assim como os demais Estados democráticos de Direito, relativiza o conceito de soberania no plano externo, e não por isso o abole, desde a promulgação da Carta, em 1988, haja vista a disposição constitucional do § 2º do artigo 5º estabelecer que os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o país seja parte.

O entendimento acima exposto é corroborado pelo disposto no § 4º do artigo 5º da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 45, de 08

⁷ *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 197.

⁸ *Idem*, *Ibidem*.

⁹ Luiz Alberto David ARAUJO; Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 101.

de dezembro de 2004, que dentre outros fatores, submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ou seja, um organismo internacional.

2.1.2 A cidadania

A cidadania, nos dias atuais, não deve ser vista apenas como o reconhecimento da nacionalidade e dos direitos políticos do indivíduo, fato que caracterizaria, em tese, o princípio da soberania popular, previsto no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição.

Demonstra-se verdadeira a assertiva anterior, pois a Carta estabeleceu, em momentos distintos, o princípio supramencionado – soberania popular – e o fundamento da cidadania¹⁰, restando inequívoca a intenção do legislador constituinte originário em conferir conceitos, finalidades e âmbitos de abrangência diversos a um e a outro.

Contudo, não há como desassociarem-se, por completo, soberania popular e cidadania, haja vista ambas qualificarem e informarem o Estado Democrático de Direito.

Com a crescente afirmação dos direitos humanos, especialmente após as revoluções inglesa, americana e francesa e com o término da segunda Grande Guerra, com o reconhecimento da comunidade internacional, e assim dos Estados democráticos, membros de tratados internacionais que versam sobre os direitos do homem, os paradigmas sociais rumaram ao reconhecimento e à efetivação da igualdade para todos os indivíduos.

Nesse sentido:

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso II.

A partir daí, o conceito de cidadania experimentou alargamento, reconhecendo a cada indivíduo a condição de detentor de direitos civis (vida, liberdade, felicidade) e sociais (fraternidade, educação, trabalho, moradia), universalizados e positivados pelas Declarações de Direitos¹¹.

Marco Antonio Marques da Silva afirma que a cidadania, nos dias atuais:

(...) implica o reconhecimento e exercício de extenso conjunto de direitos e deveres, cuja efetivação só se torna possível no Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento o desenvolvimento social e econômico igualitário, de modo a promover a dignidade da pessoa humana. Isso porque, é no pluralismo democrático que o cidadão desempenha o papel de titular de seus direitos e eixo central dos princípios e fundamentos do Estado¹².

2.1.3 Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Da paráfrase acima encontram-se o desenvolvimento social e econômico igualitário, elementos fundantes de outros dois fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa¹³.

Os ideais iluministas, provenientes da mentalidade burguesa que tinha como principal atividade o comércio, e que não se sujeitava às regras feudais dominantes à época, concorreram para o surgimento do capitalismo, combatendo o

¹¹ Marco Antonio Marques da SILVA. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 233.

¹² *Ibidem*, mesma página.

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso IV.

absolutismo monárquico protetor dos interesses da nobreza e o mercantilismo estatal, considerado prejudicial ao individualismo burguês.

Com a derrocada do absolutismo e a conseqüente afirmação do liberalismo, consubstanciado na ascensão da burguesia, bem como com as retro-mencionadas revoluções ocorridas na Europa, em especial, a Revolução Industrial, estabeleceu-se o capitalismo como o sistema econômico vigente.

Contudo, a total ausência de um ente regulador da economia culminou em práticas abusivas no exercício do poder econômico tais como a concorrência desleal e o monopólio das relações comerciais. Nesse sentido:

Com efeito, a evolução das relações econômicas demonstrou uma irrecusável tendência concentradora do capitalismo, em que o mercado, em vez de palco da concorrência entre diversos agentes econômicos, passou a ser objeto de práticas monopolistas, pontilhadas pelo chamado abuso do poder econômico¹⁴.

Daí a necessidade de os Estados organizarem juridicamente a economia em suas constituições, sem, contudo, tal fato importar uma tendência à sua socialização. José Afonso da Silva afirma que “Não, aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista”¹⁵, de modo que é amparada, em sua totalidade “(...) na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (...)”¹⁶.

Da simples leitura do inciso IV do artigo 1º, bem como o disposto no artigo 170, ambos da Constituição Federal, conclui-se que o Estado brasileiro adotou o sistema capitalista a reger sua ordem econômica, sistema este caracterizado, essencialmente, pela propriedade privada dos meios de produção e pela liberdade de iniciativa dos cidadãos.

¹⁴ Luiz Alberto David ARAUJO; Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 466.

¹⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 786.

¹⁶ *Ibidem*, mesma página.

Importa salientar que configuram fins da República federativa do Brasil, dentre outros já salientados, a garantia do desenvolvimento nacional¹⁷ e a redução das desigualdades sociais¹⁸, compondo, assim, a justiça social almejada pela Carta.

No tocante ao valor social do trabalho como fundamento do Estado brasileiro, imperiosa se faz a leitura da Constituição de forma sistemática, ou seja, em consonância com os princípios vetores da ordem econômica. Assim, esta se encontra fundada na valorização do trabalho humano e “tem por fim assegurar a todos existência digna”¹⁹.

A expressão existência digna remete imediatamente à noção de dignidade da pessoa humana, fundamento primeiro e basilar de qualquer Estado que se intitule Democrático de Direito. Tal fundamento, devida sua importância, será analisado, separadamente, adiante.

Extrai-se do acima referido que a ordem econômica estabelecida, a partir de 1988, valoriza o componente humano acima de quaisquer outras regras que regulam a economia de mercado²⁰.

Prevê, ainda, o inciso IV do artigo 1º da Constituição da República o valor social da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro.

Eros Roberto Grau estabelece diferença entre o valor social da livre iniciativa, fundamento da República Federativa do Brasil²¹, e a livre iniciativa, esta, fundamento da ordem econômica brasileira, previsto no artigo 170, *caput*, da Carta²².

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 3º, inciso II.

¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 3º, inciso III.

¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 170, *caput*.

²⁰ José Afonso da SILVA, op. cit., p. 788.

²¹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, inciso IV.

²² Eros Roberto GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 200 e ss.

Para o supramencionado autor, a expressão valor social da livre iniciativa, enquanto fundamento da República, não deve ser interpretada em caráter “individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.”.²³

Contudo, é de se afirmar que ambas as previsões não são e não poderiam ser contraditórias, ou mesmo caminharem em sentidos opostos. Mesmo adotando-se a posição acima, pela qual o fundamento do Estado se refere à valorização social da livre iniciativa, enquanto a fundamentação da ordem econômica valoriza a livre iniciativa individual, forçosa é a conclusão de que nada importaria sobrepor-se o elemento social ao elemento individual, haja vista não ser possível conceber a ideia da existência de uma sociedade organizada sem o seu elemento essencial, qual seja, o indivíduo.

Tal como anteriormente analisado, o diferencial de um Estado que se declare democrático reside justamente na proteção, em primeira e última análise, conferida à pessoa humana. Assim, é defeso ao Estado, ao regular sua vida econômica, estabelecer diretrizes que violem direitos e garantias fundamentais, em especial as que transgridam o núcleo essencial da pessoa humana, ou seja, o direito a existência digna.

E não possui existência digna o indivíduo carente de liberdade, princípio fundamental norteador dos direitos do homem, e captado pela Lei Maior como objetivo do Estado Democrático de Direito brasileiro²⁴.

Não se quer afirmar, com isso, que o sentido conferido ao fundamento inserto no inciso IV, do artigo 1º da Constituição exclui ou contrapõe-se ao disposto no artigo 170 da Carta, mas, tão somente, ratificar o primado da atual sociedade brasileira, a dignidade da pessoa humana.

Entrelaçando-se a liberdade de iniciativa com uma de suas vertentes, ou seja, a liberdade de iniciativa econômica, objeto desta parte específica do trabalho, tem-se que referido direito não compete apenas ao particular, mas também, à iniciativa pública.

²³ Ibidem, p. 201.

²⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 3º, inciso I.

Poder-se-ia cogitar a ilegitimidade, ou mesmo a inconstitucionalidade, da interferência estatal em assuntos relacionados à atividade da ordem econômica. Contudo, faz-se necessária referida interferência, de modo subsidiário, sempre que os objetivos do Estado sejam impedidos de serem alcançados. Assim, se determinada prática econômica, individual ou coletiva, tender à monopolização ou à deslealdade de concorrência, deve o Estado agir no sentido de impedi-la, efetivando-se, dessa forma, o ideal da justiça social.

Nesse sentido assevera José Afonso da Silva que “A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo”.²⁵

Aspecto importante da liberdade de iniciativa refere-se à igualdade de oportunidade conferida aos cidadãos. Não há, respeitando-se os ideais do Estado Democrático de Direito, privilégios a determinada classe ou segmento de pessoas.

(...) O mercado oferece o básico para sobreviver e também o muito para viver melhor. Cada um vive de acordo com suas condições e a sociedade recompensa melhor aquele que mais faz. É a sociedade do trabalho e não a da preguiça ou do privilégio. Pelas vias normais, ninguém sobrevive sem nada fazer, sem se esforçar, sem trabalhar, a era dos privilégios e dos nobres acabou, todos são iguais em direitos e obrigações. a sociedade burguesa foi forjada no trabalho, no individualismo, cada um busca o seu próprio sustento, não há privilegiados²⁶.

E continua o autor, ao estabelecer o sistema capitalista como sendo aquele em que os direitos basilares inerentes à pessoa humana e à democracia são, efetivamente, aplicados:

²⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 786. Ainda sobre o tema, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 360

²⁶ Eutálio José Porto OLIVEIRA, *O Estado, a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 72.

A sociedade capitalista é justa porque atribui o prêmio àqueles que se esforçam, que se aventuram, que assumem responsabilidades, que não querem dela apenas o bem estar, mas também a ela se entregam e procuram o seu desenvolvimento. É a mão oculta do mercado que distribui a justiça, como disse Adam Smith. (...) A sociedade capitalista não é estática, não inibe a liberdade por força da qualquer norma, nem atribui privilégios a nobres ou ricos, pois estes podem ficar pobres e os pobres podem ficar ricos²⁷.

Enfim, ao valorizar-se a liberdade de iniciativa, a Constituição está a valorizar o trabalho humano livre, expressão daquela²⁸. Ressalta-se que ambos encontram-se limitados pelo princípio da legalidade, considerado este em sua ampla aceção, de modo que o parágrafo único do artigo 170 da Carta Política estabelece que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

2.1.4 O pluralismo político

Por fim, chega-se à análise do último fundamento da República democrática brasileira, o pluralismo político.

As diferenças existentes entre todos os seres humanos, provenientes da visão diferenciada com que cada indivíduo contempla o mundo, e esta, por sua vez, decorre das diversas bagagens culturais e/ou sociais que cada um traz consigo, decorre do direito fundamental à liberdade de consciência ou liberdade de pensamento e de crença, inatingível por parte do Estado ou por qualquer indivíduo.

²⁷ Ibidem, p. 73.

²⁸ Eros Roberto GRAU, op. cit., p. 207.

O pensamento, expressão aqui utilizada aqui para englobar tanto a ideia de crença quanto a de consciência, refletido e formulado em juízos de valor, ou mesmo quando exteriorizado, seja por meio de palavras, de gestos ou de sons, enfim, por qualquer meio de comunicação, configura a opinião de determinado indivíduo, cujo direito recebe proteção constitucional em ambas as dimensões, ou seja, no âmbito íntimo da pessoa, ao prever o direito à liberdade de crença e de consciência²⁹, bem como em sua crença religiosa ou convicção filosófica ou política³⁰.

Demonstra-se, mais uma vez, os ideais democráticos adotados pelo Estado brasileiro, ao prever e respeitar a existência de uma sociedade composta por uma gama infindável de categorias e classes sociais, econômicas, culturais e ideológicas diversas. Enfim, uma “(...) sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade (...)”³¹.

Ainda no tocante ao pluralismo político, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

O pluralismo político cobre vários aspectos, especialmente garantidos noutros preceitos constitucionais. Por um lado, abrange quer a liberdade de expressão e manifestação de opiniões políticas, quer a liberdade de organização política. Por sua vez, a liberdade de organização política inclui não só o pluralismo de organizações, de acordo com as várias concepções políticas, mas também o pluralismo de formas de organização política (partidos, associações políticas, organizações populares de base, etc.)³².

Configurar uma sociedade plural “significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”³³. Cabe, assim, ao Poder Público, buscar o equilíbrio entre as diversidades existentes em uma sociedade democrática. Para tanto, deve editar medidas que vão ao encontro dos objetivos

²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso VI.

³⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso VIII.

³¹ José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 143.

³² *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 207.

³³ José Afonso da SILVA, *op. cit.*, p. 143.

fundamentais da República, construindo-se, dessa forma, uma sociedade livre, justa e solidária.

2.2 A dignidade da pessoa humana como princípio vetor do estado democrático de direito brasileiro

A análise apartada da dignidade da pessoa humana, em relação aos demais fundamentos do Estado brasileiro, se justifica pelo fato de todos eles a ela convergirem, na medida em que não há possibilidade de se conceber soberania e cidadania democráticas, bem como valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, em um Estado Democrático de Direito, se estes não erigirem a pessoa humana como início e fim de seus conteúdos no fito de cumprirem seus misteres.

Sem adentrar em questões no âmbito de convicções religiosas, na Bíblia são encontradas as primeiras referências à dignidade da pessoa humana. No livro de Gênesis, mais precisamente em seu capítulo I, do versículo 26 ao 28, Deus criou o homem à sua imagem e à sua semelhança, tornando-o, deste modo, um ser digno e supremo.

A valorização da pessoa humana como princípio estruturante da ordem democrática se justifica tanto pelo fato de o país haver sofrido as mazelas de um regime antidemocrático, notadamente no que se refere à obediência e, assim, à efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, no período antecedente à instauração do Estado Democrático de Direito quanto às recomendações e às exigências da comunidade internacional, haja vista o Brasil ter ratificado, dentre outras, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em âmbito global e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, em âmbito regional. Tais tratados e convenções internacionais configuram resultados das duas Grandes Guerras ocorridas no século XX, quando a

barbaridade e a ausência de sentimento e de valorização pelo ser humano mostraram ao mundo suas principais exteriorizações.

A dignidade da pessoa humana, no plano internacional, pode ser definida como:

(...) um standard de proteção universal que obriga à adopção de convenções e medidas internacionais contra a violação da dignidade da pessoa humana e à formatação de um direito internacional adequado à protecção da dignidade da pessoa humana não apenas como ser humano individual e concretamente considerado, mas também da dignidade humana referente a entidades colectivas (humanidade, povos, etnias)³⁴.

Luiz Antônio Rizzatto Nunes, ao estabelecer o fundamento da dignidade da pessoa humana como o princípio vetor do Estado Democrático de Direito brasileiro, afirma que:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais (...) É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete³⁵.

Ainda no sentido de configurar a dignidade da pessoa humana um super ou supraprincípio, condutor de todos aqueles que informam o Estado brasileiro, tem-se que a dignidade “é o reconhecimento constitucional dos limites de esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais (...) dela decorrem (...)”³⁶.

³⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, op. cit., p. 200.

³⁵ *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*, p. 47.

³⁶ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 5.

Constata-se que a dignidade da pessoa humana constitui um valor supremo no ordenamento jurídico pátrio, bem como naqueles declaradamente democráticos, abarcando, assim:

(...) o conteúdo de todos os denominados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e, inclusive, econômica, definindo-se por características de autonomia e especificidade inerentes ao homem em razão de sua simples pessoalidade³⁷.

A corroborar a ideia acima descrita, Marco Antonio Marques da Silva assevera que a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada a três premissas básicas:

(...) a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua personalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos; a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo³⁸.

Assim, a dignidade da pessoa humana constitui o elemento de coesão das Constituições democráticas, donde quaisquer medidas a serem adotadas pelo Estado, por ela devem ser fundamentadas, configurando, assim, limite a intervenção estatal. Jorge Miranda, ao tratar da dignidade da pessoa humana, assevera:

³⁷ Cláudio Jose Langroiva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal...*, p. 43.

³⁸ Marco Antonio Marques da SILVA. *Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 224.

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Direito³⁹.

Contudo, não só o Estado encontra-se impedido de intervir negativamente na esfera de proteção da dignidade da pessoa humana, mas, também, o indivíduo de violar a do outro. Nesse sentido: “A concretização desse princípio decorre da própria condição de inter-relacionamento que a sociedade proporciona aos seus integrantes, pautando-se pela ética comportamental (...)”⁴⁰.

Destarte, respeitada restará a dignidade da pessoa humana, por parte do indivíduo, quando este olhar o outro com os olhos deste. Colocar-se no lugar de outro indivíduo e sentir-se violado em sua dignidade representa inequívoca violação ao valor supremo da dignidade da pessoa humana em determinada ação individual.

Nota-se, portanto, que os fundamentos da República brasileira encontram-se intimamente imbricados, um dando suporte e guarida a outro, e todos, em conjunto, refletindo os ideais sócio-políticos do Estado brasileiro.

Enfim, tão logo se efetivem os fundamentos do Estado, cumpridas e satisfeitas restarão as destinações contidas no Preâmbulo da Carta, consubstanciando-se, desta forma, a democracia.⁴¹ O Estado Democrático de Direito, fundando no princípio da soberania popular, nas palavras de José Afonso da Silva “Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana”⁴².

A democracia não deve ser considerada, assevera Cláudio José Langroiva Pereira, “(...) como um elemento de natureza política, mas como

³⁹ Jorge MIRANDA, *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 169.

⁴⁰ Cláudio José Langroiva PEREIRA, *op.cit.*, p. 42.

⁴¹ *Ibidem*, p. 119 e ss.

⁴² *Ibid.*, p.117.

reafirmação dos direitos e garantias individuais que, por meio da legalidade, o Estado institui atendendo à conquista da soberania popular”⁴³.

⁴³ *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 37.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA HONRA, DA VIDA PRIVADA, DA INTIMIDADE E DA IMAGEM.

Assim como investigado em capítulo anterior, tem-se que o indivíduo, para desenvolver-se como pessoa, e assim salvaguardar direitos, garantias e liberdades decorrentes da dignidade da pessoa humana, há de exercer, com liberdade, o direito de comunicação, bem como os seus correlatos, de livre manifestação de pensamento ou de livre expressão, de informar-se e de ser informado, de opinião, de imprensa, etc.

No tocante ao direito fundamental da liberdade de expressão, locução utilizada neste momento do trabalho como o direito que abarca os demais direitos que compõem o direito da comunicação, Marco Aurélio Mello assevera que:

É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas ópticas serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária⁴⁴.

Contudo, a Constituição Federal, afora o fundamento da dignidade da pessoa humana, inserto em seu artigo 1º, inciso III, não concede valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, sujeitando a liberdade de expressão à restrições tanto explícitas quanto implícitas⁴⁵.

Sobre a proteção desses direitos da personalidade em contraposição ao livre exercício do direito de expressão, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira ponderam: “Daí que, tal como esses, alguns destes direitos

⁴⁴ *Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 239.

⁴⁵ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 241 e ss.

de personalidade gozem de protecção penal e que eles constituam igualmente limite de outros direitos fundamentais, que com eles possam conflitar(...)"⁴⁶.

Cumpra salientar que referidos direitos, ou seja, os direitos da personalidade, não recebem protecção apenas na esfera penal, mas também na esfera cível, sobretudo com indenizações por dano moral e/ou material, e na esfera administrativa, seja por meio de multas seja por meio de outras sanções administrativas aplicadas pelo Poder Público às concessionárias, autorizadas ou permissionárias de serviços públicos de telecomunicações e/ou radiodifusão.

E, dentre as restrições explícitas à liberdade de expressão, a Carta impõe como limites ao seu exercício a inviolabilidade do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem⁴⁷.

Justifica-se a existência de tais restrições, tendo em vista que, em contrapartida ao fato de o ser humano, enquanto indivíduo, possuir a necessidade de conviver em sociedade, comunicando-se com os demais, necessita ele conviver, em alguns momentos, tão somente consigo; momentos em que irá refletir sobre as informações captadas no seio da sociedade, criticando-as e confrontando-as, de modo que possa enriquecer sua personalidade.

Estabelece-se, assim, a diferença entre a esfera da vida social do indivíduo, em que as relações se estabelecem com um número maior de pessoas, diminuindo-se, assim "a preocupação com a protecção dos segredos, mas, também nesse âmbito, há fatos que merecem ser preservados, principalmente os de índole profissional"⁴⁸, da esfera privada, onde seus segredos são conhecidos por um número menor de pessoas, geralmente concentrado nos familiares e amigos. "Ao divulgá-los nesse âmbito restrito, pretende que não sejam revelados a outros"⁴⁹.

⁴⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 461.

⁴⁷ Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁸ Antonio Scarance FERNANDES, *O sigilo financeiro e a prova criminal*. In: José de Faria COSTA; Marco Antonio Marques da SILVA (coord.), *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, p. 458.

⁴⁹ *Ibid.*, mesma página.

Ora, a partir do acima enunciado, tem-se que constitui violação ao direito fundamental da privacidade⁵⁰ tanto a aquisição ilícita de informações abarcadas pela esfera da vida privada do indivíduo quanto a indevida divulgação de informações adquiridas de forma lícita⁵¹.

Ainda, prevê o inciso X, do artigo 5º da Carta de 1988 a inviolabilidade dos direitos à honra e à imagem, e modo que, sucintamente, a primeira corresponde ao direito de a pessoa humana não ser lesada em sua dignidade, mediante imputação feita por outrem, bem como defender-se de eventual ofensa e perceber a correspondente reparação pelo dano sofrido. Em outras palavras, consiste no direito ao bom nome e à reputação⁵².

Imagem, a seu turno, corresponde à tutela do aspecto físico do ser humano, ou seja, “o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento”⁵³.

Luiz Alberto David Araújo acrescenta uma “outra imagem constitucional”, além da imagem como reprodução do retrato de alguém, sintetizada na figura pública assumida pelo indivíduo. Trata-se de imagem-atributo, que não se confunde com a honra, haja vista a primeira, em determinados casos, não levá-la em conta ou dela não necessitar⁵⁴.

Daí a justificativa para o presente capítulo, que tem como finalidade noticiar o tratamento dispensado aos direitos da personalidade no decorrer do histórico constitucional brasileiro.

⁵⁰ O verbete privacidade é utilizado neste trabalho para englobar os conceitos de vida privada e de intimidade, dada a dificuldade de se estabelecer diferenciações terminológicas entre ambas. Prefere-se, assim, utilizá-lo para designar todas as manifestações da esfera íntima da pessoa humana. Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed., revista e atualizada, p. 205 e ss.; Paulo José da COSTA JUNIOR, *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4ª ed. revista e atualizada, p. 25 e ss.; Tadeu Antonio Dix SILVA, *Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito*, p. 174 e ss.

⁵¹ Paulo José da COSTA JUNIOR, *ibidem*, p. 27-28.

⁵² Cf. Jónatas E. M. MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, pp. 759 e ss.; José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 466.

⁵³ José Joaquim Gomes CANOTILHO; Vital MOREIRA, *Constituição...*, p. 467.

⁵⁴ *A imagem-retrato e a imagem-atributo: conceitos distintos na Constituição Federal de 1988*. In: José de Faria COSTA; Marco Antonio Marques da SILVA (coord.), *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, p. 523-524.

3.1 A Constituição Política do Império do Brazil, de 1824.

Outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, a primeira Constituição brasileira veio, após aproximadamente dois anos da independência, substituir o ordenamento jurídico até então vigente no país, qual seja as Ordenações do Reino. Estas, compostas em um primeiro momento pelas Ordenações Afonsinas, sendo substituídas pelas Ordenações Manuelinas e, por fim pelas Ordenações Filipinas.

Dentre suas singulares características, podem ser citadas a adoção oficial da religião católica e a existência do Poder Moderador, este delegado ao Imperador. Tal fato demonstra o traço marcante da Constituição do Império, qual seja, a centralização e a unidade político-administrativa do poder na pessoa do Rei, que conjugava as funções de chefe do Poder Executivo e do Poder Moderador.

Os direitos civis e políticos, e suas respectivas garantias, encontravam-se dispostos no Título 8º da Constituição de 1824, mais precisamente a partir de seu artigo 173. No tocante à proteção conferida aos direitos da personalidade, previa:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...)

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma que a Lei determinar.

(...)

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será

franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infração deste Artigo.

Resta claro que os Direitos Civis e Políticos, à época, eram calcados, em conjunto com a segurança individual e a propriedade, na liberdade, haja vista a liberdade de expressão configurar um direito constitucional de amplo âmbito de proteção ao não depender de prévia censura e ao submeter a responder pelos abusos aqueles que os cometessem no exercício do mencionado direito, na forma determinada pela Lei.

Verifica-se, por outro ângulo, que as normas que regiam os Direitos Civis e Políticos, ou seja, as normas que declaravam e garantiam o exercício dos Direitos Fundamentais daquele momento histórico, podiam ser alterados, a qualquer tempo, por normas de talante infraconstitucional, fato este que demonstra certa fragilidade e insegurança jurídica ante a eventuais instabilidades políticas.

3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

Inspirada pelos ideais da Constituição norte-americana de 1787 e relatada pelo então Senador Rui Barbosa, em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República do Brasil.

Dentre as características que a diferenciaram da Constituição do Império, podem ser declinadas a não adoção de uma religião oficial pelo Estado e a organização dos Poderes da República, com a extinção do Poder Moderador e a declaração de independência e harmonia entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Ainda, diferentemente do disposto na Constituição de 1824, pela qual a pessoa do Imperador era considerada inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma, a Carta de 1831, previu, em seu artigo 54, que os atos do Presidente da República que atentassem contra os direitos individuais configurariam crime de responsabilidade:

Artigo 54. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

(...)

4º. O gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais.

A Seção II, do Título IV da Constituição Republicana de 1891 dispunha sobre a Declaração de Direitos dos Cidadãos Brasileiros. Assim previa o artigo 72:

Artigo 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º. Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

(...)

§ 8º. A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

(...)

§ 11. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 12. Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

(...)

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência.

Em consonância com a Carta de 1824, também foram assegurados os direitos inerentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. No que toca à liberdade, inovou a Constituição de 1891 ao declarar o direito de associação e reunião e ao prever, expressamente, o instituto do *Habeas Corpus*.

Especificamente quanto aos direitos da personalidade mantiveram-se a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a responsabilidade pelos abusos cometidos no exercício do direito de livre expressão, regulada tal responsabilidade pela Lei e o direito de propriedade.

Outra inovação estabelecida pela Constituição da República, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, consubstanciou-se no fato da declaração de direitos não encerrar um rol taxativo, a possibilitar aos magistrados uma condução dos julgamentos que não privasse os cidadãos de direitos pela única razão destes não estarem explicitamente expressos no texto constitucional:

Artigo 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

Por fim, consoante o disposto no artigo 90 da Carta Republicana a Constituição apenas poderia ser alterada mediante um quorum maior e um procedimento mais elaborado do exigido para alterarem-se as demais espécies normativas.

3.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934.

Promulgada em 16 de julho de 1934, a segunda Constituição Republicana do Brasil vigeu por pouco mais de três anos, em decorrência do golpe de 1937.

Dentre as inovações inerentes aos Direitos Fundamentais erigidas pela Constituição podem ser citados o voto feminino e secreto, bem como as inéditas previsões, em textos constitucionais brasileiros, do mandado de segurança e da ação popular.

Os Direitos e Garantias Individuais continham previsão no artigo 113 da Carta e, dentre extenso rol, os de maior relevância para o escopo desta dissertação assim encontravam-se disciplinados:

Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

5. É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

(...)

8. É inviolável o sigilo da correspondência.

9. Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

(...)

11. A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

(...)

16. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma em que a lei determinar.

Em harmonia com o previsto nas Constituições anteriores, a Carta de 1934 também alicerçou suas bases no direito à liberdade dos cidadãos, mantendo a inviolabilidade de domicílio e das correspondências, a liberdade de crença, o direito à propriedade, à associação e à reunião.

Entretanto, nota-se que espetáculos e diversões públicas encontravam-se condicionados à censura. Tal restrição tomaria proporções maiores, a serem examinadas no próximo subitem.

Foi mantida a previsão Constitucional anterior no sentido de os direitos e garantias insertos na Carta configurarem um rol exemplificativo, não se excluindo outros não explícitos, mas compatíveis com o regime e com os princípios por ela adotados:

Artigo 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

Em consonância com o previsto no artigo 178, nota-se outra característica da Constituição da República do Brasil, de 1931, qual seja, a rigidez quanto a sua alteração:

Artigo 178. A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário.

3.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937.

Deflagrado o golpe ditatorial, em 10 de novembro de 1937, pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, foi outorgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, apelidada de *Polaca*, em decorrência da forte influência

sofrida pela Constituição polonesa de 1935, cuja inspiração era eminentemente fascista.

Sem embargo de conter um extenso rol de direitos e garantias individuais, ressalte-se, com inúmeras restrições, pelo disposto no artigo 186 da Constituição fora decretado o Estado de Emergência, suspendendo-os todos. Foram suprimidos a ação popular e o mandado de segurança.

O artigo 122, que disciplinava os direitos e garantias individuais, previa:

Artigo 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

6º. a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

(...)

9º. a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;

10. todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública;

15. 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.

A lei pode prescrever:

a. com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

(...)

A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

(...)

b. nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei.

Ora, apesar de declarar o direito de livre manifestação do pensamento, garantindo o direito de resposta e a responsabilização por abusos cometidos, condicionou-o à censura prévia. Ou seja, acabou por suspender o que anteriormente havia declarado como direito. Tal disposição não pode ser interpretada de forma outra que não seja a negação do regime representativo proposto.

Explica-se. Por um lado, a Constituição previu a liberdade de expressão e de opinião e, por outro, estabeleceu a censura prévia da imprensa. E censura nada mais significa que a suspensão ou a condição de exercício de um direito. Destarte, a liberdade de expressão e de opinião estavam condicionadas e suspensas, nesse ínterim, à censura, demonstrando total incompatibilidade com o regime representativo ou democrático estabelecido, ao menos, formalmente.

A despeito de ter sido um governo que priorizou o incremento da economia com a criação de algumas estatais como, por exemplo, a Companhia Vale do Rio Doce, em 1942 e a Companhia Hidrelétrica de São Francisco, em 1945 e de forte apelo popular, com a criação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943 e de direitos de vulto social, como o salário mínimo, proibiu-se, via mandamento constitucional, a greve e o lockout. Nesse sentido, dispunha o artigo 139:

Artigo 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o *lock-out*⁵⁵ são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Outro fator que demonstrava a instabilidade jurídica da época, e por que não a ausência de democratização do ordenamento jurídico estabelecido, veio insculpido no artigo 174, pelo qual a Constituição poderia ser emendada em sua totalidade, não havendo, portanto, previsão de restrições de cunho material, como direitos e garantias individuais, aptas a sofrerem alterações.

3.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946.

Promulgada em 18 de setembro de 1946, a “nova” Constituição do Brasil trouxe consigo a redemocratização do país, conjugando os ideais liberais da Constituição de 1891 com os sociais da Carta de 1934.

Retornaram ao texto constitucional o mandado de segurança e a ação popular. No que diz respeito aos valores democráticos, especificamente quanto aos direitos da personalidade, a Carta previu, em seu artigo 134, o sufrágio universal e direto, bem como o voto secreto:

Artigo 134. O sufrágio é universal e direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer.

⁵⁵ Expressão utilizada para designar o fechamento de uma fábrica, usina ou estabelecimento pela direção, constringendo os empregados a uma baixa de salário, até que aceitem as propostas ou condições de trabalho apresentadas.

Ainda sobre democracia e valores fundamentais do homem, o artigo 141 assim dispunha:

Artigo 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 6º. É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 7º. É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

(...)

§ 11. Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

§ 12. É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

§ 13. É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

(...)

§ 15. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não

ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

Restabelecem-se a liberdade de manifestação do pensamento, independente de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos cometidos; a inviolabilidade das correspondências e do domicílio, salvaguardando-se, assim, o direito à privacidade e à intimidade; bem como a liberdade de associação e de reunião.

Contudo, a Constituição de 1946 gerou uma situação dúbia ao prever a censura aos espetáculos e às diversões públicas e, em seu artigo 173, que as ciências, as letras e as artes eram livres.

Crê-se, neste momento do trabalho, que a interpretação a ser dispensada ao caso deva ser aquela em que o direito prevaleça sobre a restrição, haja vista o país ter se redemocratizado, valorizando direitos fundamentais da liberdade e da livre iniciativa do trabalho.

Cumprir registrar que, ainda na vigência da Constituição de 1946 e ante a instabilidade política do país gerada pelo golpe militar, de 31 de março de 1964, foi editado o Ato Institucional número 2, datado de 27 de dezembro de 1965, cujo teor, dentre outros, estabelecia eleições indiretas para Presidente e Vice-Presidente da República; possibilitava ao Presidente consolidar a revolução; suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos por um período de até 10 (dez) anos, sem as limitações previstas na Constituição, acarretando a restrição da liberdade de expressão, com a proibição ou atividade ou manifestação de natureza política, bem como extinguiu os partidos políticos.

3.6 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967⁵⁶.

Embora a Constituição tenha sido formalmente promulgada em 24 de janeiro de 1967, de modo que se amparou nos ditames do Ato Institucional número 4, de 07 de dezembro de 1966, cujo objetivo foi o de convocar o Congresso Nacional a votar a nova Constituição, tem-se que a novel Carta foi, verdadeiramente, outorgada pelo regime de exceção estabelecido.

Todavia, a Carta somente entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, ou seja, o termo de vigência do Ato Institucional número 2, cujas restrições às liberdades públicas e ao regime democrático foram explicitadas no subitem anterior.

Embora se utilizasse, no artigo 1º, de expressões tais como “regime representativo” e “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, podem ser notadas diversas restrições a direitos fundamentais do homem no capítulo reservado aos direitos e garantias individuais, que assim estavam previstos no artigo 150:

Artigo 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 9º. São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

⁵⁶ Nomenclatura conferida pela Emenda Constitucional Nº. 1, de 24 de janeiro de 1969, haja vista a denominação original, em 1967, ser, tão somente, *Constituição do Brasil*.

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

(...)

§ 27. Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

§ 28. É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

(...)

§ 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Verifica-se que a declaração da maioria, senão de todos os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1946, fora ratificada pela Carta de 1967, declarando ser livre a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, independente de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas; sujeitava à responsabilidade eventuais abusos cometidos no exercício desse direito; assegurava o direito de resposta; previa o sigilo das correspondências, acrescentando o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas – importante novidade da Constituição de 1967 no tocante ao direito à privacidade e à intimidade – bem como mantinha inviolável o domicílio do cidadão e o direito à reunião e à associação.

Porém, em consonância com o Ato Institucional número 2, o artigo 151 da Carta previa a possibilidade de suspensão, por um prazo de até 10 (dez) anos, os direitos políticos de cidadãos que atentassem contra a ordem democrática (sic) ou praticasse corrupção no exercício, por exemplo, do direito de livre manifestação do pensamento político, ou ainda, do direito de associação. *In verbis*:

Artigo 151. Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Durante a vigência da Constituição de 1967 foi editado o Ato Institucional número 5, em 13 de dezembro de 1968, que recrudescer, mais ainda, o regime antidemocrático imposto, estabelecendo, dentre outras medidas, a suspensão da garantia do *Habeas Corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; a possibilidade de fixarem-se restrições ou proibições relativas ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados no ato que decretasse a suspensão dos direitos políticos acima mencionados, bem como a exclusão de qualquer apreciação judicial referente a todos os atos praticados em concordância com o Ato Institucional número 5, seus Atos Complementares e consequentes efeitos.

Na mesma data o Congresso Nacional foi fechado, e assim permaneceu por 10 (dez) meses.

3.7 A Emenda Constitucional Número 01, de 1969.

Decretado o recesso do Congresso Nacional, e em conformidade com o disposto no parágrafo 1º, do artigo 2º do Ato Institucional número 5, autorizou-se ao Poder Executivo legislar sobre todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Contudo, tendo em vista o Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, adoecer, restando impossibilitado de exercer as funções

governamentais, foi editado o Ato Institucional número 12, de 01 de setembro de 1969, pelo qual se criou uma Junta Militar composta pelos Ministros da Marinha, de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que possuía o encargo de dar execução às funções do Chefe do Executivo afastado.

Nesse ínterim foi promulgada, pela Junta Militar, a Emenda Constitucional número 1, em 17 de outubro de 1969. Todavia, o momento político em que se situava o país, regido por Juntas Militares e à base de Atos Institucionais e Atos Complementares, tem-se que referida Emenda compatibiliza-se com uma nova ordem político-jurídica, ou seja, uma nova Constituição da República.

Nela, foram mantidas todas as disposições relativas aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição de 1967.

A crescente insatisfação dos cidadãos, bem como a pressão exercida pela oposição, fizeram com que o regime ditatorial perdesse força com o passar do tempo. Assim, no ano de 1978 foi revogado, por completo, o Ato Institucional número 5, sendo suspensas as medidas que, embasadas no mencionado ato, cassavam direitos políticos.

Após, no ano de 1979, foi promulgada lei que concedeu anistia a todos os que praticaram crimes políticos e conexos. Ainda no mesmo ano foi efetivada a reforma partidária, estabelecendo-se o pluripartidarismo político, em contraposição ao bipartidarismo existente. Nota-se, claramente, um processo de redemocratização do Brasil.

3.8 A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Nos termos da Emenda Constitucional número 26, de 27 de novembro de 1985, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, que

culminou, em 05 de outubro de 1988, na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Desde o preâmbulo da Carta, podem ser constatados seus valores fundantes, quais sejam: os direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Ainda, o artigo 1º da Constituição de 1988 elenca os princípios fundamentais da República Democrática, que são permeados por todo o seu texto, bem como a eles devem obediência toda a legislação infraconstitucional. Ei-los:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Democrática e fundada no valor supremo da dignidade da pessoa humana, prevê, no artigo 5º, uma extensa relação de direitos e garantias fundamentais do homem. Dentre aqueles que dizem respeito, direta ou indiretamente, à proteção à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, podem ser destacados os seguintes:

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

(...)

IV. é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

(...)

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

X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI. a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

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

(...)

XVI. todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII. é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII. a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX. as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

(...)

XXII. é garantido o direito de propriedade;

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 da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Importante inovação prevista na Constituição de 1988 é a previsão expressa de inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem. Se, por um lado a Constituição prevê e assegura a liberdade de manifestação de pensamento, bem como a liberdade de expressão da atividade artística, intelectual, científica e de comunicação, onde se insere, por exemplo, o exercício da imprensa, por outro assegura seus contrapontos, ou seja, o direito do homem em ter sua vida privada, sua intimidade, sua honra e sua imagem preservadas.

Podem ser citadas outras previsões inéditas da Carta de 1988 no tocante à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do homem tais como a imprescritibilidade dos crimes de racismo e os praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; o controle das omissões legislativas por mandado de injunção ou via ação direta de constitucionalidade por omissão; o mandado de segurança coletivo e o *Habeas Data*.

4. CONSTITUIÇÃO E BEM JURÍDICO-PENAL

A convivência humana nunca foi e nunca será pacífica, dada a natureza do ser humano, dotado de dignidade e, assim sendo, livre. Todavia, nessa incessante busca de manutenção da liberdade, o homem encontra obstáculos, tanto os advindos da natureza quanto, e principalmente, aqueles originados de seus semelhantes, que, na mesma busca, encontram no outro um empecilho, tendo em vista que, ao ser único, todos os homens são diferentes.

Devido a este fato, e assim à insuficiência dos meios informais de controle social – família, igreja, instituições de ensino, em dirimir os conflitos das relações humanas, fez-se necessária a criação, pelos homens, da figura do Estado, considerado este como o ente regulador da convivência humana, a *quem* os cidadãos cedem ao ente parcela de seus direitos para que este, de forma igualitária, garanta a harmonia social e a liberdade de seus membros.

Com isso, não se quer afirmar o total descrédito ou a desnecessidade dos mencionados meios de controle social informais. Seria preferível que os conflitos oriundos da convivência humana fossem por eles solucionados. Contudo, verificada a impossibilidade, cabe ao Estado garantir e, em caso de ruptura, restabelecer a paz e a harmonia sociais.

O direito penal, assim, constitui um dos meios institucionalizados de controle social, ao prever, antecipadamente, os modelos de comportamento a serem por ele regulados – norma, o meio pelo qual comportamentos, em tese desconformes com os modelos pré-estabelecidos, serão verificados – processo, bem como a resposta estatal, caso se verifique a desobediência aos primeiros – sanção⁵⁷.

⁵⁷ Marcelo Augusto Custódio ERBELLA, *A legitimação do direito processual penal no Estado democrático de direito*. In: José de Faria COSTA; Marco Antonio Marques da SILVA (coord.), *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*, p. 941.

Todavia, por configurar o ramo do Direito que em maior intensidade se imiscui e, por assim dizer, afronta o direito o qual pretende proteger – a liberdade, tendo em vista que garante a liberdade dos indivíduos com a privação da liberdade, na maioria das vezes, daquele que infringe as normas de comportamento estabelecidas, o direito penal deve obedecer aos valores fundantes da organização político-social ao qual está inserido.

Conquanto não se possa afirmar que os ideais libertários do século XVIII contivessem a mesma abrangência dos ideais democráticos presentes nos dias atuais – conformidade material, e não apenas formal, às normas hierarquicamente superiores, tem-se que a partir daqueles originaram-se as limitações de poder estatal frente aos cidadãos.

A ideia acima pode ser explicada haja vista o instituto da Constituição, nos moldes em que nos é apresentado e, assim, definidor, dentre outros assuntos de relevância, dos fundamentos, dos objetivos e da organização do Estado, bem como da limitação do poder estatal por intermédio de declaração de direitos e de garantias fundamentais, ser contemporâneo às revoluções sócio-políticas ocorridas à época.

E é a Constituição o instrumento configurador do modelo adotado por determinado Estado, em determinada época. Nessa esteira, o Brasil adotou, com o advento da Constituição de 1988, o modelo de Estado Democrático de Direito, pelo qual o direito de punir do Estado – objeto de análise do presente capítulo, encontra-se subordinado aos seus princípios estruturantes. Nesse sentido:

O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é ilimitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no art. 1º da Constituição Federal de 1988⁵⁸.

⁵⁸ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 6.

Assim, a leitura e a interpretação do Direito Penal há de ser efetuada sob os moldes da Constituição Federal de 1988, tanto naquilo em que ela permite ou não proíbe sua atuação quanto sob o viés dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, a ensejarem a não atuação, bem como a atuação mais ou menos perfunctória do direito repressivo.

Em consonância com o disposto em capítulo anterior, o Estado apenas alcançará seus fins se respeitados os seus fundamentos e objetivos, bem como com a efetivação dos direitos fundamentais por ele declarados. Outra não pode ser a consequência senão que a finalidade do Direito, notadamente a do Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, seja a mesma do Estado.

Ao analisar as funções do Direito Penal, em paridade com as funções do Estado, Paulo Queiroz assevera:

(...) Afinal, as funções do direito e do Estado são, em última análise, uma só e mesma função: possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência.

Definir os fins e os limites do direito de punir pressupõe, por conseguinte, conhecer os fins e os limites do próprio Estado. E o faz a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, fixando as bases e os limites do direito penal, que é o braço armado da Constituição Nacional. Os limites do direito penal são os limites do Estado⁵⁹.

Destarte, contidas na Constituição estão as diretrizes condicionantes do legislador ordinário em estabelecer comportamentos não desejados, bem como as consequências advindas da prática de tais condutas.

Tendo em vista que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento-base da ordem democrática estabelecida com a promulgação da Carta de 1988, tal fundamento “(...) não pode deixar de ser considerado quando da

⁵⁹ *Funções do direito penal...*, p. 113.

criminalização de qualquer fato, etiquetado socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal⁶⁰.

A linha de raciocínio até aqui formulada conduz ao entendimento de que a Constituição encerra um limite à atuação do direito penal, de modo que o ordenamento jurídico, notadamente a parcela de caráter penal, encontra-se vinculado e subordinado aos ditames constitucionais.

Entretanto, as considerações acima expostas não bastam a dirimir a problemática suscitada. Verifica-se uma constante e crescente utilização do direito penal a regular os mais variados tipos de condutas, em tese, conflitantes com a paz e a harmonia social.

Dessa forma, resta analisar quais os comportamentos sociais são merecedores de tutela penal – bens jurídico-penais, sempre se respeitando a força normativa da Constituição e, assim, evitando-se o abuso do poder punitivo estatal.

Para tanto, serão analisados a seguir os conceitos de bem jurídico, bem jurídico-penal, bem como princípios, constitucionais e infraconstitucionais informadores do direito penal, tais como a legalidade, a fragmentariedade, a subsidiariedade, a intervenção mínima e a proporcionalidade, todos direcionados ao intérprete e ao aplicador do direito e, mais que isso, ao legislador que, ao menos formalmente, cria o direito.

4.1 Bem jurídico e proteção penal

Partindo-se da premissa de que a noção de bem jurídico surgiu dos ideais iluministas, como forma de limitação do poder punitivo estatal, bem como do fato de que a presente dissertação tem como objetivo, também, a análise das

⁶⁰ Márcia Dometila Lima de CARVALHO, *Fundamentação constitucional do direito penal*, p. 45.

funções do Direito Penal no presente Estado Democrático de Direito, não serão abordadas, neste capítulo, a evolução histórica e as correspondentes fundamentações concernentes ao conceito e a abrangência do bem jurídico-penal no perpassar da história, mas sim a conformação do direito repressivo para com os ideais desejados pela ordem democrática estabelecida.

Todavia, cabe mencionar, em apertada síntese, que os ideais antropocêntricos iluministas, contrapostos àqueles provenientes do antigo regime, conduziram à elaboração de uma “carta de intenções humanitárias”⁶¹, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em França.

A tendência à aquisição e à manutenção do poder absoluto pelo homem suscitou, após 159 anos, a edição de uma nova carta, também de conteúdo humanitário, a contestar as barbáries cometidas contra o homem por ocasião da 2ª Grande Guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Ressalta-se que ambas as cartas se revestem de caráter universal, o que quer dizer que foram constituídas em favor de todos os homens, não se limitando a restrições territoriais.

Um dos maiores questionamentos, senão o principal, inerente à ciência penal reside no fato de se estabelecer quais comportamentos podem ser regulados pelo Estado sob ameaça de pena. Tal assertiva é corroborada pelo pensamento de Claus Roxin, para quem “(...) de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível”⁶².

Todavia, e em contraposição ao acima aludido, é de se notar, cada vez em maior quantidade, uma crescente introdução de novos tipos penais, assim como o agravamento dos já existentes nas legislações hodiernas. Expansão é o termo utilizado por Jesús-Maria Silva Sánchez ao denominar tal fenômeno:

⁶¹ Evandro PELARIN, *Bem jurídico-penal...*, p. 95.

⁶² *Estudos de direito penal*, p. 31.

(...) Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”⁶³.

Não se quer afirmar, com isso, que o Direito Penal deva estagnar-se, ou transformar-se em um direito penal de mínima atuação sob qualquer pretexto. Novos valores estabelecem-se como imprescindíveis à convivência humana continuamente, haja vista a sociedade ser mutável, dinâmica. E assim deve proceder um Estado que se proponha configurar como Democrático de Direito, sempre a acompanhar as mudanças sociais. Por outro lado, determinados comportamentos, em razão das possíveis alterações a ocorrerem em uma sociedade livre, democrática e pluralista, não mais devam permanecer albergados pelo Direito Penal, bem como suas respostas àqueles que mereçam tratamento penal devam sofrer, para mais ou para menos, alterações proporcionais ao dano social provocado. Nesse sentido, Claudio José Langoriva Pereira assevera que “Assim, teríamos a missão do Direito Penal como a proteção e afirmação da vigência de bens jurídicos, eleitos pela sociedade de determinada época”⁶⁴.

Há de se levar em conta que “(...) a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”⁶⁵. Dessa forma, questões atinentes única e exclusivamente à moral, à ética, à religião e/ou à sentimentos não hão de ser puníveis devido ao fato de não lesarem a um bem jurídico.

Ainda no tocante à questão atinente ao bem jurídico constituir objeto de construção social ou criação legislativa, opta-se pela primeira, tendo como base as considerações até aqui formuladas, haja vista defender-se o modelo do Estado Democrático de Direito, pelo qual o legislador constitui poder de representação da

⁶³ *A expansão do direito penal...*, p. 21.

⁶⁴ *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 48.

⁶⁵ Claus ROXIN, *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 11.

vontade popular. Nesse sentido, “O legislador atua como identificador do bem passível de proteção, dentro de uma sociedade, posteriormente o protegendo mediante a criação de norma penal adequada”⁶⁶.

A corroborar o entendimento acima, pelo qual os valores de relevância social encontram-se inseridos na Constituição, Luiz Luisi afirma que:

É nas Constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal⁶⁷.

Bem jurídico, pois, pode ser conceituado como:

(...) um valor ideal, proveniente da ordem social em vigor, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção, tendo como titular tanto o particular quanto a própria coletividade⁶⁸.

Todavia, supramencionado conceito ressalta a proteção que determinado objeto recebe do direito, entendido em sua ampla concepção. Resta, pois, diferenciar, dentre os objetos tutelado pelo direito, aqueles que mereçam guarida penal.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, é missão do Direito Penal salvaguardar os valores

⁶⁶ Claudio José Langoriva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 75.

⁶⁷ *Os princípios constitucionais penais*, p. 172.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 71.

mais caros à manutenção do equilíbrio e da paz sociais, ou seja, da viabilidade da convivência humana.

Contudo, devido ao fato de a atuação penal consubstanciar-se no instrumento que em maior intensidade intervém na liberdade individual, alguns princípios corolários do modelo adotado pelo Brasil, a democracia, hão de ser observados.

4.2 Princípios informadores do bem jurídico-penal

Delimitada a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito brasileiro, qual seja, a proteção de bens jurídicos valorativamente albergados pela Constituição Federal, e assim essenciais à manutenção da paz da e da harmonia sociais, resta analisar os princípios norteadores que ofereçam sustentáculo aos tipos penais incriminadores, erigindo seus âmbitos de proteção à condição de bens jurídico-penais.

Necessária se faz a observância dos referidos princípios, haja vista a proteção exclusiva de bens jurídicos não ser a única fonte de criminalização de condutas indesejadas. O problema da crescente criminalização de condutas, em tese conflitantes com as diretrizes constitucionais, não restaria dirimido se assim o fosse, haja vista a tendência natural do legislador ordinário em transformar em tipos penais situações originadas unicamente por pressão popular ou por força dos meios de comunicação de massa.

Luiz Luisi, ao analisar a força dos princípios constitucionais delimitadores da atuação do legislador ordinário criminal, assevera:

As constituições, portanto, não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contêm princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade e que, (...), constituem cláusulas pétreas, embaixadoras do sistema constitucional, insuscetíveis de serem revistas. E a presença dessas cláusulas e dos direitos que elas consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor⁶⁹.

Constata-se, em consonância com o acima disposto, que a Constituição, ante a atividade do legislador ordinário criminal, configura seu alicerce, bem como seu limite de atuação⁷⁰.

Assim, a existência de princípios estruturantes do Direito Penal na atual ordem social e política, revela o caráter democrático do sistema repressivo, condicionando-o e vinculando-o, a consubstanciar, enfim, verdadeiras barreiras à atuação indiscriminada da punição por parte do legislador criminal. Similar o posicionamento de Maura Roberti, para quem “Os princípios penais da Constituição Federal têm como conseqüência a limitação ao poder do legislador, na medida em que determinam o conteúdo da norma penal”⁷¹.

Certo é que a Constituição Federal de 1988, ao ser promulgada, trouxe, em seu bojo, princípios explícitos direcionados ao legislador criminal, tais como o princípio da legalidade, da humanidade, da individualização e da intranscendência da pena, bem como princípios implícitos. Nesta categoria podem ser incluídos os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal, decorrentes do princípio da intervenção mínima, e ainda o princípio da proporcionalidade. Todos serão analisados logo adiante.

No que toca aos princípios implícitos, estes decorrem de uma interpretação sistemática da ordem jurídica estabelecida. Estão, pois, inseridos nas normas constitucionais relativas ao Direito Penal. Nas palavras de Paulo Queiroz,

⁶⁹ *Os princípios constitucionais penais*, p. 174.

⁷⁰ *Ibidem*, p.175.

⁷¹ *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*, p. 61.

“(...) embora não estejam previstos expressamente, decorrem da lógica do sistema de valores que a Constituição consagra (...)”⁷².

Destarte, outra não pode ser a leitura senão aquela em que o Direito Penal encontra-se calcado em princípios fundamentais orientadores do Estado Democrático de Direito, tendo em vista o modelo garantista estabelecido com o advento da Carta de 1988.

A corroborar a ideia, Cláudio José Langroiva Pereira aduz:

Inevitavelmente, assim, a opção por um Direito Penal de princípios conduz à adoção de um posicionamento segundo parâmetros de proteção exclusiva, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade e legalidade⁷³.

Analisar-se-ão a seguir, individualmente, os princípios norteadores do poder punitivo estatal, tendo como base a missão principal do direito penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos, entendidos estes como sendo valores dedutíveis dos fins almejados pela Constituição.

4.2.1 Princípio da reserva legal e princípio da anterioridade

Registra-se, de início, o entendimento de que o princípio da legalidade possui viés constitucional, encontrando-se inserto no inciso II, do Artigo 5º da Carta, segundo o qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

⁷² *Direito penal...*, p. 43.

⁷³ *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 142.

A disposição constitucional acima é aplicável não apenas no que diz respeito ao Direito Penal, mas a todos os ramos do Direito, denotando, em suma, a submissão de todos à obediência à lei. Lei, na exegese do dispositivo em comento, deve ser entendida como toda expressão do direito, sob forma escrita, emanada por autoridade competente, posteriormente à tramitação de procedimentos preestabelecidos.

Por configurar espécie normativa dotada de caráter geral e abstrato e, na maioria das oportunidades expedida pelo Poder Legislativo, podem ser incluídos nesse conceito, as leis complementares, as leis ordinárias, os decretos legislativos, bem como as resoluções⁷⁴.

Entretanto, para os fins desta dissertação, e decorrente do princípio da legalidade, encontra-se o princípio da reserva legal, também de embasamento constitucional e de menor abrangência, haja vista possuir como requisito essencial à criminalização de condutas a edição de lei, em sentido estrito. Encontra-se disposto no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, sob a rubrica *não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal*.

Não obstante a Constituição Federal, bem como o artigo 1º do Código Penal brasileiro – que reprisa o dispositivo constitucional, mencionarem os verbetes crime e pena, verifica-se a possibilidade de a lei ser aplicável às contravenções penais e às medidas de segurança:

Enfim, o princípio é aplicável a toda e qualquer intervenção penal que implique privação ou restrição a direito ou liberdade do agente, medidas de segurança inclusive, que são um misto de prisão e hospital tão ou mais lesiva à liberdade quanto a própria prisão⁷⁵.

Originado dos ideais iluministas do século XVIII, notadamente de seus idealizadores Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, e de Jean Jacques

⁷⁴ V. Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 59.

⁷⁵ Paulo QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 45.

Rousseau, autores, respectivamente, das obras *Dos Delitos e das Penas* e *O Contrato Social*, o princípio da legalidade assume, no Estado Democrático de Direito uma maior abrangência, tendo em vista exigir não só a legalidade formal, mas também, a legalidade material, diferentemente do pensamento daquela época, quando, a fim de conter os abusos cometidos contra os indivíduos, bastava a submissão das autoridades ao império da lei, caracterizando-se o Estado de Direito.

A legalidade material, por sua vez, vai ao encontro da finalidade a ser atingida pelo Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos considerados essenciais à manutenção da paz e da harmonia social, vez que vincula o legislador ordinário a tipificar apenas as condutas que se contrapõem aos valores e interesses perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

E para que o princípio da reserva legal alcance sua plenitude, tanto seu viés formal quanto material, algumas de suas dimensões não de ser observadas. A lei incriminadora, assim, há de ser anterior, escrita, estrita e certa.

A primeira faceta do princípio da reserva legal, *nullum crime, nulla poena sine lege praevia*, se traduz na anterioridade, pela qual a incriminação da conduta considerada aviltante à paz e à harmonia social seja precedida de uma lei que assim o preveja, não sendo possível abarcar condutas anteriores à sua edição.

Por intermédio do aforismo *nullum crime, nulla poena sine lege scripta* encontra-se “(...) a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário”⁷⁶. Todavia, algumas exceções são permitidas, haja vista as causas supraleais de exclusão da antijuridicidade ou causas de atenuação da pena ou da culpa. Dessa forma, o costume – respeitados os requisitos para a sua admissão, “(...) constitui verdadeira fonte do direito. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato”⁷⁷.

Por *nullum crime, nulla poena sine lege stricta*, entende-se a proibição da aplicação da analogia para fundamentar-se ou agravar-se a punibilidade – *analogia in malam partem*. A analogia, que não se confunde com a

⁷⁶ Francisco de Assis TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 22.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 25.

interpretação analógica, significa uma forma de eliminarem-se as lacunas legais, pressupondo-se, assim, a inexistência de norma legal específica em semelhante situação. “Estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada”⁷⁸.

Por fim, emerge outro corolário do princípio da reserva legal, a exigência de lei certa – *nullum crime, nulla poena sine lege certa*, também denominado princípio da taxatividade, certeza ou determinação⁷⁹, pelo qual a lei penal deve ser clara, acessível a todos, como um tipo penal fechado, não devendo deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas de conteúdo impreciso ou vago.

Grande dissonância doutrinária repousa na questão atinente à necessidade de tipos penais abertos à salvaguarda de bens jurídico-penais difusos e coletivos, enfim, transindividuais. Por um lado, tal indeterminação represente, àqueles que não os admitem, “(...) uma ausência de garantia, podendo levar à arbitrariedade a aplicação e interpretação destes tipos penais, incluindo-se, nesse sentido, o crime de perigo abstrato”⁸⁰. Todavia, a evolução das sociedades e com ela a evolução da criminalidade sugeriram a utilização dos mencionados tipos, a exigir a adaptação do Direito Penal às novas práticas delituosas, sem, contudo, violarem-se os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Os tipos penais abertos, sob esse enfoque, configuram-se como “(...) exigência da sociedade moderna, incluindo-se, neste sentido, os crimes econômicos. A complementação exigida deve ser precisa, o quanto possível, pelo menos nos seus elementos fundamentais”⁸¹.

Entende-se ser este o principal dos corolários do princípio em análise, muita vez utilizado pelo legislador ordinário ávido por abarcar um sem-número de condutas, em um mesmo tipo penal, que não ofendem mais que o clamor

⁷⁸ Francisco de Assis TOLEDO, *Princípios básicos de direito penal*, p. 26.

⁷⁹ Paulo QUEIROZ, *Direito penal...*, p. 46.

⁸⁰ Marco Antonio Marques da SILVA. *Globalização e direito penal econômico*. In: José de Faria COSTA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: Visão luso-brasileira*, p. 415.

⁸¹ *Ibidem*, mesma página.

social ou parcela da sociedade interessada em suas criminalizações. Ao analisar a exigência da lei penal certa, Jorge de Figueiredo Dias afirma:

Do mesmo modo, se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos *normativos*, de conceitos *indeterminados*, de cláusulas *gerais* e de fórmulas *gerais de valor*, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objectiva das condutas proibidas e demais elementos da punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística⁸².

O princípio da reserva legal, que possui como fundamento a segurança jurídica, elementar do Estado Democrático de Direito, caracteriza, nos dizeres de Marco Antonio Marques da Silva, “(...) um efetivo limite ao poder punitivo do Estado e, na medida em que impede a criação de tipos penais, a não ser através do processo legislativo regular, se caracteriza por ser, também, um limite ao poder normativo do Estado”⁸³.

O princípio, pois, significa o pilar normativo do sistema repressivo democrático, tanto ao impedir ingerências indevidas por parte do Estado na vida dos indivíduos quanto importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

4.2.2 Princípio da intervenção mínima

A constituir o Direito Penal um mal, haja vista efetuar severas imposições estatais, e até mesmo, em última análise, violentas intervenções a direitos fundamentais dos cidadãos integrantes de determinada sociedade, importa

⁸² *Direito penal...*, p. 186.

⁸³ *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 07.

reconhecer que a finalidade principal deste ramo do Direito – a proteção exclusiva de bens jurídicos, deve ser perseguida apenas quando outros meios de controle social não se mostrarem aptos à resolução dos conflitos.

Ora, se o Direito, em uma concepção democrática de Estado, deve ser avocado apenas quando outros meios de controle social – família, igreja, escola, políticas públicas, se mostrarem ineficazes a manutenção do equilíbrio da vida em comunidade, mister se faz ressaltar que o Direito Penal, pelas razões já expostas, também deva configurar a *ultima ratio* do ordenamento jurídico para tanto.

Ainda em uma análise de escalas de necessidade da intervenção penal, entende-se que a pena privativa de liberdade há de ser convocada à aplicação em última instância pelo direito repressivo, haja vista possuir ele autorização constitucional⁸⁴, para aplicar sanções menos interventivas que a privação individual da liberdade, tais como a multa ou a prestação social alternativa.

Ressalta-se que as penas insertas no inciso XLVI, do artigo 5º da Carta não comportam um rol exaustivo, sendo facultado ao legislador ordinário predispor, para novos comportamentos criminosos, tantas penas quantas forem necessárias à repressão e à prevenção de delitos, exceto as dispostas no inciso seguinte do mesmo artigo da Constituição Federal⁸⁵.

Jesús Maria Silva Sánchez, ao examinar o princípio em comento, estabelece que o Direito Penal não pode ser admitido salvo nos casos em que seja imprescindível a sua atuação para cumprir os fins de proteção social mediante a prevenção de fatos lesivos⁸⁶.

Para o mencionado autor, a ideia de intervenção mínima do Direito Penal comporta duas manifestações, uma externa e outra interna:

⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso XLVI.

⁸⁵ Em consonância com o inciso XLVII, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, não são admitidas as penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; as de caráter perpétuo; as de trabalhos forçados; as de banimento e as cruéis.

⁸⁶ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 247.

(...) Uma, externa: deve prescindir-se da cominação e da sanção penal, sempre que, no caso em que se trate, sejam esperados semelhantes (ou maiores) efeitos preventivos da intervenção de meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito civil, do Direito administrativo, ou mesmo meios não jurídicos de controle social (soluções privadas ou sociais do conflito). É a esta manifestação que em muitos casos refere-se com a denominação do ‘caráter subsidiário’ do Direito penal (também, ‘ultima ratio’ ou ‘extrema ratio’). A outra manifestação é interna: deve prescindir-se de uma determinada sanção penal sempre que sejam esperados semelhantes efeitos de outra sanção (ou consequência jurídica não sancionatória) penal menos gravosa⁸⁷.

Sem embargo do fato de as legislações penais serem alvo de duras contestações desde o século XVIII, notadamente por Beccaria e Rousseau, apenas no ano de 1980 o princípio da intervenção mínima ganhou maior força normativa, com a publicação, pelo Conselho da Europa, do Relatório sobre a Descriminalização, pelo qual buscou-se incentivar o aprofundamento nas questões relativas à criminalidade com maior eficiência, bem como atribuir à sociedade posição mais relevante na solução dos conflitos e tornar os processos mais justos e menos impessoais⁸⁸

O princípio da intervenção mínima, diferentemente do princípio da legalidade formal – embora a legalidade material seja dele decorrente, não se encontra positivado no nosso ordenamento jurídico. Todavia, conforme explicitado, o Direito deve ser interpretado de forma sistemática, a harmonizarem-se os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, e do seu substrato retirarem-se conclusões da existência, ou não, de princípios dele derivados.

Salienta-se, outrossim, que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas adotou, em 14 de dezembro de 1990, a Resolução 45/110 que dispõe sobre as *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade* – denominadas *Regras de Tóquio*, de modo que o seu item 2.6, de maneira inédita em documentos oficiais, expressa a necessidade da

⁸⁷ *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 247. Tradução livre do autor.

⁸⁸ Maura ROBERTI, *A intervenção mínima...*, p. 67.

utilização do princípio da intervenção mínima na aplicação de medidas não privativas de liberdade.

Assenta-se, assim, que o critério de intervenção mínima aplica-se tanto ao legislador, que por ele encontra-se orientado e limitado na produção de novos tipos penais quanto ao juiz, que na aplicação da lei, desempenha verdadeira fiscalização sobre a atuação legislativa, conferindo efetividade aos direitos e garantias fundamentais sem, contudo, violar o princípio da separação de poderes, haja vista serem eles harmônicos entre si⁸⁹.

Portanto, a intervenção mínima do Direito Penal constitui verdadeiro princípio derivado dos ideais estruturantes do Estado Democrático de Direito, calcado no supraprincípio dignidade da pessoa humana, o qual possui como um dos seus principais corolários a liberdade individual, direito fundamental agredido pelo direito repressivo, bem como comporta duas características que lhe dão sustentáculo e, assim, podem ser declarados seus subprincípios: a fragmentariedade e a subsidiariedade.

4.2.2.1 Princípio da fragmentariedade

Decorrente do princípio da intervenção mínima, o princípio da fragmentariedade do Direito Penal encerra que a utilização do instrumento jurídico que mais severamente opera na vida social "(...) somente deve ser aplicado nos casos de ataque intoleráveis que impedem a manutenção da ordem social"⁹⁰.

Em conformidade com o conceito acima exposto, bem como com as anteriormente analisadas posição e função do Direito Penal no ordenamento jurídico democrático, certo é que se traduz em função do Direito a proteção de bens

⁸⁹ Maura ROBERTI, *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*, p. 71-72.

⁹⁰ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 09.

jurídicos. Contudo, nem todos os bens jurídicos são passíveis de tutela penal, mas tão somente aqueles indispensáveis à manutenção da paz e da harmonia sociais. Assim, “(...) nem todas as ações que atacam os bens jurídicos são proibidas pelo direito penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele: o direito penal se limita a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes”⁹¹.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado entende que, pelo princípio da fragmentariedade:

(...) tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta, mas sim relativa, visto que todo ordenamento jurídico dele se ocupa. O que faz com que só devam eles ser definidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso que dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos poder ser objeto de criminalização⁹².

Ainda sob o entendimento do mencionado autor:

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada⁹³.

Luiz Luisi, ao acompanhar o posicionamento de Karl Binding no que diz respeito ao caráter fragmentário do Direito Penal, afirma que este ramo do Direito “(...) não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um

⁹¹ Tadeu Antonio Dix SILVA, *Liberdade de expressão e direito penal...*, p. 359.

⁹² *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 149.

⁹³ *Ibidem*, mesma página.

sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica”⁹⁴.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “(...) ‘caráter fragmentário’ do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”⁹⁵.

Por intermédio dos conceitos ora colecionados, percebe-se que o caráter fragmentário do Direito Penal constitui substancial baliza material ao direito de punir do Estado, “(...) na medida em que impõe o limite imprescindível a um totalitarismo da proteção estatal, este sim prejudicial dentro de um Estado Democrático de Direito”⁹⁶.

Resulta da fragmentariedade, também, o fato de que condutas simplesmente imorais, como a mentira ou a falta de educação, não são carecedoras de tutela penal, afastando-se a possibilidade, portanto, de quaisquer tipos de penalização⁹⁷.

Há de se ressaltar que o modelo democrático de Estado estabelecido pressupõe uma ligação estreita entre a fragmentariedade do Direito Penal com a evolução social. Desse modo, tanto valores podem ser superados, e com isso condutas positivadas serem excluídas do ordenamento jurídico-penal, quanto novos comportamentos possam fazer parte desse rol de proteção, “(...) incompleto, mas jamais estanque”⁹⁸.

Adota-se, destarte, a posição de Marco Antonio Marques da Silva, para quem “Não é através do direito penal que se evita os crimes, mas por meio de uma política social que se destine a remover os fatores que favoreçam a delinqüência”⁹⁹.

⁹⁴ *Os princípios constitucionais penais*, p. 40.

⁹⁵ *Tratado de direito penal*, p. 15.

⁹⁶ Maura ROBERTI, *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*, p. 102.

⁹⁷ Cláudio José Langroiva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 157.

⁹⁸ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁹ *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 09.

4.2.2.1 Princípio da subsidiariedade

A subsidiariedade penal, que em conjunto com a fragmentariedade deriva do princípio da intervenção mínima, se traduz no conceito pelo qual a atuação penal será autorizada apenas quando os demais meios jurídicos de proteção de bens jurídicos fracassarem, ou se demonstrarem ineficazes à resolução dos conflitos sociais, entendido o crime como sendo uma ruptura, e assim um conflito, em contraposição à ordem social estabelecida.

Tadeu Antonio Dix Silva, ao interpretar o princípio da subsidiariedade, assevera que “(...) primeiramente – e sempre – é necessário que se recorra a outros controles menos gravosos existentes dentro do sistema jurídico antes de utilizar o direito penal”¹⁰⁰.

Nessa esteira e em um possível escalonamento de alternativas jurídicas aptas a dirimirem conflitos há de se recorrer, em um primeiro momento, ao âmbito consensual, onde há a possibilidade de ocorrerem composições ou transações; em não sendo suficientes restaria autorizado o Estado a aplicar sanções administrativas, tais como multas, suspensões e revogações de outorgas conferidas, ou ainda, dependendo da relação estatuída – entre particulares ou entre estes para com o Estado, sanções de natureza civil, como indenizações, reparações de danos ou anulações contratuais.

Portanto, tão somente estará o Direito Penal autorizado a tipificar condutas quando todas as alternativas, jurídicas – princípio da subsidiariedade, e extra-jurídicas – princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, restarem inaptas à proteção daqueles bens jurídicos mais importantes à manutenção da ordem social, e ainda assim, desde que os ataques intoleráveis àqueles bens os lesionarem ou os colocarem em perigo.

¹⁰⁰ *Liberdade de expressão e direito penal...*, p. 358.

A complementar o acima exposto, assevera-se que o princípio da subsidiariedade corresponde aos anseios de um Direito Penal garantista, calcado nos ditames orientadores do Estado Democrático de Direito. Assim:

O princípio da subsidiariedade expressa a necessidade de hierarquizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de “economia social”, em que sempre haverá a opção a favor da intervenção menos lesiva, ou limitada dos direitos individuais, pois ao Direito Penal deve se reservar o lugar de último recurso para o uso de uma sanção¹⁰¹.

O princípio da subsidiariedade possui reflexos, também, na exigência de determinações expressas, por parte do legislador, na incriminação de determinadas condutas, tais como a necessidade de previsão para o reconhecimento de delitos culposos, das punições a atos preparatórios, de elementos subjetivos específicos do tipo, e até mesmo na seara processual, donde a queixa, na ação penal privada, bem como a representação, na ação penal pública condicionada, configuram verdadeiros reforços ao primado da subsidiariedade penal, haja vista transferir à vítima, ou seus representantes legais, a faculdade de angariar seus interesses em detrimento dos queridos pela sociedade, restringindo, por consequência a tutela penal por parte do Estado¹⁰².

Não se pretende, diante do exposto, adotar teses abolicionistas do Direito Penal, segundo as quais, verificadas as condições atuais, esse ramo do Direito se demonstra incapaz de evitar delitos – tendo em vista sua função preventiva, “(...) nem mesmo atender as necessidades das vítimas ou do agente do crime”¹⁰³, e que sugerem o traslado da resolução dos conflitos para outros meios de tutela. Pretende-se, por outra via, “(...) uma revitalização de suas bases, segundo um Direito Penal voltado para o ser humano, nunca um abolicionismo”¹⁰⁴.

¹⁰¹ Maura ROBERTI, *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*, p. 103.

¹⁰² Cláudio José Langroiva PEREIRA, *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 153-154.

¹⁰³ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 09.

¹⁰⁴ Cláudio José Langroiva PEREIRA, *Ibidem*, p. 152.

4.2.3 Princípio da proporcionalidade

A guardar estrita relação com a máxima aristotélica, de forma a tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades, fundamentação normativa do princípio da isonomia, surge, em um primeiro momento, advindo dos ideais iluministas do século XVIII, e após, aprofundado pela doutrina do Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade, pelo qual, em linhas gerais significa que a liberdade dos cidadãos – decorrente do fundamento da dignidade da pessoa humana, apenas pode ser restringida “(...) naquilo que ultrapassa a mesma e atinge bens jurídicos e valores de outros cidadãos de caráter constitucional, protegidos por lei”¹⁰⁵. Em outras palavras, significa que o Estado deve ponderar os meios a serem utilizados à consecução de seus fins¹⁰⁶.

Embora não configure um princípio explícito na Constituição Federal de 1988 – em conformidade com o analisado em capítulo anterior, bem como em diversas passagens desta dissertação, não há a necessidade de os princípios constarem todos expressos na Lei Maior, mas sim considerá-los aplicáveis, ou não, pela interpretação sistemática dos fundamentos orientadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, bem como da disposição constante do parágrafo 2º, do artigo 5º da Carta¹⁰⁷, enfim da natureza do regime democrático estabelecido, podem ser observadas, a título exemplificativo, disposições positivadas, dentre os direitos e garantias fundamentais, do princípio da proporcionalidade, tais como o direito de resposta proporcional ao agravo¹⁰⁸ e a indenização decorrente da violação dos direitos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 13.

¹⁰⁶ Ressalta-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa, em seu artigo 12, a necessidade de a lei cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito.

¹⁰⁷ *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

¹⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso V.

¹⁰⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso X.

Ao admitir-se ser o princípio da proporcionalidade abarcado pela Constituição Federal no que diz respeito, especificamente, aos direitos e garantias fundamentais, Suzana de Toledo Barros assevera que:

*O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção*¹¹⁰.

A supracitada autora salienta haver, ainda, uma relação de complementaridade entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da reserva legal, de modo que este, em sua concepção formal, “(...) não é suficiente para se evitar a edição de leis excessiva ou desnecessariamente restritivas”¹¹¹. Como consequência da desnecessidade de complementação do princípio da reserva legal pelo princípio da proporcionalidade, ressalva que as garantias de defesa dos direitos fundamentais “(...) seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido”¹¹².

No âmbito de aplicação do Direito Penal, portanto, o princípio da proporcionalidade se estabelece na relação equilibrada entre a pena a ser imposta e o tipo de delito praticado, impedindo “(...) a imposição de uma penalidade que viesse a estabelecer uma restrição a um direito individual em níveis manifestamente superiores àqueles reclamados pela preservação do interesse público”¹¹³.

Ora, se a liberdade constitui axioma inerente ao Estado Democrático de Direito, tem-se que a ela deva ser conferida a qualidade de regra, de modo que a exceção, ou seja, a restrição da liberdade, há de ser nivelada à qualidade e à quantidade do dano social causado pela conduta delituosa.

¹¹⁰ *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 93.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 94.

¹¹² *Ibidem*, mesma página.

¹¹³ Luciano FELDENS, *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 156.

Nessa esteira, Claudio José Langroiva Pereira aduz que o viés qualitativo da proporcionalidade “(...) indica uma ramo de política criminal, destinado a afastar excessos e imposições ineficazes, buscando características reparadoras sociais, muito mais adequadas que simples reprimendas sem seleção”¹¹⁴.

Já no tocante ao viés quantitativo da proporcionalidade, o mesmo autor declara que o maior ou o menor grau de intensidade da infração constituem “(...) dois elementos básicos da proporcionalidade administrativa, em que primeiramente o legislador seleciona a sanção e posteriormente seus limites máximos e mínimos”¹¹⁵.

O princípio da proporcionalidade comporta, em conformidade com a maioria da doutrina, três subprincípios, critérios, ou “elementos parciais”¹¹⁶, quais sejam, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se que a proporcionalidade, ou a desproporcionalidade da intervenção penal deve obedecer ao escalonamento acima descrito. Assim, apenas se verificará se o meio a ser utilizado é necessário se, anteriormente, tal meio constituir-se adequado aos fins a que se destina. Também, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito será avocado se, e apenas, o meio ter logrado êxito nos crivos da adequação e da necessidade¹¹⁷.

O primeiro subprincípio, adequação ou idoneidade, também denominado de “pertinência ou aptidão”¹¹⁸, traduz a ideia pela qual o meio, ou instrumento, utilizado pelo Estado para sancionar criminalmente condutas ofensivas à manutenção da ordem social, seja adequado, idôneo aos fins a que se destina, “(...) no sentido de estabelecer penas que possibilitem a prevenção geral e especial, nas formas estabelecidas pela lei”¹¹⁹.

¹¹⁴ *Proteção jurídico-penal e direitos universais...*, p. 167.

¹¹⁵ *Ibidem*, mesma página.

¹¹⁶ Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 396.

¹¹⁷ Posição divergente é aduzida por Mariângela Gama de Magalhães Gomes, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 79-80.

¹¹⁸ *Ibidem*, mesma página.

¹¹⁹ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 13.

Luiz Regis Prado afirma que, por adequação ou idoneidade, “(...) a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim)”¹²⁰.

Sob outro enfoque, todavia a estabelecer o significado do princípio da adequação, Cezar Roberto Bitencourt defende que “(...) todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal – vedação do arbítrio (...)”¹²¹.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a seu turno, declara que o princípio da adequação “(...) é pressuposto indispensável, para que a intervenção estatal seja idônea para a proteção de determinado bem jurídico, que a finalidade da norma possa ser por ele alcançada”¹²².

Em assim sendo, verificada a inadequação da tutela penal, ou seja, constatado que o meio penal a ser utilizado constitua instrumento inapto a atingir a finalidade de prevenção, e conseqüentemente se revele incapaz de proteger determinado bem jurídico relevante, não há outra solução senão declarar inconstitucional tal medida, por violação ao princípio da proporcionalidade.

Reconhecido idôneo ou adequado o meio incriminador, há de se observar se o mesmo é necessário para tanto, ou seja, se este resta como sendo, dentre todos os considerados eficazes, o meio de menor restrição, ou menos gravoso possível ao cidadão.

Ora, se medias extra-penais, tais como administrativas ou cíveis, atingirem os mesmos objetivos, demonstra-se inequívoco que a atuação do Direito Penal é desnecessária. Por conseguinte, o princípio da necessidade se assemelha ao primado da intervenção mínima, notadamente no que diz respeito à subsidiariedade.

¹²⁰ *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 151.

¹²¹ *Tratado de direito penal...*, p. 25.

¹²² *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 127.

A confirmar o posicionamento acima declinado, “O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”¹²³.

Ou ainda, que a atração do Direito Penal se justifica “ (...) na constatação de que, em algumas situações, a importância do valor a ser protegido, aliado à avaliação de que outros ramos do ordenamento jurídico mostram-se insuficientes para oferecer a devida tutela (...)”¹²⁴. Portanto, legitimada, sob estes moldes, a restrição da liberdade, sempre a salvaguardar a regra da liberdade, enfim, à dignidade da pessoa humana.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito se afigura como o terceiro subprincípio ou fator delimitador da proporcionalidade em sentido amplo, haja vista a adequação e a necessidade não serem suficientes à delimitação legítima de uma pretensa medida penalmente sancionatória, “(...) porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não compadece com a ideia de justa medida”¹²⁵.

Por intermédio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, necessário se faz observar que a intensidade da pena seja proporcional ao delito praticado.

Em decorrência do subprincípio em análise, há de se considerar que “por mais valioso que seja o bem jurídico, muitas vezes a intervenção do Estado, através do direito penal, limitando a liberdade, se apresenta injustificada”¹²⁶.

No tocante à relação estabelecida entre a conduta penalmente relevante e a pena dela decorrente, Luiz Regis Prado certifica que deva “(...) existir sempre uma medida de justo equilíbrio – *abstrata* (legislador) e *concreta* (juiz) –

¹²³ Suzana de Toledo BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 79.

¹²⁴ Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 83.

¹²⁵ Suzana de Toledo BARROS, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁶ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 14.

entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta¹²⁷.

A complementar os princípios da idoneidade – adequação e da necessidade – indispensabilidade, a proporcionalidade em sentido estrito sinaliza “(...) se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio ente valores e bens é exalçada¹²⁸”.

A proporcionalidade em sentido estrito, portanto, encerra uma obrigação e uma interdição, “(...) obrigação de fazer uso dos meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados¹²⁹”.

Verificada a adequação, bem como a necessidade da intervenção penal, mister se faz necessária, portanto, a ponderação dos valores ou interesses, em tese conflitantes. Em tese, pois apenas no caso em concreto direitos fundamentais podem apresentar-se contrapostos. E assim exibidos, cabe ao Estado-juiz declarar qual deles deva prevalecer, sem, nunca, retirar ou encerrar o núcleo essencial de qualquer deles.

Em um plano amplo de aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, “(...) não se pode punir com penas leves ações que são reprovadas mais intensamente pelo grupo social e outras que causem danos relevantes, com penas insignificantes¹³⁰”.

Por fim, há de se verificar “(...) a influência que os limites derivados de princípios superiores geram na atividade legislativa consistente em eleger a medida da pena *proporcional* ao delito, ou seja, cabe analisar os parâmetros em relação aos quais a cominação legal da pena deva ser norteadas¹³¹”.

Destarte, o controle de constitucionalidade de leis interventivas em direitos e garantias fundamentais ganha realce com o postulado da proporcionalidade. Nesse aspecto, Claus Roxin defende que constitui tarefa dos

¹²⁷ *Curso de direito penal brasileiro...*, p. 151.

¹²⁸ Suzana de Toledo BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 83.

¹²⁹ Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 398.

¹³⁰ Marco Antonio Marques da SILVA, *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*, p. 14.

¹³¹ Mariângela Gama de Magalhães GOMES, *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 156.

tribunais decidirem sobre a admissibilidade da intervenção penal, lançando mão do princípio da proporcionalidade, de modo que:

(...) uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é o instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”¹³².

Ressalta-se que o critério de proporcionalidade deve ser aplicado nos três níveis da atuação do Direito Penal. Assim, cabe ao legislador tê-lo em conta quando da criação da conduta criminosa, verificando, em conjunto com os demais princípios norteadores do direito repressivo, se a incriminação, bem como a pena a ela aplicada, tendo em vista a importância do bem a ser tutelado e a gravidade da ofensa constituem o meio mais adequado, necessário e proporcional a reprimir e prevenir condutas que tal; e ao judiciário, quando da aplicação da pena em concreto, auferindo-se o grau de culpabilidade do agente e, também, na fase de execução da pena, quando, eventualmente, sobrevierem sanções a serem aplicadas.

¹³² *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, p. 27.

5. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

5.1 Liberdade de expressão, direitos e garantias fundamentais

Não há como desassociarem-se os conceitos de dignidade da pessoa humana, de liberdade e de democracia, na medida em que, por um lado, apenas pode ser considerado digno o indivíduo livre. E o qualificativo livre deve ser analisado, nesse ponto, em sua ampla acepção, de modo que a referência não é feita tão somente quanto à liberdade de locomoção, mas à liberdade de pensamento, de palavra, de opinião, bem como de suas expressões.

Por outro lado, a democracia, analisada sob o conceito e alcance atuais, exige a efetivação, como visto em capítulo anterior, do valor supremo da dignidade da pessoa humana; portanto, da liberdade de o indivíduo pensar e agir em conformidade com suas convicções, enfim, com autodeterminação, bem como da igualdade entre todos os indivíduos.

Nesse sentido:

(...) é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista¹³³.

¹³³ José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 234.

A liberdade, entendida como fundamento do Estado Democrático de Direito, haja vista constituir valor decorrente da dignidade da pessoa humana, encontra-se inserida entre os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, em suas variadas vertentes, tais como a liberdade de locomoção, de pensamento, de expressão, de ação profissional e de conteúdo econômico e social¹³⁴.

Antes de adentrar-se especificamente a análise do direito fundamental à liberdade de expressão, objeto deste capítulo, mister se faz consignar que a existência de uma longa declaração de direitos fundamentais do homem em uma Constituição, nada contribui ao regime democrático se, acompanhada desta declaração, não estiverem positivadas as garantias necessárias ao cumprimento, e assim à efetivação, de tais direitos.

Marco Aurélio Mello conclui que “os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático”¹³⁵.

Em apertada análise, pode-se concluir que constituem as garantias, instrumentos assecuratórios dos direitos, limitando, dessa forma, o poder estatal. Enquanto os direitos têm caráter declaratório, as garantias possuem característica instrumental¹³⁶.

Sem embargo da enorme divergência doutrinária a respeito da existência normativa de uma ou de mais liberdades de expressão, bem como do alcance de seu significado e de seu emprego, a serem analisados adiante, utilizar-se-á, por ora, a locução liberdade de expressão para toda e qualquer forma de exteriorização do pensamento.

A liberdade de expressão, decorrente da liberdade de pensamento, configura direito fundamental do homem, encontrando guarida em diversas passagens do título atinente aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o artigo 5º da Constituição Federal prevê a liberdade de manifestação do pensamento,

¹³⁴ Ibidem, p. 234-235.

¹³⁵ *Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito*. In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 239.

¹³⁶ Cf. André Ramos TAVARES, *Curso de direito constitucional*, p. 855 e ss.; José Afonso da SILVA, *Ibidem*, p. 186 e ss.; Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, p. 293-294; Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 109 e ss.

com a ressalva da vedação do anonimato¹³⁷, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou de licença¹³⁸, bem como a faculdade que tem todo indivíduo ao acesso à informação¹³⁹. Ainda, o artigo 220 da Lei Maior, inserto no capítulo destinado à regulação da comunicação social brasileira, a ser analisada adiante, estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição”, observado o nela, Constituição, disposto.

Ao relacionar a liberdade de expressão com direitos fundamentais, e assim, com os ideais democráticos, Jónatas Eduardo Mendes Machado, anota que:

O direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Isto, em boa medida, graças à sua função instrumental relativamente à afirmação da liberdade individual de pensamento e de opinião e à garantia da autodeterminação democrática da comunidade política globalmente considerada. Desde cedo se considerou que o governo degenera quando confiado apenas aos governantes, sendo fundamental uma ampla discussão pública dos assuntos de interesse geral¹⁴⁰.

A seu turno, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera:

O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano¹⁴¹.

¹³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso IV.

¹³⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso IX.

¹³⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso XIV.

¹⁴⁰ *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 61.

¹⁴¹ Gilmar Ferreira MENDES; Inocêncio Mártires COELHO; Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 403.

Também no plano internacional recomenda-se aos Estados-parte que proclamem, e assim efetivem em seus ordenamentos jurídicos o direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “cada indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão, o direito à liberdade de ter opiniões sem interferência e procurar receber informações e ideias de qualquer mídia e de qualquer forma”.

Ainda no plano internacional, o artigo 13, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – estabelece:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística ou por qualquer meio de sua escolha.

Assim, uma sociedade apenas restará justa, livre e plural, se nela coexistirem diferentes correntes de ideias, ideologias, de pensamentos e de opiniões políticas¹⁴².

Marco Aurélio Mello salienta que, é pela liberdade de expressão, direito fundamental e que, por isso, configura limitação ao poder do Estado:

(...) que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas ópticas serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária¹⁴³.

¹⁴² Marco Aurélio MELLO, In: Jorge MIRANDA; Marco Antonio Marques da SILVA (coords.), *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, p. 239.

¹⁴³ *Ibidem*, mesma página.

Não há na doutrina consenso no que diz respeito ao alcance, bem como o significado da locução liberdade de expressão. Uma incontável gama de denominações é utilizada quando da análise dos incisos IV¹⁴⁴ e IX¹⁴⁵ do artigo 5º da Constituição Federal, tais como liberdade de opinião, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direito de expressão e direito à informação.

José Afonso da Silva entende ser a liberdade de manifestação do pensamento, exteriorização do exercício da liberdade de comunicação, “(...) um dos aspectos externos da liberdade de opinião”¹⁴⁶, entendida esta tanto como a escolha de o indivíduo adotar um pensamento íntimo quanto a de pensar e dizer o que se crê verdadeiro¹⁴⁷.

Já no que toca à liberdade de expressão intelectual, artística e científica, aduz o supracitado autor que todas elas configuram “formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos”¹⁴⁸.

Assim, estabelece que ambas, liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão, constituem formas de expressão de uma liberdade maior, “primária”, qual seja, a liberdade de opinião.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior distinguem direito de opinião de direito de expressão, de modo que o primeiro – direito de opinião, caracteriza a proteção conferida pela Constituição à liberdade de manifestação de pensamento, entendida esta como a formulação de juízos valorativos decorrentes dos processos internos de reflexão, pelo ser humano¹⁴⁹.

Por outro lado, entendem os mesmos doutrinadores que o direito de expressão é caracterizado pela ausência de juízo de valor quando da manifestação

¹⁴⁴ *IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*

¹⁴⁵ *IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;*

¹⁴⁶ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 244.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 241.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 253.

¹⁴⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 140/141.

humana, sendo que a expressão, “mais do que um meio, é um fim em si própria, o que vale dizer que são formas, variações, da manifestação humana”¹⁵⁰.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a seu turno, pontua como sinônimas as liberdades, de expressão e de manifestação do pensamento, não estabelecendo, assim, a distinção acima aduzida. Nesse sentido:

A manifestação do pensamento pode, porém, dirigir-se a outrem e não apenas exprimir as convicções do indivíduo, sem a preocupação deste que outros a percebam, ou não. Essa liberdade, expressão fundamental da personalidade, também é consagrada, mas sob regimes diversos, conforme sua importância social¹⁵¹.

Similar ao entendimento acima narrado o de Paulo Gustavo Gonet Branco que entende serem liberdade de expressão e liberdade de manifestação do pensamento locuções sinônimas que incluem “(...) faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem, etc.)”¹⁵².

Difere, pois, da posição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, ao afirmar que a liberdade de expressão abarca, também, manifestações não verbais, tais como:

(...) uma representação figurativa da realidade ou a projeção material de um estado anímico, quando, por exemplo, um artista pinta um quadro, compõe uma música ou fotografa um tema que lhe pareceu importante fixar¹⁵³.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 143.

¹⁵¹ *Curso de direito constitucional*, p. 300.

¹⁵² *Curso de direito constitucional*, p. 402.

¹⁵³ Ibidem, p. 407/408.

A acompanhar as últimas duas posições, encontra-se André Ramos Tavares, que entende a liberdade de expressão como um “direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar de sensações ou intuições (...)”¹⁵⁴.

Não obstante a infindável divergência doutrinária, talvez gerada pela própria Constituição Federal ao valer-se de locuções diversas para proteger a exteriorização do pensamento, cada qual com certa abrangência e significado, crê-se que a liberdade de expressão configura “(...) o *direito mãe* a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas (...)” em decorrência das constantes alterações ocorridas nos campos da tecnologia, bem como da economia¹⁵⁵.

Jónatas Machado divide a liberdade de expressão em duas dimensões, substantiva e instrumental, de modo que esta corresponde à faculdade conferida ao indivíduo de utilizar, dentre os mais variados meios ou instrumentos, aquele que julgar o mais adequado à divulgação do seu pensamento, enquanto aquela – dimensão substantiva, configura inequívoca manifestação da autodeterminação individual, e assim da dignidade da pessoa humana, na medida em que “(...) compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la.”¹⁵⁶.

Por outro lado, e divergindo parcialmente da posição adotada neste trabalho, encontra-se a opção de Edilsom Farias, para quem o termo *liberdade de expressão e comunicação* restaria o mais correto a configurar “(...) o conjunto dos direitos, liberdades e garantias relacionadas à difusão das idéias e das notícias”¹⁵⁷.

A convergência parcial reside no fato de que, para o autor, o termo liberdade de expressão, gênero, abarca as “(...) expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor”¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Curso de direito constitucional*, p. 594.

¹⁵⁵ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 416.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 417.

¹⁵⁷ *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 53.

¹⁵⁸ *Ibidem*, mesma página.

Já no que toca à liberdade de comunicação, termo adotado pelo autor supra para representar as expressões liberdade de imprensa e liberdade de informação, tal subdivisão da liberdade de expressão será analisada no subitem adiante, tendo em vista possuir características peculiares, bem como o seu âmbito de aplicação, que toca não apenas à comunicação interpessoal, mas, também, e principalmente, aos meios de comunicação de massa.

5.2 A liberdade de informação

Tendo em vista a construção lógico-sequencial feita até o presente momento do trabalho, a informação será analisada em conformidade com o conteúdo do processo comunicacional, deixando-se, por ora, as diversas conotações possíveis de interpretação quanto ao termo informação encontradas no texto da Constituição Federal, tais como o direito ao acesso à informações de interesse geral e particular¹⁵⁹, ou o direito de conhecimento das informações personalíssimas, bem como sua possível retificação¹⁶⁰.

Em consonância com a análise do item anterior, ainda que realizada em brevíssimas ponderações, prefere-se utilizar-se da locução liberdade de informação como espécie do gênero liberdade de expressão, e não como uma liberdade autônoma, haja vista não se conceber a ideia da existência daquela sem que se faça presente a liberdade de expressão que, reprise-se, configura a exteriorização do pensamento e, assim engloba, dentre tantas liberdades a de difundir ideias e notícias, que podem ocorrer no âmbito das relações intersubjetivas – entre dois indivíduos determinados, bem como por intermédio dos meios de comunicação de massa.

¹⁵⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, inciso XXXIII.

¹⁶⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, inciso LXXII, letras *a* e *b*.

Por outro lado, não há se falar em liberdade de expressão sem liberdade de informação. Nesse sentido:

A liberdade de expressão pressupõe a liberdade de informação, a partir de um enfoque lógico: o indivíduo, para expressar-se, necessita de informações para iniciar um processo de elaboração cognitiva para, posteriormente, exteriorizar o resultado dessa atividade com outrem, ou não querendo assim proceder, permanecer sem emitir seu pensamento – exercendo assim a dimensão negativa da liberdade de expressão, a de não expressar-se¹⁶¹.

Pode ocorrer indagação no tocante a necessidade, então, de reservar-se um subitem para a análise de uma liberdade contida em outra de maior âmbito de aplicação. Contudo, e assim como explicitado acima, a liberdade de informação, vista sob o viés dos meios de comunicação de massa, possui diretivas específicas de ordem constitucional, merecendo assim, e respeitando-se os requisitos metodológicos do trabalho científico, uma maior abordagem do tema, haja vista ser ele condutor do objeto desta dissertação.

Jónatas Eduardo Mendes Machado, embora entenda não devam confundir-se liberdade de expressão com liberdade de informação, haja vista estarem elas autonomamente enumeradas na Constituição da República Portuguesa – assim como na Constituição da República Federativa do Brasil, ressalta que alguns aspectos devam ser sublinhados¹⁶².

Em primeiro lugar, embora se possa afirmar que a noção de informação anda geralmente associada à idéia de tratamento ordenado e inteligível de dados de utilidade social, tendo em vista a sua transmissão através de um discurso articulado, não é certo que um conceito constitucionalmente adequado de *informação*, compatível com a multidão de utilizadores e utilizações potenciais, tenha que ficar amarrado à mesma. Em segundo lugar, a doutrina, na sequência do que se sustenta

¹⁶¹ Tadeu Antonio Dix SILVA, *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*, p. 124.

¹⁶² *Liberdade de expressão...*, p. 473.

em matéria de liberdade de expressão, assinala a este direito duas partes componentes, sendo uma de natureza individual, assente no desenvolvimento e na expressão da personalidade, e outra de natureza democrático-funcional, escorada na dinamização da opinião pública e na participação política¹⁶³.

A divergência doutrinária ora em questão não deve prosperar. Como já afirmado, o texto constitucional não é preciso ao diferenciar ambos os institutos, especificamente no tocante aos seus conteúdos, sem embargo do fato de lá estarem localizados em dispositivos distintos. Todavia, ainda se entenda serem direitos autônomos, ambos encerram direitos de caráter fundamental, dispostos no Título reservado aos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988, de modo que a eles são aplicados idênticos mecanismos de proteção¹⁶⁴.

A utilização indistinta de liberdade ou direito, deste modo, apenas contribui para a pluralidade e ambiguidade significativa que cerca o tema, porém, não impede que sejam reconhecidos e cercados de toda a proteção, como direitos fundamentais que são¹⁶⁵.

No sentir de José Afonso da Silva, a liberdade de informação compreende “a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”¹⁶⁶.

Ainda para o citado autor, liberdade de informação “compreende a *liberdade de informar e a liberdade de ser informado*”¹⁶⁷.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira aduzem que o direito de informação comporta três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado¹⁶⁸.

¹⁶³ Ibidem, mesma página.

¹⁶⁴ Tadeu Antonio Dix SILVA, *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*, p. 123.

¹⁶⁵ Ibidem, mesma página.

¹⁶⁶ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 246.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 245.

Não serão abordadas de forma minuciosa, ao menos no corpo deste trabalho, divergências doutrinárias para se estabelecer possíveis elementos diferenciadores entre direitos e liberdades, enquanto institutos componentes da teoria dos direitos fundamentais. Contudo, deixa-se consignado que as liberdades públicas, em um Estado Democrático de Direito, apenas restam salvaguardadas se o Estado possuir, em seu ordenamento jurídico mor, a conjugação do elemento descritivo, ou declaratório – os direitos fundamentais, com o elemento instrumentalizador, ou seja, instrumentos que ofereçam efetividade ou possibilidade de aplicação aos mencionados direitos – as garantias fundamentais.

Em suma, apenas são conferidas as liberdades públicas à pessoa humana, e assim dar cumprimento ao fundamento maior de um Estado Democrático de Direito – dignidade da pessoa humana, se o ordenamento jurídico garantir a efetivação dos direitos fundamentais nele explicitados.

Assim, para manter-se a coesão desta dissertação, será utilizado, a seguir, o termo *direito* à análise de tais vertentes, ou níveis, da liberdade de informação.

É de se noticiar que parte da doutrina ainda acrescenta uma subdivisão à liberdade de informação, qual seja, a liberdade de informação jornalística¹⁶⁹. Todavia, consigna-se que tal subdivisão não será objeto de análise neste trabalho, tendo em vista que tal mister geraria um distanciamento de foco ao seu desiderato. Entretanto, cabe a menção apenas para declinar que informações jornalísticas são aquelas publicadas por veículos impressos de comunicação, bem como por veículos de difusão sonora (rádio) e de difusão de sons e imagens (televisão).

Tendo em vista as considerações supra, pode-se chegar à conclusão que três são os elementos da comunicação: o emissor, a mensagem e o receptor.

¹⁶⁸ *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 573.

¹⁶⁹ Cf. José Afonso da SILVA, *Ibidem*, p. 246 e ss.; Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 146 e ss.

Assim, analisar-se-á, nos subitens vindouros, a liberdade de informação no tocante aos sujeitos de tal relação, de modo que a mensagem, originada pelo emissor e destinada ao receptor pressupõe, ao menos, a existência de, por um lado, um direito de informar, e por outro lado, um direito de ser informado.

5.2.1 O direito de informar

O direito fundamental de informar pode ser exercido por qualquer indivíduo, haja vista ser ele corolário do direito fundamental à livre expressão, de modo que as primeiras reivindicações “(...) formuladas em favor do reconhecimento do direito de informar, visavam a assegurar que os cidadãos pudessem comunicar livremente aos outros os acontecimentos relevantes da vida social os quais tinham conhecimento”¹⁷⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira asseveram que o direito de informar:

(...) consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos; mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a *informar*, ou seja, direito a meios para informar¹⁷¹.

Da citação acima, e em conformidade com os ditames basilares de um Estado Democrático de Direito, extrai-se que o direito de informar constitui um direito fundamental, “(...) cuja preocupação consiste em impedir que o Poder Público

¹⁷⁰ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 86.

¹⁷¹ *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 573.

crie embaraços ao livre fluxo das informações. Assim, o indivíduo possui liberdade para informar”¹⁷².

No tocante à forma positiva, ou direito à informar, Edilson Farias entende ser insuficiente a abstenção do Estado ao prever a ausência de censura à proteção do direito de informar, exigindo-se, conseqüentemente, uma ação positiva estatal, que pode concretizar-se, por exemplo, em aprovação de leis que versem sobre o direito de informar ou que se disponibilizem mais meios ou instrumentos para o exercício do direito de informar¹⁷³

Contudo, há de se observar que o desenvolvimento das sociedades, sobretudo nos campos da economia, da ciência e da tecnologia, possibilitou o surgimento dos mais variados meios aptos a difundirem conhecimento, cada vez mais célere e em maior quantidade, a um maior número de pessoas. Assim, o direito de informar direciona-se também, e principalmente, aos meios de comunicação social, também chamados de meios de comunicação de massa.

A entender-se que o direito de informar, exercido pelos meios de comunicação social, assegura o poder de divulgar fatos ou notícias que sejam de interesse coletivo, surge a exigência da veracidade do fato e/ou da notícia a ser divulgada, encerrando-se “(...) uma obrigação de rigor e objectividade por parte das empresas jornalísticas e noticiosas, para além de uma obrigação de separação, (...), entre *afirmações de facto* e *juízos de valor*, informações e comentários”¹⁷⁴.

Há de se diferenciar, por óbvio, a difusão da notícia falsa por origem, do erro ou do equívoco cometido pelo divulgador imbuído do propósito de narrar a verdade¹⁷⁵. Por outra via, dada a importância da função exercida pelo difusor de fatos e/ou notícias por intermédio de um meio de comunicação de massa, dele é exigido o dever de cautela, consistente na “(...) diligente prudência de checar a

¹⁷² Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 144.

¹⁷³ *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 86.

¹⁷⁴ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 475.

¹⁷⁵ Gilmar Ferreira MENDES; Inocência Mártires COELHO; Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 414.

idoneidade das notícias antes de sua divulgação, a fim de que (...) possa lograr uma comunicação honesta e correta dos fatos”¹⁷⁶.

Ao analisar o direito de informar sob o prisma da verdade exigida das empresas jornalísticas, ao noticiar, José Afonso da Silva assevera:

Reconhece-se-lhes o *direito de informar* ao público os acontecimentos e idéias, mas sobre ele incide o *dever de informar* à coletividade de tais conhecimentos e idéias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação¹⁷⁷.

Outra questão relativa ao direito fundamental de informar é a do possível acesso, por parte de quaisquer indivíduos, aos meios de comunicação social, sob o fundamento da salvaguarda da também fundamental garantia da liberdade de expressão.

Crê-se ser impossível, tanto devido ao fato da impossibilidade fática e estrutural dos meios de comunicação social em atender as infindáveis demandas de todos os indivíduos que manifestem interesse em divulgar fatos e/ou notícias por intermédio de tais meios – fato que, por si só, bastaria à indagação, quanto ao argumento jurídico de a Constituição não prever obrigação em tal sentido. A questão será mais bem debatida quando da tratativa da Comunicação Social e seu tratamento constitucional, no item a seguir.

¹⁷⁶ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 87.

¹⁷⁷ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 247.

5.2.2 O direito de ser informado

O direito de ser informado encerra o direito de todos os indivíduos receberem informações, constituindo o pólo passivo do processo comunicacional, ou seja, o lado diametralmente oposto ao direito de informar. Assim, é de fácil constatação que ambos os direitos – o de informar e o de ser informado, constituem diferentes vertentes da liberdade de informação, cada qual com suas características e sujeitos diversos, contudo, complementares necessários, de modo que um sem o outro perderia a razão de sua existência.

Nesse sentido:

(...) É que só se pode investir alguém no direito de receber informações quando simultaneamente atribui-se a outrem o dever de informar. Nessa matéria, a Constituição Federal foi terminante ao atribuir exclusivamente ao Poder Público (arts. 5º, XXXIII, e 37, *caput*) o dever de informar¹⁷⁸.

Ou, ainda:

(...) a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação (...) e pelos poderes públicos (...), sem esquecer outros direitos específicos à informação reconhecidos na Constituição, directamente (...) ou indirectamente (...)¹⁷⁹.

Jónatas Eduardo Mendes Machado, ao analisar o tema, assim aduz:

¹⁷⁸ Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 145.

¹⁷⁹ José Joaquim Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 573.

No direito a ser informado é patente a dimensão política democrática, a par de sua referência individual. É que só o cidadão bem informado está em situação de construir o seu próprio juízo e de participar no processo democrático da maneira pretendida pela Constituição¹⁸⁰.

Por assim ser, faz-se, neste subitem, as mesmas considerações do subitem relativo ao direito de informar no tocante à veracidade e à lisura, ou seja, à qualidade da informação a ser recebida, bem como às prestações por parte do Estado, por um lado negativas, no sentido de não serem criados ou potencializados obstáculos e/ou impedimentos ao efetivo recebimento de informação e por outro lado positivas, quando o Estado deve disponibilizar, cada vez mais, meios para que os indivíduos sejam informados, tanto sobre questões atinentes à atividade pública quanto à fatos e/ou notícias de interesse geral da sociedade.

Observa-se a importância e a dimensão democrática do direito de ser informado. Em primeiro, por que o indivíduo, isolado e carente de informações, não possui condições de refletir e manifestar suas opiniões e ideias, haja vista não tê-las tido. Como consequência, não poderá participar da vida pública e, assim, desenvolver-se em sua personalidade, restando violada sua dignidade; fundamento principal do Estado Democrático de Direito.

Em segundo, e utilizando-se dos mesmos argumentos, agora visualizados sob um prisma positivo, verifica-se que a dignidade da pessoa humana restará preservada quanto mais variadas forem as fontes de informação. A pluralidade de fontes informativas, “(...) com a possibilidade de ingresso na arena pública de variedade de vozes, na quantidade suportada pelos meios técnicos, ensejará maior acesso e recebimento de informações”¹⁸¹.

¹⁸⁰ *Liberdade de expressão...*, p. 476.

¹⁸¹ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 168.

5.2.3 O direito de se informar

Intimamente ligado ao direito de ser informado encontra-se o direito de se informar, “(...) também designado por liberdade de informação em sentido estrito.”¹⁸² que significa a faculdade de o indivíduo buscar por fontes de informação, bem como selecionar, dentre tantas, a(s) que melhor julgar relevante(s) aos seus objetivos.

A corroborar o entendimento acima exposto, Edilson Farias, ao analisar a importância deste direito afirma que:

O conspícuo valor desse direito fundamental reside no fato óbvio de que, sem o livre franqueamento às fontes originárias das notícias, provavelmente haverá comprometimento para o próprio fluxo de circulação das informações no seio da sociedade, resultando em graves prejuízos para toda a coletividade. De fato, a obstrução ou a drástica vedação do ingresso às fontes das notícias decerto privará os cidadãos do conhecimento de inúmeras informações, muitas delas vitais para a sociedade, implicando a redução do pluralismo da informação, o enfraquecimento de um vigoroso debate público e o empobrecimento de uma autêntica atividade cívica¹⁸³.

Por outro lado, e para efetivamente se concretizar, se traduz no dever do Estado em oferecer o amplo e livre acesso às fontes de informação¹⁸⁴, salvo disposição constitucional expressa em contrário¹⁸⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao definirem o direito de se informar, asseveram:

¹⁸² Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 416.

¹⁸³ *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 88.

¹⁸⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e LXII, artigo 220, *caput*.

¹⁸⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso LX.

O direito de se informar consiste, desenganadamente, na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, do direito de não ser impedido de se informar, embora sejam admissíveis algumas restrições à recolha de informações armazenadas em certos arquivos (ex: arquivos secretos dos serviços de informação)¹⁸⁶.

Decerto o direito fundamental de se informar é pertencente aos cidadãos. Todavia, ressalta-se que “(...) o direito fundamental de acesso às fontes de informação é um direito indispensável para o exercício profissional dos comunicadores”¹⁸⁷, sem o qual esses profissionais encontrar-se-iam privados de exercerem seus misteres, haja vista a conseqüente redução na circulação das informações.

Neste aspecto, importa ressaltar a garantia constitucional do sigilo da fonte¹⁸⁸, sem a qual a amplitude de divulgação de fatos e/ou notícias encontrar-se-ia restringida, devido ao fato de restarem retidas na fonte, sob os mais diversos argumentos.

Sobre o direito de livremente se informar, como requisito básico da democracia, aduz Jónatas Eduardo Mendes Machado:

O direito de se informar sem impedimentos constitui um elemento básico de garantia de uma opinião pública autónoma, habilitada a proceder ao controlo do exercício dos poderes estaduais numa ordem constitucional livre e democrática¹⁸⁹.

A liberdade de acesso às informações não quer dizer, por certo, que tal acesso seja irrestrito, assim como analisado no tocante ao direito de informar. O fato de a liberdade de informação proteger o acesso às informações por intermédio

¹⁸⁶ *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 573.

¹⁸⁷ Edilson Farias, *Op.cit*, p. 165.

¹⁸⁸ *Constituição da República Federativa do Brasil*, artigo 5º, inciso XIV.

¹⁸⁹ *Liberdade de expressão...*, p. 479.

de, por exemplo, televisão via satélite, não importa afirmar que o Estado está obrigado a fornecer a todos, aparelhos de televisão ou antenas parabólicas¹⁹⁰.

Ainda, sobre restrições à liberdade de se informar, vale lembrar que:

Em primeiro lugar, estão excluídas as informações obtidas através de violação de privacidade, do domicílio, do direito de propriedade, do sigilo da correspondência e das telecomunicações, do acesso a documentos confidenciais, etc. Em segundo lugar, há que ter em consideração direitos positivos de acesso à informação estabelecidos pela Constituição e pela lei¹⁹¹.

Destarte, o direito de se informar, bem como os direitos fundamentais de ser informado e de informar configuram, pois, instrumentos de satisfação dos fundamentos da cidadania e do pluralismo político, enfim, da dignidade da pessoa humana, insertos no artigo 1º da Carta, quando se torna possível aos cidadãos que participem ativamente da democracia, emitindo, buscando ou recebendo ideias, fatos ou notícias.

5.3 A comunicação social e seu tratamento constitucional

Analisados os sujeitos da relação comunicacional – emissor e receptor da mensagem, resta, em concordância com os objetivos deste trabalho, averiguar os meios ou instrumentos pelos quais o conteúdo informacional se utiliza a estabelecer o elo entre os dois extremos, qual sejam, os meios de comunicação de massa.

¹⁹⁰ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, Op.cit, p. 484.

¹⁹¹ Ibidem, p. 481.

À Comunicação Social é reservado o Capítulo V, do Título VIII da Constituição Federal, denominado “Da Ordem Social”.

Tendo em vista o período não democrático suportado pelo país, anterior ao início dos trabalhos de elaboração da Constituição Federal de 1988, quando as liberdades comunicativas eram amplamente restringidas, verifica-se, da leitura dos artigos componentes do mencionado capítulo¹⁹², que são reprisadas as considerações feitas quando da análise dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, notadamente no que diz respeito à liberdade de expressão. Nesse sentido:

(...) Todo o capítulo reflete, portanto, a realidade vivida e contestada do período de falta de liberdade de imprensa e cuida, de forma bastante efetiva, da proteção das liberdades democráticas, especialmente o direito à livre informação, livre manifestação de pensamento e livre criação.

Boa parte do conteúdo do capítulo poderia constar de uma declaração de direitos. Aliás, os direitos lá anunciados devem ser interpretados sistematicamente com os elencados no art. 5º, especialmente nos incisos IV, V, IX e XIV¹⁹³.

Contudo, necessária se faz a existência de um capítulo Constitucional destinado à Comunicação Social, haja vista as regras aplicáveis aos meios de comunicação de massa possuírem normas de diferentes âmbitos de atuação, diferenciando-se, portanto, das normas aplicáveis às liberdades da pessoa humana, individual ou coletivamente considerada.

Assim, e necessário à manutenção do regime democrático, o artigo 220, *caput*, da Carta não prevê uma liberdade irrestrita ou desordenada de acesso aos meios de comunicação de massa quando, apesar de dispor que a manifestação do pensamento, bem como a criação, a expressão e a informação veiculadas sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, as condiciona à observância do nela disposto.

¹⁹² Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 220-224.

¹⁹³ Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 508.

Nesta esteira, e retornando à problemática do possível acesso irrestrito aos meios de comunicação de massa sob o argumento de se ver satisfeita a garantia da liberdade de expressão, sugerida anteriormente quando da análise do direito de informar¹⁹⁴, tem-se que, afora o direito constitucional de resposta proporcional ao agravo¹⁹⁵, não há como subsistir tal pretensão.

Nesse sentido, a Constituição é inequívoca ao estabelecer requisitos e condições à obtenção de outorga do Poder Público à exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão, que serão explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, autorização ou concessão¹⁹⁶.

Ao transpor-se a ideia que diz respeito às limitações impostas ao acesso dos meios de comunicação de massa ao comentário de José Afonso da Silva sobre a relativização de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, reafirma-se a impossibilidade de acesso irrestrito aos meios de comunicação social mediante qualquer fundamentação:

(...) se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é porém um valor absoluto e ilimitado. Isso é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição às liberdades, e muitas vezes autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas¹⁹⁷.

Também no tocante ao meio escrito de comunicação de massa – imprensa, não se visualiza possibilidade de êxito da proposta, de modo que “(...) o princípio constitucional da livre iniciativa e mesmo o direito de propriedade desaconselhariam que se atribísse tamanha latitude a essa liberdade”¹⁹⁸. Não há se confundir, entretanto, a questão ora abordada, que diz respeito ao acesso irrestrito aos meios de comunicação social para restar obedecido o direito de

¹⁹⁴ V. Item 5.2.1.

¹⁹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso V.

¹⁹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 21, incisos XI e XII, letra *a*.

¹⁹⁷ *Ordenação constitucional da cultura*, p. 64-65.

¹⁹⁸ Gilmar Ferreira MENDES; Inocêncio Mártires COELHO; Paulo Gustavo Gonet BRANCO, *Curso de direito constitucional*, p. 406-407.

informar, valendo-se da liberdade fundamental de expressão, com a previsão constitucional de não necessidade de licença de autoridade para a publicação de veículo impresso de comunicação.

Todavia, há previsão constitucional¹⁹⁹ no sentido de se assegurar, gratuitamente, tempo e espaço nos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos partidos políticos, na forma da Lei nº. 4.737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral. A este instituto dá-se o nome de direito de antena.

Entende-se, tendo em vista os fundamentos democráticos da cidadania e do pluralismo político, anteriormente analisados, ser tímida a previsão da Carta brasileira, de modo que a Constituição da República Portuguesa, especificamente em seu artigo 40º, inserto no título referente aos direitos e deveres fundamentais, declara o direito de antena não só aos partidos políticos com representação na Assembléia da República²⁰⁰, mas, também, aos demais partidos políticos lá existentes, às organizações sindicais, profissionais e representativas das atividades econômicas e organizações sociais de âmbito nacional, tais como associações religiosas, associações de consumidores, associações de defesa do meio ambiente ou associações de proteção à criança e ao adolescente.

Há de se ressaltar que a Constituição da República Portuguesa difere o direito de antena, pelo qual estão obrigadas a ceder tempo e espaço aos entes acima declinados as emissoras públicas de rádio e televisão, do direito de antena eleitoral, pelo qual restam obrigadas, também, as emissoras de rádio e televisão privadas.

O direito de antena, assim, corresponde à obediência aos reclamos de uma sociedade plural e democrática, de modo que:

(...) possibilita às diversas correntes políticas, organizadas em partidos, divulgarem para toda a sociedade, (...), as suas idéias

¹⁹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 17, parágrafo 3º.

²⁰⁰ A Assembléia da República portuguesa corresponde, no Brasil, ao Congresso Nacional. Difere-se, entretanto, devido ao fato de o sistema legislativo português ser unicameral.

e opiniões sobre os problemas econômicos, sociais e políticos, bem como as propostas para solucioná-los.

De outro lado, ele pode contribuir, se bem configurado juridicamente, para a cultura política dos cidadãos, porque estimula o debate público entre as concepções políticas existentes, o que é essencial para uma efetiva compreensão quanto às reais alternativas políticas²⁰¹.

O parágrafo 1º, do artigo 220 da Carta reforça a proteção conferida à plenitude de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, desautorizando o legislador ordinário criar leis que contenham dispositivo que possa constituir embaraço a tal mister. Entretanto, o mesmo dispositivo elenca como restrições à plenitude de informação jornalística sugerida na primeira parte a vedação do anonimato²⁰², a garantia de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem²⁰³, bem como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização nos mesmos termos do direito de resposta²⁰⁴.

Da mesma maneira como o fez no inciso IX, do artigo 5º da Constituição, o legislador constituinte originário estabeleceu, no parágrafo 2º, do artigo 220 a vedação total da censura, quer seja de natureza política, ideológica ou artística.

Poder-se-ia argumentar possível contradição entre o acima declinado com o disposto no parágrafo 3º, do mesmo artigo, haja vista nele haver previsão de regulação das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, bem como os locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada²⁰⁵.

Também, quando o inciso II, do mesmo parágrafo prevê o estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade

²⁰¹ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 236.

²⁰² Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso IV.

²⁰³ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso V.

²⁰⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso X.

²⁰⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, parágrafo 3º, inciso I.

de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que não deem preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas ou que não promovam a cultura nacional ou regional²⁰⁶, bem como defender-se da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente²⁰⁷.

Ou ainda, quando estabelece que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias se sujeitem a restrições legais, tais como conter, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso²⁰⁸.

Todavia, a aparente contradição não tem como prosperar. O legislador constituinte de 1988 conferiu ao Poder Público a regulação das diversões e dos espetáculos públicos, cabendo a este apenas indicar sobre suas naturezas e faixas etárias, locais e horários não recomendados à exibição. E, em consonância com o contexto constitucional, as demais restrições restam perfeitamente aplicáveis, tendo em vista outros valores também de talante constitucional, tais como a saúde, o meio ambiente e a família, acima declinados.

Importa ressaltar que as restrições acima não são aplicadas de pronto. Cabe, em última análise, e mediante critérios de proporcionalidade²⁰⁹, ao Poder Judiciário, Poder com incumbência Constitucional de controle da legalidade no Estado Democrático de Direito, "(...) proibir, em definitivo, qualquer manifestação artística (...) para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos (...)"²¹⁰. Tal constatação não há de confundir-se com censura. Nesse sentido:

O que está proibido, portanto, é a censura administrativa, levada à efeito por órgãos do Poder Executivo. A limitação com fundamento constitucional não poderia constituir censura em nenhuma de suas formas, pois o conflito concretamente

²⁰⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 221.

²⁰⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, parágrafo 3º, inciso II.

²⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220, parágrafo 4º.

²⁰⁹ V. cap. 4, subitem 4.2.5, retro.

²¹⁰ Edilson FARIAS, *Liberdade de expressão e comunicação...*, p. 201.

surgido pelo exercício de dois direitos constitucionais deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, que, desta feita, pode impor limites à manifestação do pensamento²¹¹.

A corroborar o entendimento supramencionado, Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli, complementa:

Portanto, é certo dizer que no Brasil a censura como forma de intervenção do Estado, como função administrativa de poder de polícia, não existe mais, sendo vedada expressamente pela Constituição Federal a incidência de atividades de censura quando tiverem como objeto o conteúdo político, ideológico e artístico. Todavia, a Constituição autoriza e determina a intervenção do Estado como regulador de diversões públicas, classificador de conteúdos e fomentador de leis para a defesa dos valores eleitos, tais como a criança, o adolescente, a família, a ética, a educação, a cultura e a informação e a dignidade da pessoa humana, estas juntamente com a saúde e o meio ambiente²¹².

Outra restrição explícita aos meios de comunicação social vem inserta no § 5º do dispositivo em comento²¹³, donde se infere que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio, ou seja, refere-se à proibição de concentração da propriedade dos referidos instrumentos de comunicação de massa.

No tocante à existência de monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação social, Jónatas Eduardo Mendes Machado assevera:

(...) a existência de um monopólio estadual de uma forma de comunicação, constitui um encurtamento substancial da

²¹¹ Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JUNIOR, *Curso de direito constitucional*, p. 509.

²¹² *O direito da comunicação e da comunicação social*, p. 227.

²¹³ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 220.

intencionalidade normativa das liberdades da comunicação, senão mesmo uma violação do seu conteúdo essencial²¹⁴.

Evidenciado restou o entendimento do legislador constituinte em se ver respeitado o fundamento do pluralismo político ao estabelecer a restrição. Uma sociedade que se denomina, ou ao menos pretenda ser democrática deve oferecer, no campo dos meios de comunicação social, igualdade de oportunidades para que haja um oferecimento plural e diversificado de ideias e, assim, capacitar a livre formação da opinião pública:

A existência de diferentes empresas privadas de comunicação social é um valor em si mesmo e não apenas um instrumento ao serviço de uma ideia pré-definida de interesse público ou autonomia democrática. A presença de uma estrutura policêntrica de comunicação social constitui um resultado natural do livre exercício da liberdade de comunicação, para além de se representar como a forma mais adequada para assegurar a abertura comunicativa das diferentes esferas do sistema social²¹⁵.

Enfim, possibilitar ao indivíduo o acesso aos mais variados meios de informação, escolhendo dentre os oferecidos aquele ou aqueles que mais lhe aprouverem à sua evolução e, assim, à sua autonomia, significa o respeito e a obediência, por parte do Estado, ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

No tocante à propriedade dos meios de comunicação social, bem como a gestão das atividades e o estabelecimento do conteúdo da programação, a Constituição os reservou, privativamente, aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou ainda às pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no país.

²¹⁴ *Liberdade de expressão...*, p. 903.

²¹⁵ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 903.

Permite-se, assim, a participação de capital estrangeiro²¹⁶, todavia, limitado a trinta por cento do capital total e do capital votante das empresas de comunicação social. Tal fato vai ao encontro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tendo em vista que, ao restringir o acesso à propriedade dos órgãos de comunicação de massa por estrangeiros, impede-se que mencionados órgãos sirvam de instrumentos de defesa de interesses que não correspondam senão àqueles da sociedade brasileira²¹⁷.

Reforça-se a ideia acima pelo disposto nos parágrafos seguintes do mesmo dispositivo constitucional, onde se estabelece que a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social que, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverá obedecer aos princípios enunciados no artigo 221 da Carta²¹⁸.

Contudo, tais disposições decorreram da Emenda Constitucional n. 36, de 28 de maio de 2002, de modo que a redação original do artigo 222 da Constituição Federal de 1988 proibia a participação de pessoas jurídicas no controle acionário das referidas empresas, exceto a de partidos políticos ou a de sociedades cujo capital pertencesse exclusiva e nominalmente a brasileiros. Acrescia-se, ainda, que tais exceções apenas se efetuariam através de capital sem direito a voto e não poderiam exceder a trinta por cento do capital social. Percebe-se, assim, que a Constituição, em sua redação original não previa a possibilidade de ingresso de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Por fim, e distanciando-se das Constituições anteriores, a atual prevê a participação do Congresso Nacional nas outorgas e renovações de concessão, autorização ou permissão dos serviços de comunicação de massa.

²¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 222, parágrafo 1º.

²¹⁷ A participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão encontra-se disciplinada pela Lei nº. 10.610, de 20 de dezembro de 2002.

²¹⁸ V. nota 71, retro.

Sem embargo, ainda compete ao Poder Executivo outorgar e renovar as concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Entretanto, mencionados atos somente produzirão efeitos legais após a deliberação do Congresso Nacional²¹⁹ que apreciará o ato no prazo do artigo 64, §§ 2º e 4º da Carta, a ser contado do recebimento da mensagem e, a não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação, em consonância com o § 2º do artigo 223 da Constituição, de no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

Do acima exposto, denota-se um caráter mais republicano e democrático aos mencionados atos, haja vista minorarem-se as possibilidades de desvio de finalidade ou de eventuais ilegalidades a ocorrerem com a indevida concentração de poder em um Estado Democrático de Direito.

²¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 223, parágrafo 3º.

6. TELECOMUNICAÇÕES, RADIODIFUSÃO E ESPECTRO ELETROMAGNÉTICO

Tendo em vista o fato de o homem falar – característica que o diferencia do restante dos animais, sobretudo a necessidade imanente em comunicar-se, e assim considerar-se livre, autônomo, enfim, digno enquanto ser individuado, haja vista “(...) o <eu> só se reconhecer como <eu> quando se revê no <outro>”²²⁰, é que a liberdade de expressão erige-se à categoria de direito fundamental, assim como explanado no capítulo anterior.

A comunicação, assim, constitui “(...) uma necessidade básica do ser humano e caracteriza-se como um fenómeno relacional de transmissão de informações, que pressupõem a emissão ou exteriorização de uma mensagem para uma pessoa e sua recepção ou percepção por outra”²²¹.

Naturalmente a comunicação se perfaz entre, no mínimo dois interlocutores e por intermédio de meios naturais, ou seja, sem o auxílio de mecanismos artificiais que transportem a informação, restando, por consequência, a necessidade de proximidade física entre o emissor e o receptor da mensagem a ser comunicada.

Contudo, as necessidades evoluem ao mesmo passo do crescimento das civilizações. A busca pela informação, e assim pelo conhecimento, em tempo real se faz presente desde a captura da informação pelo simples motivo de, por si só, obtê-la, até por questões macroeconômicas ou de política externa. Constatada a crescente e constante evolução de novas tecnologias que possibilitam pessoas comunicarem-se a longa distância, e assim adquirirem cada vez mais

²²⁰ José Francisco de Faria COSTA, *O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação*. In: José Francisco de Faria COSTA, *Direito penal da comunicação: alguns escritos*, p. 39-40.

²²¹ Ana Mercedes da Silva Claro OUBIÑA, *As telecomunicações, a vida privada e o direito penal*. In: Manuel da Costa ANDRADE; Rita Castanheira NEVES, *Direito penal hoje: novos desafios e novas respostas*, p. 11.

conhecimento em um menor lapso temporal possível, surge um novo modelo de sociedade, denominada sociedade da informação.

Nesse ínterim, onde a distância consubstancia-se em uma barreira à comunicação direta e imediata, a obstar a efetivação do direito fundamental de expressar-se livremente, bem como do seu corolário direito de informação – em consonância com o exarado no capítulo anterior, originam-se as telecomunicações, meios de comunicação social que têm por finalidade diminuir, ou mesmo extinguir, mencionados obstáculos por intermédio de suportes técnicos sem, contudo, afastar as características da comunicação realizada por meios naturais.

6.1 As telecomunicações

Telecomunicação, na definição oferecida por J.C. Mariense Escobar, é a “(...) comunicação à distância, realizada por processo *eletromagnético*, que consiste na utilização das propriedades do campo eletromagnético para a geração de sinais de comunicação”²²².

Para o mesmo autor, serviço de telecomunicações “(...) é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, para o qual concorre um multiplicidade de operações técnicas e de equipamentos empregados exclusivamente na viabilização da comunicação à distancia”²²³.

Ainda, a atual lei que disciplina a organização dos serviços de telecomunicações, Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, denominada Lei Geral de Telecomunicações – LGT, a define como “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de

²²² *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*, p. 13.

²²³ *Ibidem*, p. 14.

símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”²²⁴.

Nesse sentido, e em consonância com as definições supra, pode-se afirmar que constituem serviços de telecomunicações todos aqueles tendentes a possibilitar a comunicação entre seres humanos, ainda que esta se dê à distância, de modo que, por exemplo, a telefonia, fixa ou móvel, a radiodifusão de sons – rádio, bem como a radiodifusão de sons e imagens – televisão, neles estão contidos. Telecomunicação, assim, constitui o gênero do qual se apresenta como espécie a radiodifusão – esta, subespécie da radiocomunicação. Ressalta-se que tal espécie será abordada com maior profundidade adiante.

Embora os serviços de radiodifusão sejam objeto de análise posterior, adianta-se que o fator que diferencial entre estes e os serviços de telecomunicações reside no fato de que, enquanto estes possuem destinatários, ou receptores, preestabelecidos, os primeiros se caracterizam pela livre difusão dos sinais ao público em geral.

Os serviços de telecomunicações, entendidos estes como “(...) o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, para o qual concorre uma multiplicidade de operações técnicas e de equipamentos empregados exclusivamente na viabilização da comunicação à distância”²²⁵, são regidos, em suma, pela Lei Geral de Telecomunicações, que dispõe sobre a organização dos serviços em comento, a criação de um órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995, além de outros aspectos institucionais.

Podem ser citados, a título exemplificativo, como serviços de telecomunicações, os serviços de telefonia fixa ou telefonia móvel celular, bem como o de televisão por assinatura, via cabo ou via satélite.

Dentre os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações consta de forma expressa a liberdade de escolha de sua prestadora de serviço²²⁶.

²²⁴ Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, artigo 60, parágrafo 1º.

²²⁵ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 14.

²²⁶ Lei Geral de Telecomunicações, artigo 3º, inciso II.

Tal disposição legal vai ao encontro do conteúdo normativo da liberdade de expressão, notadamente no que diz respeito ao direito de se informar, fortalecendo a garantia de uma opinião pública autônoma, enfim, dando efetividade aos fundamentos democráticos norteadores do Estado brasileiro.

A Anatel configura entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada, porém não subordinada, ao Ministério das Comunicações, tendo sede no Distrito Federal.

Compete à Agência a outorga, mediante concessão ou permissão nos serviços prestados em regime público ou autorização, no caso de serviços prestados em regime privado, a extinção, bem como a aplicação de sanções aos serviços de telecomunicações.

Prevê o artigo 183 da LGT o crime de desenvolvimento clandestino de serviços de telecomunicações, para o qual se estabelece a pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A aplicação do referido dispositivo encontra dissonância interpretativa naquilo que diz respeito à sua aplicação ao desenvolvimento clandestino de serviços de radiodifusão. Por um lado, seria aplicável, haja vista o entendimento de que tais serviços constituem espécies do gênero telecomunicações. Por outro, defende-se a sua não aplicação, haja vista existir outro regramento jurídico – Código Brasileiro de Telecomunicações, a contemplar referida conduta. Os serviços de radiodifusão, bem como seu regramento jurídico serão abordados adiante.

Configuram, pois, as telecomunicações, um terceiro personagem na relação comunicacional, encarregado de transportar a informação originada do emissor e destinada ao receptor, via eletrodifusão²²⁷. Nesse sentido, Marcos Alberto

²²⁷ “Eletrodifusão é a aplicação da eletricidade nas transmissões à distância, por meio de ondas hertzianas, como no caso da radiotelefonia e da radiodifusão”, Enéas Machado de ASSIS, *O universo das comunicações humanas: comunicações primitivas, imprensa, radiofusão, a conquista do espaço*, p. 80.

Sant'Anna Bitelli assevera que “Quanto maior a capacidade de transmissão e portabilidade, maior é a difusão dos conhecimentos acumulados”²²⁸.

Revela-se, assim, a estrita correlação entre as telecomunicações e o fundamento da dignidade da pessoa humana, de modo que, assim como analisado anteriormente, o indivíduo, considerado um ser social, tão somente galgará sua autodeterminação ante a quantidade de informações recebidas, selecionando, dentre todas, aquelas que qualitativamente conformarão sua identidade perante a sociedade. E, inegavelmente, quanto maior o número de informações recebidas, mais facilmente evoluirá enquanto indivíduo.

Todavia, para que as telecomunicações sejam levadas a cabo, com o máximo de efetividade, possibilitando, dessa forma, que as comunicações realizadas à distância, notadamente no plano internacional, se aproximem da comunicação direta e natural, os Estados devem integrar alguns órgãos internacionais reguladores do setor.

6.1.1 Os mecanismos internacionais de proteção às telecomunicações

Embasado constitucionalmente em suas relações internacionais, dentre outros, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade²²⁹, o República Federativa do Brasil integra algumas organizações no tocante a questões relativas às telecomunicações.

Sobre a importância do Direito Internacional naquilo que diz respeito à problemática inerente às necessidades, bem como aos obstáculos suportados pelas comunicações, e assim à liberdade de expressão, em um mundo globalizado, Jónatas Eduardo Mendes Machado aduz:

²²⁸ *O direito da comunicação e da comunicação social*, p. 83.

²²⁹ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 4º, inciso IX.

Do ponto de vista tecnológico, o problema da comunicação é hoje um exemplo paradigmático do fenómeno da globalização, colocando a questão da liberdade de expressão em sentido amplo no centro do direito internacional público substantivo²³⁰.

A seguir, serão analisados alguns desses órgãos, ou mecanismos de proteção conferidos às telecomunicações, dentre os quais o Brasil integra, bem como seus âmbitos de atuação.

Sucessora da União Telegráfica Internacional, composta por diversos países da Europa, pela qual os Estados membros pretendiam que seus circuitos telegráficos ultrapassassem as fronteiras de seus respectivos territórios, atingindo Estados localizados a longas distâncias, e “(...) ante a necessidade de ordenar e administrar a utilização das frequências radioelétricas utilizadas pela radiocomunicação e radiodifusão (...)”²³¹, é fundada, em 1932, mediante o Tratado de Madri, a União Internacional de Telecomunicações – UIT.

Sediada em Genebra, Suíça, a UIT consubstancia-se no “(...) órgão responsável pelo estabelecimento de normas e padrões em telecomunicações e radiodifusão, em todo mundo”²³², tendo como objetivos a cooperação internacional tendente ao desenvolvimento das telecomunicações, oferecendo assistência técnica aos países menos desenvolvidos, efetuar a distribuição de frequências do espectro radioelétrico, bem como manter um arquivo centralizado de todas as frequências utilizadas no planeta, a fim de que possam ser protegidas internacionalmente.

A importância da UIT para as telecomunicações reside no fato de que ela é a entidade internacional responsável pela administração das “(...) frequências radioelétricas e da posição orbital dos satélites de comunicações, de

²³⁰ *Liberdade de expressão...*, p. 310.

²³¹ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 32-33.

²³² *Ibidem*, mesma página.

forma a conseguir uma utilização racional, eficiente e económica destes recursos escassos pelos diferentes serviços (...)”²³³.

Possui a UIT carácter vinculante, de modo que obriga todos os seus membros adotarem suas convenções, tais como o Regulamento Telefónico, Regulamento de Radiocomunicações e o Regulamento Telegráfico.

Outro mecanismo internacional de proteção às telecomunicações reside na Organização Internacional de Telecomunicações por Satélite – INTELSAT.

Com o lançamento, pela Rússia, em 1957, do primeiro satélite artificial a permanecer em órbita da Terra, o *Sputnik 1*, bem como, um ano após, pelos Estados Unidos, do *Explorer 1*, nasceram as telecomunicações via satélite, exigindo-se, portanto, destinar uma parcela do espectro radioelétrico às faixas de frequências a serem utilizadas para o novo segmento.

Para tanto, no ano de 1964, criou-se um consórcio internacional, em um primeiro momento composto pelos Estados Unidos e mais dez Estados, denominado *International Telecommunications Satellite Consortium* – INTELSAT, destinado a regular, “(...) planejar, executar e controlar um sistema global de comunicações por satélite (...)”²³⁴.

A INTELSAT é a única organização de gestão das telecomunicações via satélite em escala mundial e tem sede em Washington, Estados Unidos. Cumpre mencionar que a organização INTELSAT não pode furtar-se às deliberações da União Internacional de Telecomunicações – UIT.

Por fim, e novamente consigna-se o fato de que os mecanismos de proteção às telecomunicações aqui expostos não encerram a totalidade, mas aqueles que possuem maior relevância para os objetivos deste trabalho, encontra-se a Comissão Interamericana de Telecomunicações – CITEL, integrante do sistema de cooperação internacional de âmbito regional, notadamente no plano dos Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA.

²³³ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 315.

²³⁴ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 34.

Constituída em 1965, a CITEL tem como objetivos, assim como os declarados pela UIT, a promoção de assistência técnica em conformidade com os interesses dos Estados integrantes, “(...) propugnando pelo aperfeiçoamento e harmonização dos procedimentos administrativos, financeiros e operacionais para o planejamento, instalação, melhoria, manutenção e operação das redes de telecomunicações dos Estados-Membros”²³⁵.

6.2 As telecomunicações no Brasil: um breve esboço histórico²³⁶

De cunho eminentemente noticioso, o presente item tem por escopo estabelecer uma linha cronológica dos principais eventos ligados às telecomunicações em solo brasileiro. Verifica-se como possível, ante a pesquisa realizada, efetuar-la, também, em termos internacionais. Contudo, opta-se pela primeira via, haja vista, do contrário, o trabalho perder seu foco principal, bem como, eventualmente, tornar-se deveras maçante.

1852 – Ligação telegráfica de D. Pedro II (palácio) ao Exército, em São Cristóvão.

1852 – Brasil passa de telégrafo semafórico para telégrafo elétrico.

1855 – Telégrafo entre Rio de Janeiro e Petrópolis.

1873 – Ingleses ganham 99 anos de concessão para cabos telegráficos no Brasil.

1876 – D. Pedro II vê o telefone de Bell na Exposição de Filadélfia.

²³⁵ Ibidem, p. 35.

²³⁶ Fontes: *Telebrasil 30 anos de sucesso e realizações*, p. 106-115 ; Ethevaldo SIQUEIRA, *Revolução digital: história e tecnologia no século 20*, p. 344-345.

1877 – 1º telefone no Brasil, no Rio, entre casa comercial e bombeiros.

1879 – 1ª concessão telefônica no Brasil.

1881 – Após decisão do Conselho de Estado, era concedida à “Telephone Company do Brasil”, através do Decreto nº. 8065, de 17 de abril de 1881, a permissão para “fazer negócio de construir e fazer trabalhar linhas telephonicas da cidade do Rio de Janeiro e seus subúrbios e na cidade de Nichteroy, no Império do Brasil, que serão postas em comunicação com a dita capital por um cabo submarino...”. Esta empresa foi, portanto, a primeira a explorar os serviços de telefonia no Brasil com fins comerciais.

1885 – Telefones no Rio (1.700), Bahia (245) e Recife (275 assinantes).

1890 – Outorgada concessão para implantação da primeira linha telefônica interurbana no País, entre Rio de Janeiro e São Paulo, ficando autorizado o concessionário, a empresa alemã Brasilianische Elektrizitäts Gesellschaft, a instalar centrais telefônicas nas cidades terminais. Em 1912, essa empresa foi incorporada no Canadá à Brazilian Traction Light & Power.

1893 – O padre e cientista brasileiro Roberto Landell de Moura realizou a primeira transmissão falada, sem fios, por ondas eletromagnéticas. Sua experiência mais importante – praticamente desconhecida do mundo – foi em São Paulo, quando transmitiu por telegrafia sem fio do alto da Avenida Paulista para o alto de Sant’Anna. Todos os equipamentos usados foram inventados pelo próprio Landell de Moura, com patentes registradas no Brasil em 9 de março de 1901.

1894 – Cândido Rondon estende linhas telegráficas até o Acre.

1899 – No Brasil, telefonia passa de controle alemão para norte-americano.

1904 – Padre Landell de Moura patenteia transmissor de ondas, do telefone sem fio e do telégrafo sem fio nos EUA.

- 1909** – 1ª linha telefônica interurbana no Brasil (Rio-Petrópolis).
- 1913** – 1º rádio oscilado a válvula, de Alexander Meissener.
- 1914** – Instalação da 1ª estação radiotelegráfica, no Rio de Janeiro.
- 1914** – Concessão de radiocomunicações para os franceses no Brasil.
- 1917** – A União passa a deter o telégrafo nacional (DCT).
- 1917** – Disputa no Brasil entre americanos (All America) e ingleses (Western).
- 1919** – Concessão brasileira de radiocomunicações para os norte-americanos.
- 1922** – 1ª transmissão oficial radiofônica, no alto do Corcovado (RJ).
- 1923** – 1ª estação de rádio na Praia Vermelha, no Rio de Janeiro.
- 1923** – A subsidiária brasileira da Brazilian Traction passou a denominar-se Companhia Telephonica Brasileira (CTB).
- 1926** – 1º radiotransmissor de ondas curtas (RJ), da multinacional Radiobras.
- 1929** – 1ª estação de telefonia automática no Brasil (RJ).
- 1930** – Concessão brasileira de radiocomunicação, para a ITT.
- 1931** – Nasce o Departamento de Correio e Telégrafos – DCT.
- 1931** – Nasce a fábrica de material de telecomunicações do Exército (RJ).
- 1935** – Brasil, Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai e Uruguai assinam tratado de cooperação técnica em radiodifusão.

1935 – A Rádio Jornal do Brasil, do Rio de Janeiro, cria vários programas de notícias.

1936 – Criação da Rádio Nacional.

1941 – Surge o Repórter Esso, criado pela Radio Nacional, durante a II Guerra Mundial. O programa ficou no ar até 1968.

1946 – Surge a fabricação de válvulas termiônicas, no Rio de Janeiro.

1949 – Experiência de tevê em Juiz de Fora, Minas Gerais.

1950 – 1ª radiodifusora de tevê no Brasil (Tupi – Canal 6).

1954 – Surge em Uberlândia (MG) a Companhia de Telefones do Brasil Central.

1955 – 1ª ligação por cabo coaxial (alta capacidade) entre Rio de Janeiro e Petrópolis.

1957 – Estabelecida a primeira instalação telefônica interurbana através de enlaces por microondas no Brasil entre o Rio de Janeiro e São Paulo. No mesmo ano, foi inventado o transistor, que, substituindo as antigas válvulas, permitiu que os equipamentos de telecomunicações fossem modernizados e diminuíssem de tamanho.

1958 – Inauguração da discagem direta à distância (DDD).

1960 – Inauguração de Brasília, ligada por microondas ao Rio de Janeiro.

1961 – Governo da Guanabara intervém e cria operadora (Cetel).

1962 – Brasil, um dos cinco primeiros países a falar via satélite no mundo.

1962 – Brasil em projeto da Nasa com estação de satélites, em Jacarepaguá (RJ).

1962 – Promulgação no Brasil da Lei 4.117 ou Código Brasileiro de Telecomunicações.

1964 – Criado o Serviço Nacional de Processamento de Dados (Serpro).

1964 – EUA criam o consórcio Intelsat, do qual o Brasil participa.

1965 – Criado o Centro de Estudos de Telecomunicações Cetuc-RJ, na PUC-Rio.

1965 – Nasce a Embratel no Brasil para comunicações de longa distância.

1966 – União adquire controle e acervo da CTB, maior operadora de telefonia.

1967 – Nasce o Ministério das Comunicações, no Brasil.

1969 – DCT (de 1931) vira ECT (economia mista), subordinada ao Minicom.

1969 – Brasil se integra por satélite ao resto do mundo, via Embratel.

1971 – Cia. Telefônica Nacional de Espanha e Embratel iniciam cabo Brasil-Canárias.

1972 – Criada a holding estatal Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás).

1972 – 1ª transmissão de tevê em cores no Brasil.

1973 – Concessão de 99 anos da Western inglesa não é renovada no Brasil.

- 1974** – Criada a Cobra, para fabricação de computadores nacionais.
- 1975** – Estabelecida política industrial brasileira para telecomunicações.
- 1975** – Ministério das Comunicações quer fabricantes nacionalizados.
- 1976** – Serpro faz transmissão de dados.
- 1976** – Telebrás cria o Centro de Pesquisas e Desenvolvimento (CPqD).
- 1977** – CPqD cria grupo de pesquisa para fibra óptica.
- 1978** – Ocorre a nacionalização da indústria de Telecomunicações sediada no País.
- 1978** – Embratel planeja serviços de transmissão de dados.
- 1982** – Projeto Sicom do CPqD e Unicamp é precursor de centrais digitais.
- 1984** – Teste de campo da central eletrônica digital brasileira Trópico.
- 1984** – No Rio de Janeiro, primeiros cabos de fibra óptica.
- 1985** – Primeiro satélite Brasilsat A-1 para uso doméstico, da Embratel.
- 1988** – Telebrás utiliza rádio digital desenvolvido no CPqD.
- 1990** – 1º sistema analógico de telefonia móvel celular, no Rio de Janeiro.

1990 – Criada a Rede Bandeirantes de Rádio, a primeira do Brasil a operar via satélite com 70 emisoras FM e 60 AM em mais de 80 regiões do País.

1991 – Implantada a tevê por assinatura no Brasil.

1993 – 1º enlace interurbano de fibra óptica entre Rio de Janeiro e São Paulo.

1995 – Emenda Constitucional nº. 8 retira, no Brasil, o monopólio estatal das Telecomunicações.

1996 – Brasil usa satélites na Banda Ku para televisão direct to home.

1996 – Lei nº. 9.295 abre serviços celulares para a iniciativa privada.

1997 – Lei nº. 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações) substitui o Código de 1962.

1997 – Introdução no Brasil da telefonia móvel celular de 2ª geração (digital).

1997 – Criada a Agencia Reguladora das Telecomunicações (Anatel).

1997 – Leiloado espectro para serviço móvel celular privado.

1998 – Sistema Telebrás repartido em quatro pedaços, em leilão no Rio de Janeiro.

1999 – Início no Brasil da transmissão de dados em banda larga.

2006 – O Brasil escolhe um sistema híbrido de TV digital baseado no padrão japonês. O sistema adota o nome de International Standard for Digital Broadcasting (ISDB).

2007- Data prevista para o início das transmissões regulares de TV Digital em São Paulo.

6.3 A radiodifusão

Por radiocomunicação entende-se a telecomunicação entre pontos distantes, assim a distanciar-se do conceito de comunicação direta, por intermédio de ondas eletromagnéticas irradiadas através do espaço. Neste conceito estão inseridos os de radiotelegrafia, radiotelefonia, bem como o de radiodifusão – tema objeto de análise deste item.

Tem-se, pois, em consonância com o aduzido anteriormente, que radiocomunicação encerra espécie do gênero telecomunicações, e comporta como subespécie, a radiodifusão.

Radiodifusão, a seu turno, “(...) é a telecomunicação que utiliza frequências não confinadas a fios, cabos ou outros meios físicos”²³⁷, englobando os serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de radiodifusão de sons e imagens (televisão).

O fator diferencial deste tipo de serviço para os demais serviços de telecomunicações reside na peculiaridade de que este é destinado ao recebimento direto e livremente ao público em geral. Ou seja, as ondas emitidas não possuem destino predeterminado, basta ao indivíduo possuir um aparelho, receptor das frequências continuamente presentes no espaço, de rádio ou de televisão.

Contudo, duas características essenciais ao reconhecimento dos serviços de radiodifusão foram postas: a radiocomunicação realizada com a

²³⁷ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 26.

ausência de meios físicos, ou seja, não confinada a fios ou cabos, bem como a difusão para o público em geral.

Todavia, “A primeira das duas ideias tem vindo gradualmente a perder força definitiva, na medida em que a comunicação tem procurado outras vias eletromagnéticas, para além do espectro radioelétrico propriamente dito”²³⁸, haja vista a convergência tecnológica requerida pelo avanço da mesma, bem como pelas necessidades individuais, sempre em constante evolução.

Nesse sentido, a radiodifusão comporta os serviços de rádio e televisão abertas, não se incluindo, portanto, neste conceito, a televisão por assinatura – via satélite ou cabo, ou a rádio via internet²³⁹, que possuem receptores previamente definidos.

A primeira legislação a regular a radiodifusão foi a Lei nº. 4.117, de 27 de agosto de 1962, denominada Código Brasileiro de Telecomunicações, de modo que se encontra vigente, e em vigor, até o presente, haja vista a disposição do artigo 215 da Lei nº. 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, que revoga a primeira, “(...) salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão”.

Nesse ínterim, prevê o artigo 70, da Lei de 1962, que “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem a observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos”.

Incumbe ao Poder Executivo, no âmbito de atuação do Ministério das Comunicações, a outorga dos serviços de radiodifusão, em consonância com o disposto no artigo 211 da Lei Geral de Telecomunicações, não havendo exclusividade para tanto, de modo que “Tanto as concessões quanto as permissões

²³⁸ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 601.

²³⁹ A internet, nos dias atuais, não configura, ao menos, serviço de telecomunicações, a necessitar de regulamentação específica. Em consonância com o artigo 61 da Lei nº. 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, a internet consubstancia-se em serviço de valor adicionado, que “(...) não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com direitos e deveres inerentes a essa condição”, sendo definido como “(...) a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”

se restringem ao uso da frequência, com a potência do horário e em locais determinados²⁴⁰.

6.3.1 Radiofusão comunitária

Instituído pela Lei nº. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, e regulamentado pelo Decreto nº. 2.615, de 03 de junho do mesmo ano, encontra-se o serviço de radiodifusão comunitária, que consiste na “(...) radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço”²⁴¹.

Deduz-se da definição legal supra as seguintes características: em primeiríssimo lugar diferencia-se este tipo de serviço daquele prestado por rádios comerciais, ou seja, tem-se por finalidade, única e exclusivamente, o atendimento à comunidade beneficiada, restringindo-se a publicidade nela veiculada às estritas necessidades da comunidade, bairro ou vila por ela abrangidos, tendo como finalidade, em concordância com o disposto no artigo 3º:

(...)

I - dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade;

II – oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;

III – prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;

²⁴⁰ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 121.

²⁴¹ Lei nº. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, artigo 1º.

IV – contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente;

V – permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.

Cabe ao Ministério das Comunicações expedir a autorização para a prestação do serviço, que tem validade de 10 (dez) anos, permitida a renovação por igual período. Constitui requisito para a autorização o fato de que a entidade pleiteante não seja prestadora de qualquer outra modalidade de serviço da radiodifusão, ou de serviço de distribuição de sinais de televisão mediante assinatura²⁴², competindo ao Poder Concedente designar, em nível nacional, um único e específico canal na faixa de frequência do serviço de radiodifusão sonora em frequência modulada²⁴³.

Por baixa frequência exigida, entende-se que a potência irradiada pela emissora deve ser igual ou inferior a 25 watts, devendo a cobertura se restringir a um área de raio igual ou inferior a 1.000 metros, a partir da antena transmissora. Ressalta-se o fato de que existem comunidades carentes, e não são poucas, dadas as condições sócio-econômicas atuais, cujas localizações geográficas abrangem um raio excedente àquele previsto em lei, fato que, porventura, devesse sugerir alteração na legislação vigente, tudo a conformar o direito fundamental de livre expressão.

Assevera-se que as penalidades aplicáveis em decorrência das infrações cometidas constituem-se em advertência, multa e revogação da autorização, caso se verifique a reincidência²⁴⁴.

Entretanto, há de se estabelecer uma diferenciação entre rádio comunitária e rádio clandestina, de modo que o *caput* artigo 21 da Lei que regulamenta as rádios comunitárias refere-se às emissoras do serviço em apreço. Dessa forma, pressupõe-se que tais emissoras sejam aquelas que receberam

²⁴² Lei n°. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, artigo 10, parágrafo único.

²⁴³ Lei n°. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, artigo 5°.

²⁴⁴ Lei n°. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, artigo 21, parágrafo único.

autorização do Poder Concedente para tanto. Caso contrário, verificar-se-á a clandestinidade do serviço de fato executado, não se aplicando mencionadas sanções. Como consequência, aplica-se o disposto no artigo 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº. 4.117/62. Tal assertiva encontra fundamento legal no artigo 2º da Lei de Radiodifusão Comunitária, pelo qual “O serviço de radiodifusão comunitária obedecerá ao disposto no artigo 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962, e demais disposições legais”.

Por outra via, tramita no Congresso Nacional um projeto de Lei nº. 4.573/09 que, dentre outras providências, revoga o supracitado artigo 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações e acrescenta um parágrafo ao artigo 183 da Lei Geral de Telecomunicações dando conta de que o crime referido naquele dispositivo não se aplica à radiodifusão.

Decorre, portanto, o entendimento, segundo as disposições acima, de que restaria descriminalizada a conduta de exercício clandestino dos serviços de radiodifusão, a configurar crime, tão somente a conduta de expor a perigo, mediante operação de estação de serviços de radiodifusão, a segurança de serviços de telecomunicações de emergência, de segurança pública ou de fins exclusivamente militares, ou, ainda, o funcionamento de equipamentos médico-hospitalares²⁴⁵.

De suma importância à manutenção do regime democrático a liberdade de radiodifusão, consoante as razões expostas no capítulo anterior, notadamente no que diz respeito à liberdade de expressão e seu corolário inerente ao objeto deste trabalho, direito de informação. Fomenta-se o pluralismo político, essencial à democracia.

Embora tais serviços constituam objeto de outorga do poder público, mediante concessão, autorização ou permissão, verdadeiro se faz notar que os serviços de radiodifusão constituem meios de comunicação de massa, e por assim serem, estão vinculados aos princípios constitucionais norteadores da liberdade de expressão, declinados no capítulo anterior. Nesse sentido:

²⁴⁵ Relação das condutas típicas a configurarem o crime de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo, em consonância com o acréscimo do parágrafo 1-A ao artigo 261 do Código Penal brasileiro, também matéria constante do projeto de Lei nº. 4.573/09.

À semelhança do que sucede com os livros, os jornais e as revistas, entre outros meios de comunicação, a rádio e a televisão contribuem para a conformação da esfera pública de discussão, valendo em relação a elas muitos dos princípios e regras que regem a expressão individual, a actividade jornalística ou a imprensa escrita, sem prejuízo de existirem diferenciações jurídicas decorrentes das especificidades dos diferentes meios de comunicação em presença²⁴⁶.

Ou ainda, na mesma linha de pensamento:

A liberdade de radiodifusão encontra-se intimamente relacionada com a edificação de uma *sociedade democrática aberta*, com a *difusão pluralística do poder* e com a *protecção de um perímetro de livre iniciativa individual e colectiva* na dinamização dos vários subsistemas de acção social²⁴⁷.

Sem sombras de dúvidas a rádio e a televisão contribuem em muito para que o indivíduo, ao obter informações qualitativa e quantitativamente diversas, evolua como tal, atingindo sua autodeterminação, enfim, sua dignidade, primado do Estado Democrático de Direito.

6.4 O espectro de radiofrequências

Analizados os conceitos, a abrangência e os serviços ofertados tanto pela telecomunicação quanto pela radiodifusão, resta caracterizar um último aspecto relativo à exploração dos serviços em comento, o espectro de radiofrequências.

²⁴⁶ Jónatas Eduardo Mendes MACHADO, *Liberdade de expressão...*, p. 599.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 613.

Tendo em vista que as ondas radioelétricas²⁴⁸, também denominadas ondas hertzianas²⁴⁹, “(...) se produzem quando uma corrente alternada de altíssima frequência²⁵⁰ percorre um condutor”²⁵¹, e ainda que elas se irradiam através do espaço, natural concluir-se que o espectro de radiofrequências configura meio físico por onde as ondas eletromagnéticas, responsáveis pela comunicação entre as pessoas, se transportam.

Do acima exposto decorre o fato de que apenas os serviços de telecomunicações que utilizem o meio eletromagnético, ou seja, meio não confinado a fios ou cabos, são sujeitos à autorização de uso do espectro de radiofrequências, tais como os serviços de radiodifusão – radiodifusão sonora e radiodifusão de sons e imagens, bem com os serviços de telecomunicação móvel – celular ou serviço de televisão por assinatura.

Em consonância com o disposto no artigo 4º, inciso XXI, da Resolução nº. 259, de 19 de abril de 2001, que aprova o Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências, este é considerado bem público, de fruição limitada, cujo uso é administrado pela Anatel, que corresponde a uma parte do espectro eletromagnético abaixo de 3000GHz, que se propaga no espaço sem guia artificial e que é, do ponto de vista do conhecimento tecnológico atual, passível de uso por sistemas de radiocomunicação.

Da definição supra decorrem algumas considerações. Em um primeiro plano constata-se a competência da Anatel em administrar e autorizar a utilização do espectro radioelétrico, independente do serviço a ser explorado configurar telecomunicação ou radiodifusão. Tal competência encontra-se prevista no artigo 157 e seguintes da Lei Geral de Telecomunicações, bem como no artigo 7º e seguintes da citada Resolução nº. 259/01, que regulamenta o uso do espectro de radiofrequências. Ressalta-se que independem da mencionada outorga o uso de

²⁴⁸ Ondas radioelétricas são ondas eletromagnéticas de frequência abaixo de 3000GHz.

²⁴⁹ Nomenclatura conferida em homenagem ao físico alemão Heinrich Rudolf Hertz, quem primeiro demonstrou experimentalmente a propagação das alterações eletromagnéticas, em 1887.

²⁵⁰ “Frequência é o número de vibrações ou ciclos, em uma unidade de tempo, nos movimentos harmônicos. É o número de vezes que uma corrente alterna cada segundo, em ciclos completos”. J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 27.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

radiofrequência por meio de equipamento de radiação restrita ou o uso, pelas Forças Armadas, nas faixas destinadas a fins exclusivamente militares²⁵².

A autorização de uso do espectro de radiofrequências é ato administrativo vinculado, de modo que depende da prévia outorga do serviço a ser explorado. Possui, assim, o mesmo prazo de vigência da concessão ou permissão de prestação de serviço à qual esteja vinculada.

O caráter público do espectro de radiofrequências denota ser ele um bem jurídico que, “(...) dada a sua relevância social foi regulado com maior intensidade pelo Estado, ao ponto de ser considerado um bem público (...)”²⁵³. Daí deriva o fato de o espectro não ser passível de propriedade particular e, em sendo assim, o Estado resta autorizado a restringir seu uso.

A restrição do uso do espectro de radiofrequências por parte do Estado está intimamente ligada a outra característica decorrente da definição legal apresentada, qual seja, constituir ele um bem limitado.

Dado o caráter público do espectro de radiofrequências, é exigido daquele que obteve a outorga do serviço, iniciá-lo, efetivamente, em prazo estabelecido por lei. Verificado o caráter vinculativo da outorga de uso do espectro à outorga do serviço, torna-se obrigação do outorgado iniciar a execução do serviço no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses²⁵⁴, sob pena de cassação da outorga do serviço a ser explorado²⁵⁵.

No tocante aos serviços de telecomunicações em sentido estrito – aqueles não destinados à recepção do público em geral, mas que necessitam da outorga de uso do espectro de radiofrequência à exploração, cada legislação específica prescreve um prazo máximo de início de execução, assim como declinado aos serviços de radiodifusão. Todavia, em caráter geral, estabelece o parágrafo único do artigo 139 da Lei Geral de Telecomunicações que “Importará em

²⁵² Lei Geral de Telecomunicações, artigo 163, parágrafo 2º.

²⁵³ Agapito MACHADO e Agapito MACHADO JR, *Aspectos cíveis e criminais na radiodifusão e telecomunicações*, p. 94.

²⁵⁴ Decreto nº. 52.795, de 31 de outubro de 1963, artigo 36. Reprisa-se o fato de que o Código Brasileiro de Telecomunicações encontra-se vigente por força do artigo 215 da Lei Geral de Telecomunicações, de 1997. Mencionado Decreto aprova o Regulamento dos Serviços de Radiodifusão.

²⁵⁵ Decreto nº. 52.795, de 31 de outubro de 1963, artigo 133.

cassação da autorização do serviço a extinção da autorização de uso da radiofrequência respectiva”.

A escassez do espectro de radiofrequências obriga os Estados a instituírem planos de distribuição e destinação das faixas de frequências, cada qual dirigida a uma necessidade específica, ou seja, a um serviço ou atividade de telecomunicação, considerando “(...) o emprego racional e econômico do espectro, bem como as consignações existentes, objetivando evitar interferências prejudiciais”²⁵⁶.

Se, por um lado, a disputa por “espaço” no mercado de trabalho tende a selecionar os profissionais mais preparados ou aqueles que a ele se adaptem da melhor forma, observado o fundamento constitucional da livre iniciativa, o exercício de um serviço ou a utilização de um bem público devem submeter-se, naturalmente, a regras previamente estabelecidas pelo Estado, tais como a licitação, a concessão, a permissão ou a autorização, sempre se respeitando o princípio da igualdade de oportunidades, consectário do Estado Democrático de Direito, não havendo se falar, portanto, em violação, ou melhor, restrição, ao direito fundamental à liberdade de expressão.

6.5 A Emenda Constitucional Número 08, de 1995

Questão debatida de forma intensa na doutrina reside no fato de se estabelecer se os serviços de telecomunicações e os serviços de radiodifusão encerram serviços distintos e autônomos, ou se estes se identificam como espécies daqueles.

O texto original da Constituição Federal de 1988, promulgada no dia 05 de outubro daquele ano, previa, em seu artigo 21, inciso XII, alínea “a”, que

²⁵⁶ J.C. Mariense ESCOBAR, *Serviços de telecomunicações...*, p. 27-28.

competia à União *explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações*. A interpretação de tal dispositivo constitucional não poderia ser outra senão aquela pelo qual os serviços de radiodifusão (rádio e televisão) constituíam serviços de telecomunicações.

Contudo, a Emenda Constitucional nº. 08, de 15 de agosto de 1995, alterou o panorama supra declinado, estabelecendo em dispositivos próprios o tanto quanto se segue:

Artigo 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

A partir-se do entendimento pelo qual a lei, máxime a Constituição, não contém palavras inúteis, cristalino resta que a unidade conceitual prevista no texto original da Carta não deva mais prosperar²⁵⁷.

Ousa-se, todavia, discordar do posicionamento acima declinado. Embora a Constituição preveja, em momentos diversos, dois tipos de serviços, aparentemente conflitantes, não se verifica óbice algum à atividade legislativa infraconstitucional em associar, em uma única definição, conceitos análogos que justifiquem um tratamento conjunto. Ressalva-se que o entendimento retro tão somente deva prosperar caso não gere violação à diretiva constitucional.

²⁵⁷ Agapito MACHADO e Agapito MACHADO JR, *Aspectos cíveis e criminais na radiodifusão e telecomunicações*, p. 19-20.

Certo é que a Constituição não define o que seja telecomunicação nem radiodifusão, declinando, apenas, que à União, direta ou indiretamente, cabe explorar tanto um quanto outro.

Adverte-se que a Lei Geral de Telecomunicações, alhures analisada, fora editada posteriormente à Emenda Constitucional nº. 08 e, novamente, em seu artigo 60, parágrafo 1º, conceitua como telecomunicação “(...) a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Resta inequívoco, portanto, que os serviços de radiodifusão encontram-se disciplinados no bojo da conceituação de telecomunicações.

A comentada Lei Geral de Telecomunicações, que criou o órgão regulador dos serviços de telecomunicações, em estrito cumprimento ao mandado constitucional emanado da Emenda Constitucional nº. 08, embora cuide de assuntos relativos a esse tipo de serviço, contém, outrossim, dispositivos inerentes à radiodifusão, tais como as atribuições, incumbidas à Agência Reguladora, relativas a destinação de faixas da radiofrequência aos serviços de radiodifusão²⁵⁸, bem como a fiscalização quantos aos aspectos técnicos das estações de radiodifusão²⁵⁹.

Mister se faz ter em conta que a referida Emenda Constitucional teve como objetivo primordial por fim ao modelo vigente até a promulgação da Carta de 1988, quando o Estado passa da figura de interventor para a de regulador, a obedecer, assim, aos fundamentos dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, finalizando, dessa forma, o monopólio das telecomunicações, por parte do Estado (Embratel e Telebrás), até então vigente.

Há de se ressaltar, por oportuno, que a questão enfrentada é tormentosa, não havendo, nos dias atuais, unanimidade quanto à sua solução. Entretanto, verifica-se que o texto original da Constituição Federal de 1988 já apresentava aparente contradição quando tratava da radiodifusão como espécie do gênero telecomunicações em seu artigo 21, inciso XII – declinado no início deste

²⁵⁸ Lei Geral de Telecomunicações, artigo 158, parágrafo 1º, inciso III.

²⁵⁹ Lei Geral de Telecomunicações, artigo 211, parágrafo único.

item, e ao mesmo tempo, cindia os dois tipos de serviço, ao exarar que cabia à União legislar, privativamente, sobre águas, energia, informática, telecomunicações “e” radiodifusão, texto até hoje em vigor²⁶⁰.

²⁶⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 22, inciso IV.

7. CONCLUSÕES

Diante todo o exposto e, sem a pretensão de esgotar o tema, pode-se chegar às seguintes conclusões:

1 – O modelo adotado pela República Federativa do Brasil, com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 consubstancia-se no Estado Democrático de Direito, pelo qual a democracia qualifica o Estado, não só o Direito.

2 – A Constituição da República Federativa do Brasil constitui a ordem jurídica fundamental do Estado, donde principiam mandados ao legislador ordinário, de modo que este se encontra impedido de elaborar leis que afrontem os valores por ela estabelecidos.

3 – Tem-se que os fundamentos – também entendidos como princípios, na acepção da palavra, do Estado Democrático de Direito brasileiro, disciplinados no artigo 1º da Carta, possuem maior carga normativa que os princípios, explícitos ou implícitos, dela decorrentes, haja vista não se conceber a existência, ou a validade, de princípios não sedimentados em fundamentos.

4 – Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, considera-se a Dignidade da Pessoa Humana o supra ou superprincípio norteador das atividades estatais, levando-se em consideração a importância e a necessidade de proteção do seu bem mais valioso, o Homem, a nomear-se o atual modelo adotado como Estado Democrático de Direito Humanista.

5 – A inesgotável busca pela proteção do Homem denota constituir obrigação nos ordenamentos jurídicos democráticos, a presença da declaração, bem como de mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais de pessoa humana.

6 – Adjetivar o Estado de Direito com o qualificador democrático pressupõe uma dupla acepção, uma negativa, pela qual se evita o abuso do poder

estatal ante aos direitos do Homem, e outra positiva, porquanto cabe ao Estado promover a efetivação dos direitos fundamentais e, assim, alcançar seus objetivos e finalidades.

7 – Do conjunto de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, a ressaltar-se o fato de a Carta não encerrar um rol taxativo nesse sentido, tendo em vista a adoção de outros princípios humanísticos gerais provenientes dos ideais dela decorrentes, entende-se configurar a liberdade o de maior carga axiológica, ínsita ao princípio democrático.

8 – A liberdade, direito fundamental, carrega consigo a liberdade de consciência e, por consequência, a liberdade de manifestação do pensamento, a facultar ao indivíduo expressar-se em conformidade com suas convicções, a possibilitá-lo, enfim, evoluir e autodeterminar-se.

9 – Tendo em vista nenhum direito configurar-se absoluto – exceto a dignidade ínsita ao ser humano, sob pena de não viabilizar-se a democracia, também a liberdade de expressão encontra limites de caráter constitucional, haja vista a previsão de inviolabilidade dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem.

10 – A dirimirem-se os conflitos, naturalmente oriundos de uma sociedade democrática, e assim alcançar-se o objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, deve o Estado recorrer a meios de controle social, estes subdivididos em controles informais e formais.

11 – Opta-se pela resolução de situações conflituosas, em um primeiro momento, via meios de controle social informais, tais como a família, a escola ou a religião, recorrendo-se ao Direito em última análise.

12 – A demonstrarem-se insuficientes mencionados instrumentos, autorizado encontra-se o Direito – meio de controle social formal, a enfrentar tal missão.

13 – Verifica-se, portanto, não configurar missão precípua do Direito estabelecer, ou restabelecer a paz e a harmonia sociais, competindo sua atuação tão somente quando se mostrarem incapazes os meios informais de controle social.

14 – A graduação exarada até o momento aplica-se, incontinenter, ao Direito Penal, ramo do Direito encarregado da função de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais caros e sensíveis à manutenção do equilíbrio e harmonização sociais.

15 – Para tanto, o Direito Penal encontra-se regido por princípios de guarda constitucional, e não poderia ser outra a conclusão, tais como a estrita legalidade e a intervenção mínima, nela compreendidos os subprincípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, informadores e limitadores da atuação legislativa penal.

16 – Nesse sentido encontram-se dispostos na Constituição Federal os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, tendo em vista o raciocínio até aqui construído, sem, contudo, afirmar-se constar da Carta mandatos de criminalização, mas sim, mandatos para tanto, cabendo ao legislador ordinário, verificada a necessidade e observância dos princípios reitores, criminalizar ou não determinada conduta, em tese conflitante com os ditames democráticos do Estado.

17 – A estabelecer-se um elo entre o direito fundamental à livre expressão, bem como ao seu corolário direito à informação, e o Direito Penal, excetuados os delitos praticados contra a honra, imagem, privacidade ou intimidade, verificou-se aqueles praticados na exploração clandestina dos serviços de comunicação de massa, notadamente nos serviços de telecomunicações e de radiodifusão.

18 – Não existem dúvidas no tocante à função social, pluralista e democrática exercida pelos meios de comunicação de massa, previstos constitucionalmente e fomentadores da autodeterminação individual, enfim, da dignidade da pessoa humana.

19 – Todavia, por constituírem serviços a serem explorados, via de regra, diretamente pela União, ou mediante autorização, permissão ou concessão a

particulares, estes o devem efetuar consoante os princípios regentes do interesse público. Do contrário, violados restariam os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

20 – Desta feita, regras constitucionalmente preestabelecidas determinam as condições exigidas àqueles que pretendam explorar serviços de telecomunicações ou de radiodifusão, não havendo se cogitar em restrição ou violação ao direito fundamental de livre expressão.

21 – As vigentes legislações definidoras dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão carregam consigo conceituações dúbias no tocante, de fato, o que, ou quais constituem, efetivamente, serviços deste ou daquele serviço, confundindo-se, por vezes, ambos, haja vista a crescente evolução da tecnologia, bem como a necessária convergência dos serviços de comunicação de massa.

22 – Propõe-se o estabelecimento de um novo marco regulador dos serviços de telecomunicações – entendidos estes como sendo gênero do qual constitui espécie a radiodifusão, haja vista esta necessitar, à exploração de seus serviços, outorga de uso do espectro de radiofrequências, concedido pela Agência Nacional de Telecomunicações, incumbida da outorga dos serviços de telecomunicações em sentido estrito, a gerar, portanto, confusão conceitual naquilo que diz respeito ao o que, efetivamente, configure um ou outro tipo de serviço.

23 – Conclui-se que a diferenciação estabelecida pela Constituição originou-se por critérios estritamente políticos, deixando-se de lado aspectos técnicos, basilares à diferenciação dos serviços de telecomunicações aos serviços de radiodifusão. Entretanto, tem-se que não constitui função do Direito Penal imiscuir-se em tal seara.

24 – A não obtenção de outorga para a exploração de determinado serviço público, ou mesmo aquela referente ao uso do espectro de radiofrequências, não consubstanciam motivação adequada, necessária e proporcional à atuação do direito repressivo, tendo em vista os princípios norteadores do Direito Penal democrático.

25 – Destarte, os serviços de telecomunicações, englobados os serviços de radiodifusão, bem como o espectro de radiofrequências não caracterizam bens jurídico-penais, competindo suas tutelas a outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o Direito Administrativo Sancionador, a ser efetivado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, órgão dotado de capacidade técnica para a apuração e aplicação de sanções, sempre a respeitar-se o mandado constitucional do devido processo legal para tanto, verificadas eventuais irregularidades no uso ou na exploração dos mencionados bens ou serviços.

26 – Constata-se que o estatuto repressivo penal já contempla tipos penais tendentes à salvaguarda de bens jurídicos envolvidos nesse viés, haja vista as disposições dos artigos 132 e 261 do Código Penal brasileiro, que preveem, respectivamente, a criminalização da exposição da vida ou da saúde humana à perigo direto e iminente e o atentando, bem como o dano ocasionado à segurança dos transportes marítimos, fluviais ou aéreos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. – São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa e **NEVES**, Rita Castanheira (Organizadores). *Direito penal hoje: Novos desafios e novas propostas*. – Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David e **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS, Enéas Machado de. *O universo das comunicações humanas: comunicações primitivas, imprensa, radiofusão, a conquista do espaço*. 2. ed. – São Paulo: Mageart, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES (TELEBRASIL). *Telebrasil 30 anos de sucesso e realizações*. – Rio de Janeiro: TELEBRASIL, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução de André Estefam. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: vol. 1, parte geral*. 14. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CALLEGARI, André Luís e **GIACOMOLLI**, Nereu José (coordenação). *Direito penal e funcionalismo*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e **MOREIRA**, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*, volume 1 – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais* – 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

COELHO NETO, Armando. *Rádio comunitária não é crime, direito de antena: o espectro eletromagnético como bem difuso*. – São Paulo: Ícone, 2002.

COSTA, José Francisco de Faria. *Direito penal da comunicação: Alguns escritos*. – Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA JR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de direito penal*. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ & **SILVA**, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira* – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 28. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2007.

_____. *Questões fundamentais do direito penal – revisitadas* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Lia Ribeiro e **CORNILS**, Patrícia. *Alencastro: o general das telecomunicações*. – São Paulo: Plano Editorial, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Regis Prado. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. Colaboração de Aléxis Couto de Brito, Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes e Lauren Paoletti Stefanini. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. – São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro e **RASSI**, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. – São Paulo: Atlas, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*, Centro de investigaciones de derecho penal y filosofía del derecho. Trad. Patrícia S. Ziffer. – Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998.

_____. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. – Barcelona: Casa Editorial Bosh, 1984.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. – São Paulo: Saraiva, 2009.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. Colaboração de Lúcia Kalil. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aumentada. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Agapito e **MACHADO JR.**, Agapito. *Aspectos cíveis e criminais na radiodifusão e telecomunicações*. – Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 65. – Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. (Monografias/IBCCRIM; 34). – São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocência Mártires e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge; **SILVA**, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. – São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed., 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: v. 1, parte geral, arts. 1º a 120*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

_____; **CARVALHO**, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed., rev., atual. e ampl. (Série Ciência do direito penal contemporânea; v. 1). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. – São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. & **COSTA**, José de Faria (coordenação). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. (coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. & **MIRANDA**, Jorge (coordenação). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporâneo*. José Maria Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992.

_____. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Eficiência e direito penal*. (Estudos de direito penal; v.11). Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. – Barueri, SP: Manole, 2004.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIQUEIRA, Ethevaldo. *Brasil: 500 anos de comunicações: a eterna busca da liberdade*. – São Paulo: Dezembro Editorial, 2000.

_____. *Revolução digital: história e tecnologia no século 20*. – São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. – São Paulo: IOB Thomson, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)