Nº 27 – julho/agosto/setembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

Clovis Beznos
Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP
Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP.

I

INTRODUÇÃO

Assegura a Constituição Federal a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato, nos termos do seu artigo 5º, inciso IV, albergando nesse mesmo diapasão a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, nos termos do inciso IX, do mesmo artigo 5º.

Tais liberdades são asseguradas no Título II da Carta, que arrola "Os Direitos e Garantias Fundamentais", mais especificamente no Capítulo I, que elenca "Os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Entretanto, na mesma medida em que assegura a Constituição as liberdades de manifestação e de expressão, pelos incisos IV e IX do artigo 5º, o inciso V, do mesmo artigo 5º, em contrapartida, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem, enquanto o inciso X consagra a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses valores.

Significa isso, que as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão quando atinjam tais valores configuram ilícitos, evidenciando-se que as liberdades de manifestação de pensamento e expressão encontram limites no confronto com outros valores protegidos e estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Por outro lado, a Constituição Federal, em seu Título VIII, pertinente à "Ordem Social", no Capítulo V, referente à "Comunicação Social", estabelece a plenitude da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer aspecto, processo ou veículo, fixando o artigo 220 da Carta a vedação à sua restrição, estabelecendo todavia a observância do que dispõe a Constituição.

Com efeito, o § 1º, desse artigo ao estabelecer a vedação à lei de conter dispositivo configurador de embaraço à plena liberdade de informação jornalística, em qualquer veículo de comunicação social, fixa a observância obrigatória do disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Destarte, os veículos de comunicação de massa, não obstante a proibição de restrição, sob qualquer forma, da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, e não obstante a plena liberdade de informação jornalística, com a vedação da censura de qualquer espécie, subordinam-se aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Assim, encontra-se assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material e à imagem, além da proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, com a indenização material e moral em decorrência da violação desses valores.

Significa isso que a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, de expressão e de informação exercidas pelos veículos de comunicação social igualmente encontram limites fixados pela própria Constituição Federal.

De outra parte, o § 2º desse artigo 220 estabelece ser vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, além do § 6º do artigo estatuir que a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

A liberdade de expressão da atividade intelectual, portanto, independe de qualquer manifestação de autoridade administrativa, seja no sentido de expedição do ato vinculado de licença, seja quanto à possibilidade de censura, quanto ao mérito da expressão da atividade intelectual.

Pode-se concluir, portanto, que seja no plano dos direitos individuais, seja em relação aos veículos e meios de comunicação de massa,

as liberdades de criação, manifestação do pensamento, de expressão e de informação são imunes à censura, enquanto a publicação de veículo impresso independe de licenciamento administrativo.

Entretanto, cabe observar que a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, quando exercidas por instrumentos de comunicação de massa tem um regime próprio, como se passa a examinar:

Algumas restrições se verificam quanto à propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, porque são as mesmas privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, cujo capital total e votante, na ordem de 70%, pertença direta ou indiretamente a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, com gestão das atividades obrigatória dos mesmos, bem como o estabelecimento da programação.

A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos, ou naturalizados há mais de 10 anos.

Incide a vedação quanto a serem os meios de comunicação social objeto de monopólios ou oligopólios.

Por outro lado, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, configuram serviço público, conforme o artigo 21, inciso XII, da Constituição da República, que define a competência da União para explorá-los diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Prevê o artigo 223 da Carta a competência do Poder Executivo para outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, referindo-se, ainda, ao princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal.

A Constituição Federal, de outra parte, ao proibir qualquer forma de censura quanto a tais meios de comunicação, estabeleceu o sistema de regulação, fixando caber à lei federal a regulação de diversões e espetáculos públicos.

Essa regulação, entretanto, é limitada à informação pelo Poder Público quanto à natureza desses espetáculos, a faixa etária a que não são recomendados, e ainda os locais e horários em que sua apresentação se revele inadequada, conforme o inciso I, do § 3º, do artigo 220.

Por seu turno, o inciso II desse parágrafo preconiza o estabelecimento de meios legais, que assegurem à pessoa e à família a possibilidade de se

defenderem de programas ou programações de rádio e televisão, que vulnerem os princípios elencados no artigo 221, além de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam se configurar nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Quanto à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias é ela sujeita às restrições legais, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios do uso desses produtos.

Pois bem, estabelece o artigo 221 supra referido os seguintes princípios, a que se subordinam a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão:

> "I. preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
>
> II. promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
>
> III. regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
>
> IV. respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família".

Vale ainda referir ainda que o § 3º, do artigo 222 estendeu aos meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia executada para a prestação dos serviços, a observância dos mesmos princípios supra, na forma de lei específica, que também deverá assegurar a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

Assim, além das restrições quanto à propriedade de veículos de comunicação de massa, sujeitam-se as diversões e espetáculos públicos a uma regulação administrativa meramente indicativa da sua natureza, da sua não recomendação às faixas etárias, e locais e horários igualmente não recomendáveis às mesmas.

A liberdade de manifestação do pensamento e de expressão pelos meios de comunicação em questão é manifesta porque, de um lado, incide a vedação de lei que possa se constituir em embaraço à plena liberdade de informação jornalística, enquanto, de outra parte, incide a vedação de qualquer tipo de censura, de natureza política, ideológica e artística, encontrando-se sujeitas apenas à regulação aludida, valendo lembrar os limites supra aludidos

e fixados pela própria Constituição, no sentido da proteção da honra, da intimidade e da vida privada.

Ocorre que especificamente quanto aos meios de comunicação consistentes no rádio e na televisão subordinam-se suas programações e programas aos princípios elencados pelo artigo 221, sendo-lhes vedada a veiculação de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

De outra parte, cabe também à lei federal conferir os meios de defesa da pessoa ou da família de programas ou programações de rádio e televisão e de propagandas, que potencialmente possam ser nocivas à saúde, ou que não obedeçam aos termos da lei, bem como de, nos mesmos termos, assegurar os mesmos limites aos meios de comunicação social eletrônica.

II
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS

Conforme a Constituição as liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação configuram direitos fundamentais.

Por outro lado, também o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas igualmente se constituem em direitos fundamentais, conforme previsto na Carta da República.

Os direitos fundamentais ostentam a característica de configurarem a própria razão de ser da Constituição, constituindo-se entre seus elementos fundantes, enquanto a Constituição existe para protegê-los[1].

[1] Nesse sentido leciona Vidal Serrano Nunes Júnior **in** "A proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística", edição "Editora FTD", São Paulo: "Ao se rebuscar as origens do constitucionalismo, num breve passar de olhos, verifica-se que os direitos fundamentais, assim como os elementos constitutivos do Estado (população, território, governo e finalidade), são os elementos originários, legitimantes, ou ainda a razão de ser da Constituição, que, enquanto lei maior do Estado nasceu para regular tais aspectos da vida de um país. É o que torna os direitos fundamentais não só uma categoria constitucional, mas também os qualifica como elementos fundantes da Constituição. São direitos fundamentais porque alocados na Constituição e, ao mesmo tempo, essa mesma Constituição existe para agasalhá-los, porquanto ingênitos à informação". Observa o autor o aspecto autogenerativo dos direitos fundamentais, invocando a lição de Canotilho nesse sentido: "A positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade autogenerativa e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva".

Os direitos fundamentais têm um *status* jurídico próprio, no sentido de sua proteção pela Constituição, não podendo ser alterados em nosso Ordenamento, vez que o artigo 60, § 4º, inciso IV impede seja objeto de emenda à Constituição proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, PAULO BONAVIDES alude aos ensinamentos de Carl Schimit nos seguintes termos:

> "Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schimit estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis (unabaenderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada (ershwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição"[2].

Materialmente, variam os direitos fundamentais conforme a ideologia informadora do Estado, consoante os valores consagrados pela Constituição[3].

Portanto, em apertada síntese, no que interessa aos objetivos do presente estudo, cabe referir a igualdade de proteção aos direitos supra arrolados, eis que todos são direitos fundamentais, expressando do prisma material os valores fundantes da Constituição e do prisma formal, a proteção que recebem como cláusula pétrea, e *ipso facto* imutável.

III
A COLISÃO DE DIREITOS

Preordena-se o presente estudo a identificar a existência de eventual colisão entre os direitos fundamentais supra enunciados, de um lado a liberdade de manifestação do pensamento, e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente

---

[2] **in** "Curso de Direito Constitucional", 10ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.

[3] Nesse sentido, Paulo Bonavides reportando-se a Carl Schimit refere: "Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos".

de censura, e de outro a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Com efeito, até que ponto a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas pode ser oposta, no sentido de inibir a plena liberdade de manifestação do pensamento e da expressão intelectual sob todas as formas?

Inexistindo a possibilidade da inibição em questão, até que ponto a liberdade de manifestação do pensamento, e da expressão intelectual, sob suas variadas formas pode invadir a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas?

Seriam os dispositivos constitucionais que tutelam tais direitos conflitantes, considerando-se que todos se inserem no conceito de direitos fundamentais?

A resposta a tal indagação enseja uma breve incursão sobre o tema – antinomias jurídicas – , desde logo referindo a noção doutrinária, que as classifica em antinomias reais e antinomias aparentes.

MARIA HELENA DINIZ refere o conceito de Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre o que consiste uma antinomia real:

> "É na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr. que encontramos o exato conceito de antinomia real. Segundo esse autor, a antinomia jurídica é 'a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado".

Partindo dessa premissa, conclui a douta jurista:

> "Antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada no caso singular"[4].

[4] "A antinomia real, no entender de Ulrich Klug, é uma *lacuna de conflito* ou colisão, porque sendo conflitantes, as normas se excluem reciprocamente, por ser impossível a remoção da contradição, pela dificuldade de destacar uma como a mais forte ou decisiva, por não haver uma regra que permita decidir entre elas, obrigando o magistrado a solucionar o caso *sub judice*, segundo os critérios de preenchimento de lacunas". **in** "Conflito de Normas", 7ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

Segundo a autora a existência de uma antinomia real somente ocorre quando após os processos adequados de interpretação persiste a colidência entre duas normas.

BRUNO JOSÉ RICCI BOAVENTURA alude ser a antinomia aparente tratada introdutoriamente por Kelsen, colacionando o seguinte trecho de sua "Teoria Pura do Direito":

> "Como ciência jurídica procura conhecer o direito como um todo de sentido, deve descrevê-lo em proposições isentas de contradição lógica, partindo do pressuposto de que os conflitos normativos podem e devem ser resolvidos pela via interpretativa".

Destarte, quando existir a possibilidade da solução do suposto conflito de normas, com os instrumentos de interpretação colhidos do próprio sistema jurídico, mantendo-se a sua unidade, estar-se-á diante de uma antinomia aparente.

Nesse diapasão refere o autor:

> "Caracteriza-se como aparente, a antinomia que é conciliável ao conceito de sistema jurídico do direito, pois a mesma não fere, essencialmente, o princípio da unidade do sistema e a idéia de coerência entre os elementos normativos. A conciliação se dá por via interpretativa, buscando qual entre as Leis em questão deve ser aplicada ao caso concreto. O apontamento de uma lei em detrimento de outra será por critérios preexistentes (cronológico, hierárquico e de especialidade)"[5].

A antinomia real, segundo MARIA HELENA DINIZ depende da ocorrência dos seguintes pressupostos:

a) *é necessário que ambas as normas sejam normas jurídicas* (assim, não se poderiam confrontar duas normas pertencentes a gêneros diversos, p. ex. uma norma jurídica pertencente ao mundo do *dever-ser* não seria confrontada com uma lei da física, que exprime o que tem que ser ou será);

[5] **in** "O Fenômeno da Antinomia Jurídica" artigo publicado no site "Jus Navegandi" na "internet", acessado em 07/11/2006.

b) *é preciso que ambas as normas sejam vigentes e pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico* (assim, não caracteriza a antinomia, eventual divergência de disposições entre normas de direito nacional e alienígena);

c) ambas as normas devem emanar de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, prescrevendo ordens ao mesmo sujeito;

d) ambas devem ter operadores opostos (uma permite, outra obriga) *e os seus conteúdos* (atos e omissões) *devem ser a negação interna um do outro*, ou seja: uma prescreve o ato e outra a omissão;

e) o sujeito a quem se dirigem as normas deve ficar numa posição insustentável (quando a antinomia ocorre entre normas cronológica, hierárquica e especialmente semelhantes, não oferecendo meios para se livrar dela)[6].

Para a solução de antinomias no direito interno, propõe a autora os seguintes critérios: a) o hierárquico, baseado na superioridade de uma fonte de produção normativa sobre outra (*lex superior derogat inferiori*); b) o cronológico que se refere ao tempo em que as normas passam a ter vigência, no sentido de a norma editada em último lugar prevalece sobre a antecedente (*lex posterior derogat lex priori*); c) o da especialidade, no sentido da lei especial sobrepor-se sobre a geral (*lex specialis derrogat legi generali*)[7].

IV

COLISÃO DE DIREITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À VIDA PRIVADA

Consoante exposto na introdução deste estudo, a Constituição Federal assegura o direito à liberdade de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, em suas variadas modalidades, na mesma medida em que assegura a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, seja no plano individual, seja no plano da comunicação de massa.

---

[6] **in** ob. cit. págs. 22 e 23)
[7] **in** ob. cit. págs. 34 40

Para supor-se colidentes esses direitos, necessário seria afirmar-se, de um lado, que o direito à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão intelectual envolve necessariamente a possibilidade de violar-se a intimidade e a vida privada das pessoas, não podendo existir freios quanto a essas liberdades, porque caso existissem limites comprometidos restariam esses direitos, e, de outro, que o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada pressupõe o cerceio da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão intelectual.

Todavia, a colisão entre ambos os direitos em realidade não ocorre.

Com efeito, nem os direitos de liberdade de manifestação de pensamento e de liberdade de expressão intelectual podem ser limitados pelos direitos à intimidade e à vida privada, e nem são esses últimos limitados pelos primeiros.

Em verdade, não se pode conceber limitação ao direito de liberdade porque a liberdade não se confunde com o direito à liberdade.

Nesse sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com base em lição de Alessi, preleciona:

> "Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isso sim, limitações à liberdade e à propriedade"[8].

Ora, quando o Ordenamento Constitucional assegura a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de expressão intelectual, e ao mesmo tempo assegura o direito de resposta em caso de agravo, e a indenização por dano material, moral ou à imagem, e quando assegura tais liberdades e afirma a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, nada mais está fazendo que proceder ao desenho do perfil do direito da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão.

---

[8] **in** "Curso de Direito Administrativo", 20ª edição, "Malheiros Editores", São Paulo, 2006, pág. 768.

Destarte, o *direito* à liberdade de manifestação do pensamento e de liberdade de expressão intelectual não se pode configurar, de sorte a atingir os outros valores protegidos pelo Ordenamento Constitucional, a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada das pessoas, porque quando isso ocorrer se estará configurando *um abuso de direito*, ensejando reação jurídica do Ordenamento, no sentido não apenas do direito de resposta, mas de indenização, no plano civil e de incidências de penas, no plano penal.

Conforme se vê, a solução para esse suposto conflito de normas se colhe diretamente do próprio Ordenamento, por mera interpretação de normas constitucionais, não passando pois de antinomia aparente e não real.

Esse é também o entendimento de GILBERTO HADAD JABUR, quando leciona:

> "De sorte que a *antinomia aparente* que o conteúdo do inc. V do art. 5º e do art. 220, § 1º encerra se confrontados com o teor do inc. X do art. 5º e última frase do § 1º do art. 220, todos da Constituição Federal, encontra solução se vistos conjuntamente. E, a despeito do quanto se referiu a propósito de interpretação jurídica, é a própria Constituição Federal que resolve o conflito, deixando, decerto, uma decisiva parcela ao magistrado frente ao caso concreto. É que a unidade hieráquico-normativa da Constituição, sobretudo em terreno de direitos personalíssimos, não torna consentânea com o ordenamento a predominância de um dispositivo sobre o outro. Há que haver, e de alguma maneira informada pela própria Constituição Federal, meio idôneo de conciliação"[9].

Nesse sentido, procura o autor citado a conciliação entre os dispositivos referidos, nos seguintes termos:

> "Se, por um lado, o art. 5º, IV, da Lei Maior é peremptório ao fixar que 'é livre a manifestação do pensamento (...)', seu art. 220, § 1º, ao tempo em que proíbe a edição de qualquer lei que contenha 'dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...)', não deixa de ressalvar a contrapartida a essa excessiva liberdade, assim escrita na seqüência da transcrição

[9] **in** "Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada", "Editora Revista dos Tribunais", São Paulo, 2000, pág. 335.

> logo atrás feita: '(...) observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Um dos aspectos que aí se mandou observar foi a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, razão pela qual se assegurou o direito à indenização pela perda material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X)"[10].

Destarte afirmamos a inexistência de antinomia real entre os direitos fundamentais cotejados, encontrando o próprio Ordenamento, e no plano constitucional, solução interpretativa harmônica para conciliá-los.

V

OS SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS

Segundo o artigo 223 da Constituição Federal compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para os serviços de som e imagem.

Todavia, tais outorgas dependem de apreciação pelo Poder Legislativo, porque o § 1º do artigo em foco condiciona-as à apreciação do Congresso Nacional no prazo máximo de 45 dias, que não flui nos períodos de recesso do Congresso Nacional.

Entretanto, se para a outorga da execução desses serviços há tal condicionamento, em contrapartida para a não renovação de concessão ou permissão exige o § 2º do artigo a aprovação de pelo menos dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

Significa isso que tais outorgas tendem a se eternizar, porque a não renovação das mesmas é de difícil ocorrência, não apenas pelo expressivo número de membros do Congresso Nacional exigível para que a não renovação se verifique, mas também porque a votação exigida para tanto é nominal, expondo o político ao desagrado da poderosa mídia.

Entretanto, incide outra exceção à regra geral das concessões ou permissões de serviços públicos, quanto à extinção da concessão ou permissão antes do prazo de sua duração.

---

[10] **in** ob. cit. págs. 335 e 336.

Dentre as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos aloca-se o poder de sua extinção pela Administração antes do implemento do prazo de sua duração, por razões de interesse público.

O mesmo ocorre com a concessão ou com a permissão, pois a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1985 prevê a encampação, definindo-a em seu artigo 37, como a retomada do serviço, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica, e o prévio pagamento de indenização, alocando-se entre os poderes do concedente o de extinguir a concessão, nos casos previstos na lei, conforme o artigo 29, inciso IV, do aludido Diploma.

Ora, quanto às concessões e permissões de radiodifusão sonora e de imagens, o cancelamento das mesmas, antes do termo final do prazo depende de decisão judicial.

O prazo de duração tanto de concessões como de permissões é o mesmo: dez anos para emissoras de rádio, e quinze para as de televisão.

Como se vê, esse setor de atividade encontra-se sumamente protegido pela Constituição Federal, pois as outorgas desses serviços tendem a eternizar-se, pela renovação praticamente obrigatória, e de dificultosa oposição.

Sobre o tema Celso Antônio Bandeira de Mello assim se manifesta:

> "Neste setor reina – e não por acaso – autêntico descalabro. A questão é particularmente grave porque, em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente *informam* e, de outro lado, *formam*, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco. Deveras, como a esmagadora maioria de brasileiros não acede, ou só muito episódica e restritamente o faz, as outras fontes de informação ou cultura (livros, periódicos, cinema, teatro), as 'mensagens' radiofônicas ou televisivas não encontram resistência alguma; antes, com o perdão da imagem prosaica, 'penetram como faca quente na manteiga'. Em suma: nada as rebate; nada obriga o emissor a ajustar-se a concepções do público-alvo, pois estas serão as que lhe queira inculcar"[11].

[11] **in** ob. cit. pág. 667.

Por último, cabe referir que o artigo 224, da Carta Constitucional previu a instituição de órgão auxiliar, consistente no Conselho de Comunicação Social, na forma da Lei.

A Lei nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991 instituiu esse Conselho.

Pois bem, como se viu encontram-se esses serviços de rádio e de televisão obrigados ao atendimento dos princípios elencados nos incisos I a IV do artigo 221, da Constituição Federal.

Tratando-se de serviço público concedido ou permitido deve o Poder Concedente ou Permitente exigir o cumprimento desses princípios, sob pena de aplicação das penalidades previstas no ato de outorga, que podem inclusive ser determinantes da declaração de caducidade da concessão ou permissão, com a sua extinção.

A extinção da concessão pela prática de falta grave pelo concessionário não se confunde com a extinção da outorga, por motivo de interesse público, antes do termo final da mesma, que se infere do artigo 223, § 4º, e que exige o pronunciamento judicial para a sua ocorrência.

A extinção da concessão ou permissão pela prática de falta grave, determinante da caducidade, a nosso ver, não exige prévia decisão judicial, podendo a Administração instaurar processo administrativo, em que se assegure a ampla defesa e o contraditório, bem como o devido processo legal ao concessionário ou permissionário, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição.

Com efeito, tratando-se de serviço público, que pressupõe o dever da preservação de sua continuidade, não se pode sujeitar o interesse público às delongas de um processo judicial, para ajustar os serviços às necessidades da coletividade.

O mesmo se pode dizer ao que se refere à necessidade de intervenção nos serviços pelo Poder Concedente, quando deixar de cumprir o concessionário com os deveres que a concessão lhe impõe.

Esse controle não se confunde evidentemente com a censura, que é vedada, porque se é verdade que não cabe ao Poder Concedente vetar as matérias a serem transmitidas, nada lhe impede de apurar o descumprimento dos princípios inscritos no artigo 221, nos incisos I a III, em especial ao que se refere às omissões, quanto às emissoras deixarem de atender à preferência de finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, quanto a deixarem as mesmas de promover a cultura nacional e regional, quanto a deixarem de proceder à regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei.

Entretanto, quanto ao último dos princípios arrolados pelo inciso IV, do artigo 221, da Constituição, que refere o dever de respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, a apuração de seu descumprimento pela concessionária ou permissionária deve ser efetuada em juízo, para a preservação do § 2º, do artigo 220, da Carta Política que veda qualquer censura.

De fato, não obstante se encontre o princípio insculpido no aludido inciso IV na própria Constituição Federal, não há como se proceder ao seu controle em sede administrativa, sem proceder o administrador à valoração do conteúdo da informação ou da expressão intelectual oriunda das produções ou das programações de rádio e de televisão.

Ora, afirmar sua desconformidade com os valores elencados no inciso IV, do artigo 221 implicaria em proceder-se à verdadeira censura de parte do Poder Público quanto a expressões intelectuais, restringindo também a liberdade de informação jornalística nesses veículos de comunicação, o que é proibido.

Entretanto a censura que a Constituição veda é a censura administrativa, e por isso nenhum óbice se verifica em relação à censura judicial, fixada com a garantia da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Nesse sentido, preleciona VIDAL SERRANO JÚNIOR:

> "Destarte, pode-se afirmar que a Constituição Federal, sobre encampar a liberdade de expressão, pautou-se por garanti-la de qualquer obstrução, lançando na proscrição qualquer espécie de censura administrativa. Deve-se ressaltar. Nessa linha, que eventual abuso no exercício de expressão não fica livre de eventual sanção judicial, o que abre caminho para a afirmação de que o nosso ordenamento admite uma espécie de censura judicial"[12].

Em síntese, entendemos que nem a proibição constitucional de censura de qualquer espécie, e nem a necessidade de decisão judicial para a extinção da concessão ou permissão antes do prazo se configuram em óbices ao controle das concessões e permissões pelo Poder Concedente.

[12] **in** ob. cit. pág. 29.

Incide a possibilidade de decretação da caducidade da concessão ou da permissão por falta grave do concessionário ou permissionário, nos moldes previstos no contrato ou ato de outorga, cabendo ao Poder Público controlar em sede administrativa, em especial as omissões ao cumprimento dos princípios preconizados pelo artigo 221, incisos I a III, da Constituição Federal.

Quanto ao inciso IV, parece-nos haver a necessidade da obtenção de decreto judicial declaratório da lesão aos valores nele definidos, para que possa a Administração com base nesse ***decisum*** aplicar as penalidades pertinentes.

De outra parte, cabe ainda considerar-se o direito de defesa estabelecido no artigo 220, § 3º, inciso II, da Constituição às pessoas e ao grupo familiar. Vejamos:

Conforme supra, a Constituição Federal na medida em que, expressamente, proíbe toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, quanto à manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação nos veículos de comunicação de massa, introduz, quanto a diversões e espetáculos públicos, um sistema de *regulação*, atribuindo-o à lei federal.

Estabelece a Constituição como diretriz dessa regulação legal a atribuição do Poder Público de informar a natureza dos espetáculos públicos e diversões, as faixas etárias a que não se recomendem os mesmos, bem como locais e horários reputados como inadequados, para sua realização.

Como se vê, quanto a esses aspectos a ingerência do Poder Público se limita a informar e orientar, sem que se verifique qualquer proibição, seja quanto à realização de espetáculos públicos ou diversões, seja quanto à freqüência de pessoas.

Ao que respeita aos *programas ou programações* de rádio e televisão, *que descumpram o disposto no artigo 221*, todavia, fixa a Constituição Federal caber à lei federal estabelecer os meios legais, que assegurem à pessoa e à família a *possibilidade de se defenderem* desses programas e programações, bem como de se defenderem *da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*.

Um primeiro aspecto se evidencia, consistente na legitimação que decorre dessa previsão, e que atribui a qualquer pessoa individualmente, ou ao grupo familiar a legitimação ativa para *defender-se* (diz o Texto Constitucional) de programas e programações de rádio e televisão, que contrariem os princípios elencados no artigo 221, da Constituição.

Tal regra indica que as programações e programas de rádio e televisão, descumpridores dos princípios preconizados no artigo 221 atingem direitos das pessoas e do grupo familiar, agredindo-lhes a intimidade e a vida privada.

Disso se pode extrair a conclusão que esses direitos inerentes à personalidade podem ser violados sob dois diversos aspectos: um primeiro que consiste na exposição da intimidade e da vida privada das pessoas, pela manifestação do pensamento, ou pela expressão intelectual sob quaisquer de suas variadas formas, e outro, *consistente na invasão da intimidade e da vida privada, por espúrios programas ou programações radiofônicas ou televisivas*.

Disso se segue, que o descumprimento dos princípios elencados no artigo 221, do Texto Constitucional ao exercício da expressão intelectual veiculada pelo rádio ou pela televisão, é passível de ser considerado como violação da intimidade e da vida privada dos usuários dos serviços públicos de rádio e de televisão.

Destarte, a violação da intimidade e da vida privada por quaisquer das formas supra referidas, configura um abuso do direito de informação e de expressão, atribuindo a Constituição a legitimação ativa a qualquer pessoa, ou ao grupo familiar, para defender-se da violação aos direitos da intimidade e da vida privada.

Cabe considerar que a Constituição Federal, ao preconizar esse direito, alude que os meios legais para o seu exercício serão estabelecidos pela lei federal.

Tal previsão, entretanto, não se constitui em óbice ao imediato exercício do aludido direito de defesa, vez que a norma que o assegura, que se infere da regra constitucional é de eficácia contida[13], podendo os seus titulares utilizar-se dos meios processuais comuns até que a lei venha a disciplinar esse tipo de ação.

Portanto, emerge claramente, a nosso ver, que além do controle por parte do Poder Concedente ou Permitente, decorrente da relação jurídica com os Concessionários ou Permissionários, controle esse que tipifica um dever, assiste também um *direito de defesa*, que pode ser exercitado individualmente por qualquer pessoa, ou grupo familiar, ou ainda pelos legitimados ativos à defesa de direitos difusos, em face de qualquer concessionária ou permissionária dos serviços públicos de rádio ou televisão, que descumpram quaisquer dos incisos I a IV, do artigo 221, da Constituição Federal.

---

[13] Nesse sentido leciona José Afonso da Silva, **in** "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", 6ª edição, 2ª Tiragem, "Malheiros Editores", São Paulo, 2003, pág. 104: "São normas que, em regra solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem pra os cidadãos, indivíduos ou grupos. (...) São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam".

O direito de comunicação e de expressão intelectual, não obstante a sua amplitude, sem restrições ou censura de qualquer espécie, quando violadores da intimidade e da vida privada das pessoas, sob quaisquer dos aspectos supra, configuram abuso, preconizando o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes do mesmo.

Tal situação conduz à regra geral infraconstitucional, caracterizadora de ilícito, pelo exercício de direito, que manifestamente exceda seus limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, prevista no artigo 187, do Código Civil.

Caracterizado o ilícito incide o dever de sua reparação, nos termos do artigo 927, do Código Civil.

Além da reparação tem a vítima do dano o direito de fazer cessar a violação, pela expressa previsão do artigo 21 do Código Civil, que assim dispõe:

> "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma".

Portanto, o Ordenamento jurídico oferece meios reparatórios dos danos materiais e morais, e meios preventivos e obstativos da continuidade dos danos, provocados por emissoras de rádio e televisão, colocados à disposição dos legitimados ativos supra.

Destarte, as pessoas ou o grupo familiar têm à disposição poderosos instrumentos para a defesa contra a violação da intimidade e da vida privada, em face de emissoras de rádio e televisão, que descumpram os incisos I a IV, do artigo 221, da Constituição Federal, invadindo seus lares, impondo-lhes espúrias programações, especialmente desrespeitando os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Importante é observar que tais valores não se originam de conceitos extra-sistema jurídico, mas devem ser colhidos do próprio ordenamento jurídico, pela interpretação, trazendo-se tais conceitos indeterminados para as zonas de certeza, como deverá fazer o magistrado ao apreciar questões dessa ordem.

R DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BEZNOS, Clovis. A Liberdade de Manifestação do Pensamento e de Expressão e a Proteção da Intimidade e da Vida Privada. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, julho/agosto/setembro de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-CLOVIS-BEZNOS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.