

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS AOS CRIMES DE IMPRENSA¹

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal

1. A disciplina legal dos crimes de imprensa — 2. Princípios e normas constitucionais-penais — 3. O princípio da dignidade da pessoa humana — 4. O princípio da liberdade de informação — 5. O princípio da verdade da informação — 6. O princípio do bem jurídico — 7. O princípio da intervenção penal mínima — 8. O princípio do procedimento alternativo — 9. O princípio do acesso à jurisdição — 10. O princípio da culpabilidade — 11. O princípio da personalidade da pena — 12. O princípio da proporcionalidade da pena — 13. O princípio da individualização da pena — 14. O princípio das reações alternativas à prisão.

1. A disciplina legal dos crimes de imprensa

Os chamados “crimes de imprensa”,² constituem uma categoria de ilícitos modelada por princípios e regras jurídicos e pela difusa cultura da informação.

Há algum tempo se discute em nível acadêmico e pré-legislativo se os delitos contra a honra cometidos pela imprensa e pela radiodifusão devem ser regulados pelo Código Penal ou por uma lei es-

pecial. A opinião predominante se orienta para a última opção e assim foi decidido pela Comissão de Advogados instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob a presidência do Ministro Evandro Lins e Silva para elaborar um Anteprojeto de Lei de Imprensa,³ frente ao reconhecimento de que as peculiaridades de tais formas de ofensa e dos institutos que gravitam à sua volta exigem um tratamento apartado da lei penal fundamental. Além de tais aspectos, é importante referir que somente um diploma específico pode disciplinar adequadamente temas relevantes como: a) a responsabilidade civil e penal quanto à relação de causalidade; b) a criminalização das condutas que atentam contra a liberdade dos meios de comunicação; c) o exercício dos direitos de resposta e retificação; d) os direitos, as garantias e

1. Texto elaborado a partir das notas para a palestra proferida no Curso sobre Crimes de Imprensa, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e coordenado pelo advogado Luis Francisco Carvalho Filho, Auditório da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis), 24.10.94.

2. A expressão “crime de imprensa” é consagrada na linguagem jurídica e de comunicação de massa. Para os efeitos deste trabalho, abrange não somente os crimes contra a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, praticados através da imprensa, rádio e televisão, como também os crimes contra a liberdade dos meios de comunicação.

3. A Comissão foi também integrada pelos advogados João Luiz Faria Neto, Luis Francisco Carvalho Filho, Leonidas Rangel Xausa, Manoel Alceu Afonso Ferreira e René Ariel Dotti. O texto do Anteprojeto foi publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), de 14.8.91, p. 4763 e ss.

os deveres inerentes à fundação, administração e funcionamento das empresas de jornalismo e radiodifusão; e) as franquias de concessão, permissão e autorização para os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como as hipóteses de cancelamento e não renovação; f) os princípios que devem reger a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão.

Entre os mais lúcidos defensores da liberdade de imprensa em nosso País, destaca-se a figura ímpar de Barbosa Lima Sobrinho. Em brilhante e memorável artigo (“necessidade de uma nova lei”), o presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) afirma não ter conseguido “entender a atitude de jornalistas que fazem questão de declarar que não há necessidade de uma lei de imprensa, pois que tudo se resolveria com a presença do Código Penal, em que figurariam os chamados abusos da liberdade de imprensa, a injúria, a calúnia e a difamação”.⁴

Conforme a Exposição de Motivos do Anteprojeto da OAB, “não é possível questionar sobre a necessidade de uma lei específica para regular o exercício da liberdade de informação. Diante dos termos da Constituição e particularmente frente aos textos que tratam da liberdade de comunicação, e da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral, torna-se indispensável estabelecer através de lei ordinária as hipóteses factuais de violação dos mencionados valores e as formas de indenização”.⁵

4. Em *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, n. 165, set./85, p. 5. No mesmo sentido é o artigo de Luís Francisco de Carvalho Filho, “Liberdade de imprensa e dano moral”, em *Revista do Advogado*, ed. da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, p. 18.

5. Item n. 5, *DCN*, cit., p. 4.765.

O entendimento de que os delitos praticados através dos meios de comunicação devem se submeter ao regime do Código Penal implica em reduzir substancialmente o generoso e complexo universo da liberdade de informação que abrange direitos e garantias merecedores das atenções e dos cuidados de uma lei especial, posto que poderá melhor traduzir os interesses tutelados e às peculiaridades da matéria. Por outro lado, os defensores de tal corrente ignoram ou fingem ignorar que os delitos contra a liberdade de imprimir e divulgar o pensamento e as idéias não são apenas aqueles cometidos através dos meios de comunicação (calúnia, difamação, injúria, violação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas) mas, também, aqueles cometidos contra os referidos meios (destruição de maquinário, instrumentos ou aparelhos etc.), seus diretores, administradores, funcionários e profissionais da comunicação social.⁶ O Anteprojeto da OAB, nesta parte, inovou para criminalizar condutas que procuram impedir ou dificultar a liberdade de informação. Assim, os delitos previstos nos arts. 23 a 27 atentam contra os bens jurídicos inerentes à empresa e a quem exerce a atividade de comunicação social.

Finalmente, quanto a esse ângulo da questão, é necessário enfatizar que somente através de um diploma será possível tratar dos princípios constitucionais — e com as naturais projeções nos campos do Direito e do Processo

6. Dispõe o § 1.º, do art. 2.º do Anteprojeto da OAB: “Consideram-se meios de comunicação social: I — jornais e revistas; II — rádio e televisão; III — qualquer outro veículo periódico de informação ao público; IV — agências de notícias”. O livro foi excluído de tal relação pois além de não atender ao requisito da periodicidade de informação coletiva, não permite o exercício dos direitos de resposta e retificação com a presteza exigível para a recomposição dos fatos.

Penal — que incidem na previsão dos ilícitos e das penas, da relação de causalidade física, da prova da verdade, das causas de exclusão de ilicitude, de isenção de pena e de extinção da punibilidade.

2. Princípios e normas constitucionais-penais

Na apropriada síntese de Nuvolone, as normas e os princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação.⁷ Conforme a lição de Luiz Luisi, a presença da matéria penal nas Constituições contemporâneas se caracteriza por princípios especificamente penais, isto é, de princípios de Direito Penal constitucional, e de princípios constitucionais incidentes em matéria penal. Os primeiros, exclusiva e tipicamente penais, são explícitos ou implícitos. Os princípios explícitos estão enunciados de forma expressa e inequívoca no texto da lei fundamental; os princípios implícitos se deduzem das normas constitucionais, por nelas estarem contidas. Quanto aos segundos, isto é, os que se relacionam com a matéria penal, geralmente não são propriamente criminais impondo-se tanto ao legislador penal como ao legislador civil, tributário, agrário etc.⁸

Como exemplos dos princípios constitucionais-penais explícitos podem ser referidos: a) o princípio de legalidade dos delitos e das penas (art. 5.º, XXXIX); b) o princípio da irretroatividade da lei mais grave (art. 5.º, XL); c) o princípio da personalidade da pena (art. 5.º, XLV); d) o princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLVI e XLVIII); e) o

princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLVII); f) o princípio do respeito à integridade física e moral do presidiário (art. 5.º, XLIX); g) o princípio da criminalização do racismo; da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos definidos como crimes hediondos, bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLII a XLIV).

Quanto aos princípios constitucionais-penais implícitos, é possível indicar: a) o princípio da culpabilidade (arts. 1.º, III e 5.º, LVII); b) o princípio da intervenção penal mínima (art. 5.º, § 2.º); c) o princípio da proibição de prisão por dívida (art. 5.º, LXVII).

No que concerne aos princípios que, embora não sendo exclusivamente penais, interferem na produção das normas de Direito Penal visando a proteção de bens jurídicos constitucionalmente relevantes, podem-se mencionar: a) o princípio de reserva da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5.º, X e LX); b) os princípios gerais da atividade econômica (art. 170 c/c o art. 225, § 3.º: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente etc.) (art. 170 c/c o art. 225, § 3.º).

Entre os princípios constitucionais que interferem na definição dos crimes de imprensa, no tipo do procedimento e na previsão das reações penais, podem ser referidos os seguintes: a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da liberdade de informação; c) o princípio da verdade da informação; d) o princípio do bem jurídico; e) o princípio do procedimento alternativo; f) o princípio do acesso à jurisdição; g) o princípio da culpabilidade; h) o princípio da personalidade da pena; i) o princípio da proporcionalidade da pena;

7. Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, CEDAM, Pádua, 1975, p. 37.

8. *Os princípios constitucionais penais*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 10.

j) o princípio da individualização da pena; k) o princípio das reações penais alternativas; e l) o princípio da intervenção penal mínima. Cada um deles merece particulares considerações.

3. O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é proclamado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III). Trata-se de resguardar a figura do ser humano como o centro de gravidade de todos os sistemas de pensamento e de ação e, dentre eles, o sistema positivo de Direito e de Processo Penal. O Homem é, ao mesmo tempo, o sujeito e o objeto dos ilícitos penais, independentemente do papel que desempenha no processo dinâmico dos eventos típicos: como autor, partícipe ou vítima. Daí porque a criminalização, a descriminalização, a despenalização e todos os demais movimentos em torno do chamado direito penal de imprensa, devem interpretar a essência e a circunstância da pessoa natural. E assim ocorre mesmo quando esta atua em nome da pessoa jurídica que também pode ser sujeito passivo de crime contra a honra cometido através dos meios de comunicação.

4. O princípio da liberdade de informação

O princípio da liberdade de informação é expressamente contemplado no art. 220, *caput*, da Constituição e caracteriza uma das bases do regime político de participação pluralista e um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O princípio tem limites opostos pela própria Carta Política, caracterizados pela reserva de proteção de alguns bens jurídicos da personalidade: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, cuja violação obriga a indenizar o dano

material ou moral consequente (art. 5.º, X). Outras restrições à liberdade de informação, decorrem da proibição do anonimato, dos direitos de resposta ou retificação, da liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, bem como do acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário à atividade profissional.⁹

O antigo e sempre renovado confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade,¹⁰ deve ser resolvido na doutrina e na jurisprudência através de um processo de balanceamento de bens em conflito. Trata-se de uma situação particular do estado de necessidade como causa geral da exclusão da ilicitude. O Anteprojeto OAB procura superar o problema com a seguinte proposta inscrita no art. 8.º: “O conflito entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, entre eles os relativos à intimidade, a vida privada, a honra e à imagem será resolvido em favor do interesse público visado pela informação”. O parágrafo único desta norma, declara que não caracterizam violação aos direitos da personalidade: a) a divulgação da informação dada pela autoridade pública; b) a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou de acesso ao público; c) a narração e a crítica de fatos de interesse público; d) a publicação ou transmissão de informações colhidas nas Casas Legislativas e em procedimentos administrativo ou judicial, ressalvados os casos legais de sigilo.

Será na órbita do princípio agora examinado que uma nova lei de imprensa deverá prever os tipos de ilicitude que afetem a liberdade de informação. A

9. Constituição, art. 200, § 1.º, c/c o art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

10. Entre muitos, veja-se Miguel Urabayan, *Vida Privada e Información: un Conflicto Permanente*, Ediciones Universidad de Navarra S/A, Pamplona, 1977.

propósito, o Anteprojeto da OAB criminalizou determinadas condutas que atentam contra tal liberdade, como um bem em si mesmo considerado, ou como um bem derivado da liberdade inerente aos meios de comunicação social. São as seguintes as hipóteses típicas ali previstas: Art. 23. "Promover boicote contra meio de comunicação social: Pena — prestação de serviço à comunidade e multa"; Art. 24. "Destruir, inutilizar ou deteriorar maquinário, instrumentos ou aparelhos utilizados pelos meios de comunicação social, ou, de qualquer forma, empestelar material visando a impedir ou a dificultar as suas atividades: Pena — prestação de serviços à comunidade e multa, além da pena correspondente ao dano. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem destrói ou inutiliza banca ou posto de venda ou de distribuição de impressos ou de outro material aí depositado". Art. 25. "Constranger, mediante violência ou grave ameaça, paga ou promessa de recompensa, administrador ou profissional de comunicação social, visando a impedir, fazer cessar ou dificultar as atividades de informação. Pena — prestação de serviços à comunidade e multa, além da pena correspondente à violência"; Art. 26. "Exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, vantagem indevida para não fazer ou impedir que se faça, publicação, transmissão ou distribuição de qualquer matéria. Pena — prestação de serviços à comunidade e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem faz ou permite que se faça, mediante paga ou promessa de recompensa, a publicação, transmissão ou distribuição da matéria"; Art. 27. "Impedir ou dificultar, indevidamente, o exercício das liberdades de acesso e de obtenção de dados junto aos órgãos do Poder Público, inclusive os da administração indireta ou funcional. Pena — multa".¹¹

11. Publ. em *Diário do Congresso Nacional* (seção II), 14.8.91, p. 4.771.

5. O princípio da verdade da informação

O princípio da verdade da informação é extraído, como regra geral, de dois tipos de normas constitucionais: a) a que assegura o direito de resposta (art. 5.º, V); b) a que exige o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221, § IV).

O direito de resposta e o direito de retificação constituem faculdades instituídas em favor de toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública moralmente agravada por publicação ou transmissão que contenha fato inverídico ou errôneo (CF, art. 5.º, V e Lei 5.250, de 9.2.67, art. 29). Embora não referido expressamente pela Constituição, pode-se afirmar que o instituto da retificação é acolhido pelo sistema. Não somente porque constitui uma das faces do direito de resposta, e o seu corolário lógico, mas também diante da cláusula salvatória inserida no § 2.º do art. 5.º da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

A resposta e a retificação constituem institutos de direito e de processo consagrados pela Constituição e pela legislação ordinária com a finalidade de corrigir a verdade a respeito de atos ou fatos da publicação ou transmissão. O direito de responder e, por extensão, o direito de retificar, são garantias fundamentais de natureza individual e coletiva, como reações proporcionais ao agravo ou ofensa (CF, art. 5.º, V) e também mecanismos éticos visando a correta informação como dever elementar dos meios de comunicação social. Com efeito, se a Constituição proíbe qualquer restrição à liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, declarando

que nenhuma lei conterá dispositivo “que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação” (art. 220 e § 1.º) é curial que tanto a resposta como a retificação constituem também expressões de liberdade asseguradas às pessoas naturais e jurídicas objetivando a veracidade da informação.

Tanto a resposta como a retificação podem ser exercidas mesmo quando não identificado o autor do material ofensivo, bastando que o órgão de comunicação publique ou transmita o texto de resposta ou retificação.

O respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família é uma das exigências deontológicas que deve orientar a atividade dos meios de comunicação e de todos quantos dela participem, sejam ou não profissionais do ramo. Com a finalidade de positivizar este princípio, o art. 6.º do Anteprojeto da OAB dispõe: “Na divulgação de fatos e opiniões, os meios de comunicação social observarão os princípios éticos que mantenham e valorizem o respeito à dignidade da pessoa humana”.

E como regra especial o princípio da verdade da informação se contém, por exemplo, no § 4.º, do art. 220 da Constituição que obriga a advertência sobre os malefícios do uso do tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

6. O princípio do bem jurídico

O princípio do bem jurídico, refletido por diversas normas constitucionais (arts. 5.º, *caput*, 6.º, 14, 144, 170 e ss.) deve integrar todo o sistema penal moderno, afeiçoado às exigências de um Estado Democrático de Direito, e compor o vasto repertório de fatos ilícitos. Não é admissível a incriminação de condutas humanas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduo e a sociedade. Como salienta Juarez Tavares, costuma-

se afirmar que o cerne de todo o Direito Penal encontra-se situado no injusto, isto é, no tipo de antijuridicidade. “Com efeito, é a partir da tipificação das condutas que se torna possível a intervenção estatal”.¹²

O nosso sistema positivo está ancorado no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. Tal orientação se opõe aos modelos não liberais, como os que são próprios do “moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade do Estado ou à comunidade, ou do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa”.¹³

No regime legal vigente para os crimes de imprensa, são múltiplos os bens jurídicos protegidos, não se limitando as hipóteses de atentado contra a honra, a intimidade, a vida privada¹⁴ e a imagem¹⁵ das pessoas, embora estes bens

12. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, RT, S. Paulo, número de lançamento, dez./92, p. 78.

13. Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci, “Constituição e escolha dos bens jurídicos”, em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, de 1994, p. 154.

14. A Constituição refere a intimidade e a vida privada como bens jurídicos autônomos (art. 5.º, X). Nos textos legais portugueses é freqüente o uso da expressão “intimidade da vida privada”, como se verifica na Carta Política (art. 26.º, 1); no Código Civil (art. 80.º, 1) e no Código Penal (art. 178.º). A propósito, já acentuei que os conceitos de “vida privada” e “intimidade”, não são coincidentes, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, RT, S. Paulo, 1980, p. 68.

15. Apesar do uso vulgar da palavra “imagem” como sinônima de conceito, tecnicamente a imagem é o retrato de uma pessoa, assim como o define o art. 79.º, 1, do Código Civil português. E neste sentido restrito deve ser empregado o termo. Segundo os dicionários, a definição primária de “imagem” é a representação gráfica, plástica ou fotográfica de uma pessoa ou de um objeto.

jurídicos sejam os mais frequentes atingidos pelos ilícitos cometidos através dos meios de comunicação. Com efeito, a Lei 5.250/67 ampara também a segurança externa e a segurança interna do Estado; a paz pública; a confiança no sistema financeiro; a moral pública e os bons costumes; a liberdade de informação; a liberdade pessoal e a memória de pessoa morta.

Na Exposição de Motivos do Anteprojeto da OAB foi dito, a propósito do bem jurídico tutelado, que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações políticas. "Leis de imprensa e leis de segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado".¹⁶

Partindo em outra direção, segundo as coordenadas próprias de um regime democrático, o aludido Anteprojeto reduz a criminalização aos limites estritamente necessários e não cuida dos fatos ofensivos à segurança do Estado cometidos através dos meios de comunicação. Este aspecto deve ser regulado em capítulo próprio e reservado aos delitos contra o Estado Democrático de Direito. Esta é a proposta já divulgada por comissões instituídas no âmbito do Ministério da Justiça para redigir o texto de um Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1983/1984 e 1992/1994).

No sistema proposto pelo Anteprojeto OAB, os bens jurídicos tutelados são: as liberdades de comunicação e informação; a paz pública; a liberdade pessoal; a propriedade; a segurança da ordem econômico-financeira; o conceito ou o

crédito da pessoa jurídica; a honra; a intimidade; a vida privada e a memória de pessoa morta.¹⁷

7. O princípio da intervenção penal mínima

Duas grandes tendências ideológicas disputam nos dias correntes as preferências dos estudiosos da teoria e da prática das ciências criminais. Ambos radicalizantes e inconciliáveis. A primeira é sintetizada pelo movimento de lei e de ordem que tem como expressão de maior propaganda o discurso político do crime, caracterizado pela denúncia da falência das instâncias formais de prevenção e repressão e pelo usufruto do poder político e de comunicação de massa. A segunda é representada pelo movimento abolicionista do sistema penal.

Mas existe uma via intermediária entre tais posições extremadas: é o movimento do direito penal mínimo.

Segundo clássica lição da doutrina, apoiada pela jurisprudência, o Estado somente deve recorrer à pena criminal quando não houver, no ordenamento positivo, meios adequados para prevenir e reprimir o ilícito. São muito apropriadas e atuais as palavras do eminente e pranteado Min. Nelson Hungria: "Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal".¹⁸

17. Ver, a propósito, a relação dos ilícitos constante do item n. 4.

18. *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1958, VII/178.

16. Item n. 9, em DCN, cit. p. 4.765.

No mesmo sentido e mais recentemente, o jurista português Souza e Brito salienta que, traduzindo-se a pena em restrições ou sacrifícios importantes dos direitos fundamentais do acusado, cujo respeito é uma das finalidades essenciais do Estado, é indispensável que tal sacrifício seja necessário à paz e conservação sociais, isto é, à própria defesa dos direitos e das liberdades e garantias em geral, que constituem a base do Estado. E arremata: “É este o princípio da necessidade ou da máxima restrição das penas e das medidas de segurança (art. 18.º, ns. 2 e 3), que está ligado ao princípio da legalidade (art. 29.º), e ao princípio da jurisdicionalidade da aplicação do direito penal, como garantia da máxima objectividade e do mínimo abuso”.¹⁹

O princípio da intervenção penal mínima foi recepcionado pela Constituição de 1988, através da cláusula geral prevista pelo § 2.º do art. 5.º: “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”. Lembra Luiz Luisi²⁰ que o princípio em análise decorre do art. 8.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789), ao proclamar que a lei deve estabelecer “penas estrita e evidentemente necessárias”.

A necessidade em se compatibilizar a letra e o espírito das leis fundamentais internas às declarações internacionais constitui exigência de uma ordem jurídica universal. A Constituição de Portugal dispõe que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e

integrados em harmonia com a declaração Universal dos Direitos do Homem” (art. 16.º, 2). A Carta Política espanhola também prescreve que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas constitucionalmente serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias, ratificadas pela Espanha (art. 10.º, 2).

8. O princípio do procedimento alternativo

O princípio do procedimento alternativo constitui um corolário lógico do anterior e uma das variantes apresentadas pelo sistema positivo a fim de que o clássico confronto entre o jornalista e o juiz possa ser conhecido e arbitrado por instâncias e mecanismos extrapenais. O exercício do direito de resposta, nela compreendida a retificação, constitui uma das hipóteses dos procedimentos alternativos. Em lugar da ação penal, que deve traduzir a última providência para responder à ofensa, o sistema deve estar provido de institutos e mecanismos que permitam reações diferenciadas da ameaça da pena criminal. Em tal rumo se coloca o Anteprojeto da OAB, dispondo através do art. 43: “O exercício da ação penal nos casos previstos nos arts. 30 a 34²¹ está condicionado à exaustão do direito de resposta”.

A propósito do assunto, em comunicação apresentada na XV Conferência da OAB, realizada em Foz do Iguaçu, na semana de 4/8 de setembro deste ano, procurei enfatizar a necessidade da prática adotar alternativas ao processo penal nos casos de crime contra a honra praticados através da imprensa e outros

19. José de Souza e Brito, “A Lei na Constituição”, artigo publicado na coletânea *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1978, 2.º/200.

20. Ob. cit., p. 25.

21. Calúnia, difamação, injúria, abalo de conceito ou crédito da pessoa jurídica e ofensa à memória de pessoa morta.

meios de comunicação. É oportuna a remissão a algumas partes daquele texto,²² reproduzido nos itens adiante.

8.1 Introdução

As liberdades de comunicação e de informação, como já foi visto, não são absolutas. O controle democrático sobre os abusos deve ser praticado por sistemas e mecanismos que podem funcionar através de procedimentos internos ou externos aos meios de comunicação. Instituições e normas jurídicas e deontológicas integram esse quadro de providências potenciais ou efetivas. Ao lado de uma relação dos meios de comunicação há necessidade de uma indicação dos meios de controle. Como exemplos de meios internos, podem ser referidos os conselhos (editorial, de redação etc.), os órgãos, como a direção e a chefia de redação, o *ombudsman* e as seções reservadas ao exercício dos direitos de resposta ou retificação. Como exemplos de meios externos, existem o *Press Council* (atuante nos países da *common law*), os conselhos comunitários e a intervenção judicial, entre outros.

O controle deve ser também estabelecido através de sistemas e mecanismos institucionais. Sob esta ótica despontam a livre concorrência, a proibição de monopólios e oligopólios, as prerrogativas em favor de brasileiros natos ou naturalizados e a adoção de critérios adequados quando se trate de concessão, permissão e autorização.

8.2 A livre concorrência entre os meios de comunicação

O antigo fenômeno da livre concorrência constitui uma das vertentes de liber-

dade das empresas no complexo e profundo território da comunicação social, além de um generoso princípio geral da atividade econômica em um Estado Democrático de Direito. A prática da competição, a salvo de injunções ou constrangimentos causados por ação de pessoas ou grupos, constitui um valioso fator para o exercício pleno das liberdades de comunicação e de informação.

8.3 O pluralismo de opinião

Registram os dicionários de Política que o pluralismo é a concepção que propõe um modelo de sociedade composta de vários grupos ou centros do poder, ainda que conflitantes entre si. A eles se atribui a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado.

Sob a perspectiva que interessa ao presente trabalho, o pluralismo democrático é considerado em função da existência dos grupos de indivíduos, como entidade social que se sobrepõe às classes e permitindo que vários interesses se manifestem e se contraponham. Contraposto assim o grupo à classe, o pluralismo democrático apresenta-se como antítese não só de uma concepção monística do Estado, como também de uma visão dualista ou dualística da sociedade.

Uma esperança do pluralismo no campo das manifestações artísticas e culturais surgiu com a nova Carta Política brasileira. Ela instituiu como princípios a serem atendidos na produção e programação das emissoras de rádio e televisão, entre outros, os seguintes: a) a promoção da cultura regional e o estímulo à produção independente que objetive a sua divulgação; b) a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (art. 221, II e III). No entanto e para frustrar as aludidas proclamações otimistas, a lei até agora não existe...

22. O trabalho foi exposto no painel "Democracia, pluralismo e meios de comunicação", no dia 7.9.94 e publicado em *Teses*, edição da OAB, p. 145 e ss.

No campo político, o ideal é a prática do pluralismo caracterizam fundamentos da República brasileira (CF, art. 1.º, V).

8.4 A proibição de monopólios e oligopólios

A Constituição estabelece que os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio (art. 220, § 5.º). A razão básica de tal petição de princípio reside na necessidade de se proteger o público contra as atividades nocivas representadas pela exploração exclusiva dos meios de comunicação por pessoas ou grupos (monopólio) ou pela atuação de empresários que comprometam a liberdade no mercado das informações (oligopólio).

Consiste o monopólio na prerrogativa ou privilégio para a prática de atos industriais ou mercantis ou para a exploração de determinados bens ou serviços, por parte de um só indivíduo, por grupos ou pelo Estado. Já o oligopólio se caracteriza pela situação de mercado quando, em um limitado número de produtores, cada um já é bastante forte para exercer influência junto aos demais, embora não possa desprezar a força dos competidores. O oligopólio pode ter a face visível ou oculta do cartel que se define como o acordo explícito de empresas de um determinado setor que se obrigam a regras de conduta visando eliminar a mútua concorrência.

8.5 Critérios adequados para a concessão, permissão e autorização de serviços públicos

A Constituição declara que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (art. 175).

O serviço de radiodifusão de sons e imagens tem caráter essencialmente público. Trata-se de efetivar as liberdades de informação e de comunicação e os correspondentes direitos de informar, de se informar e de ser informado.

Compete ao Poder Executivo, mediante controle do Congresso Nacional, outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal (Constituição, art. 223). O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão (CF, art. 223, § 5.º). O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial (CF, art. 223, § 4.º).

8.6 Restrição do direito de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão

A Constituição restringe o direito de aquisição de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. Somente a eles caberá a responsabilidade de administração e orientação intelectual (art. 222).

O dispositivo consagra dois fundamentos da República Federativa do Brasil, e declarados entre os primeiros textos de nossa Carta Política: a soberania e a cidadania (art. 1.º, I e II).

8.7 Observância de princípios para a produção e programação de emissoras de rádio e televisão

A Constituição estabelece os seguintes princípios que devem ser observados para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão: a) preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; b) promoção da cultura nacional e regional e

estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; c) regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; d) respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221). Lamentavelmente, porém, verifica-se que a lei fundamental é rotineiramente desprezada em troca de textos e imagens que não guardam um mínimo de consideração para os interesses, os bens e os valores inseridos nos princípios transcritos.

8.8 A classificação indicativa

Sob o regime das Constituições anteriores, a declaração da liberdade de expressão do pensamento era excepcionada com a cláusula expressa de censura quanto às diversões e espetáculos públicos (CF/1946, art. 141, § 5.º; CF de 1967, com a EC 1/69, art. 8.º, VIII, *d*). A tarefa de regular e executar a censura de espetáculos e diversões públicas competia à Polícia Federal. Atualmente a Polícia Federal cumpre outras atribuições (CF, art. 144, § 1.º) tendo sido extinto o repressor Serviço Federal de Censura que se notabilizou nos anos da ditadura militar.

A Carta Política de 1988 aboliu expressamente a censura prévia (art. 5.º, IX) quanto às diversões e espetáculos públicos. Relativamente à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Nas Sátiras de Juvenal está dito que “a censura poupa os corvos e maltrata as pombas” (“Dat veniam corvis, vexat censura columbas”). E o art. 215 declara que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Para prevenir e reprimir abusos, a Constituição prevê a classificação, pelo Poder Público, de diversões e espetáculos

públicos bem como de programas de rádio e televisão para efeito indicativo, isto é, para vedar o acesso de crianças e adolescentes a determinadas atividades ou recomendar a sua impropriedade conforme as faixas etárias (art. 220, § 3.º, I). Compete exclusivamente à União regular esta classificação (CF, art. 21, XVI).

Com a finalidade de estabelecer a uniformização dos critérios classificatórios das diversões públicas e de programas de rádio e televisão e visando informar sobre as faixas etárias as quais não se recomendam, o Ministério da Justiça baixou a Portaria 773, de 19.10.90 (DOU 22.10.90).

O Conselho Superior de Defesa da Liberdade de Criação e Expressão é o órgão do Ministério da Justiça, competente para elaborar normas e critérios que orientem o exercício da classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (Dec. 761, de 19.2.93, art. 21, III).

A matéria da classificação, quanto as emissoras de rádio e televisão, é também regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.7.90). A exibição, em horário recomendado para o público infanto-juvenil, de programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 76). Segundo o mesmo Estatuto, constitui infração administrativa, sujeita à multa e suspensão da programação da editora, a violação da referida norma proibitiva (art. 254).

8.9 A proteção dos direitos da personalidade e da família

Inexistente a censura prévia para os programas de rádio e televisão, torna-se necessária a previsão e o funcionamento de mecanismos que possam exercer um controle democrático sobre os abusos. A Constituição deferiu essa tarefa à lei federal que deverá — posto que não existe ainda — “estabelecer os

meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 (ver item n. 19), bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

8.10 A proibição da propaganda ilícita e enganosa

Conforme já foi anotado no item n. 5, a Constituição restringe a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4.º), considerando-as nocivas à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 4.º, c/c o § 3.º, II).

É evidente, no entanto, que a propaganda de outros produtos e serviços poderá ser restrita e até mesmo interdita quando ofensivas à saúde, ao meio ambiente e a outros bens ou valores individuais ou sociais. E assim deve ocorrer não somente em nome dos princípios exigidos da produção e programação das emissoras de rádio e televisão (CF, art. 221), como também dos princípios gerais de ética válidos para todos os meios de comunicação. Como exemplo pode-se referir a publicidade enganosa em suas múltiplas hipóteses, entre elas a fraude ao consumidor prevista como crime pelo Código Penal (art. 175) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, arts. 66 a 68) e, obviamente como ilícito civil e deontológico.

8.11 A criação de conselhos e órgãos internos aos meios de comunicação

Na divulgação de fatos e opiniões, os meios de comunicação social devem observar os princípios éticos que mantenham e valorizem o respeito à dignidade da pessoa humana. Para fazer valer tal esperança devem funcionar conse-

lhos e órgãos internos e externos que promovam a crítica das matérias publicadas ou transmitidas. O conselho editorial, a direção, a chefia ou a secretaria de redação e o *ombudsman* são alguns deles para realizar o controle doméstico de qualidade dos textos, das imagens, dos programas, enfim, da produção intelectual e artística. Sobre o tema, Clóvis Rossi salienta a idéia dos comitês de redação reivindicadas por alguns sindicatos de jornalistas porém rejeitadas sistematicamente pelos empregadores. A alegação, não explícita, é a de que os comitês seriam, na prática, *soviets* de jornalistas que se apossariam, aos poucos, do jornal, revista ou TV em que instalassem, mudando as posições editoriais que seus donos defendem.²³ Tal risco, porém, seria mínimo como lembra o mesmo articulista ponderando que na maioria das redações há uma vasta gama de tendências políticas e ideológicas ao lado de grande apatia ou amorfismo político. Ele reconhece a existência do problema destacando que o caminho para superá-lo não é simplesmente negar-se a discutir a possibilidade dos comitês de redação — ou outra fórmula que admita a participação dos jornalistas na orientação editorial — e, sim, “combater a apatia e estimular a participação de todos (ou, ao menos, da grande maioria) nas decisões que a todos afetam”. E insiste: “Não há porque não aplicar esse conceito também à pequena comunidade que é uma redação de jornal, revista ou TV, ainda mais que esse pequeno núcleo trabalha com um artigo que afeta, direta ou indiretamente, a vida de núcleos bem maiores: a informação”.²⁴

Na mesma fonte encontra-se a indicação da experiência do jornal *Lemondre*, como exemplo clássico da participação

23. *O que é jornalismo*, Brasiliense, S. Paulo, 1981, p. 64.

24. Clóvis Rossi, ob. cit., p. 66.

dos empregados na gestão de empresas jornalísticas. As decisões da vida cotidiana do jornal continuam afetas à competência exclusiva da direção, mas as diferentes sociedades internas criaram conselhos que influem na política global. A Sociedade de Redatores instituiu os Conselhos de Redação que periodicamente reúnem diretores e jornalistas para debater contratações, admissões, reajustes salariais, controle de publicidade, linhas políticas e outros assuntos.

8.12 A atuação de conselhos (federal e regionais) integrados por profissionais dos meios de comunicação

A criação de órgãos de controle externo das atividades dos meios de comunicação e formado por profissionais de diversas áreas nos campos da produção, publicação e transmissão, continua sendo uma questão aberta. Na Grã-Bretanha uma pessoa que tenha sofrido invasão ilegal ou inadequada de sua privacidade, poderá recorrer ao *Press Council*. No ano de 1976 esse órgão promulgou a conhecida *Declaration of Principle on Privacy*, com a seguinte fórmula: "Invasão de privacidade por fraude ou métodos tecnológicos os quais não sejam por si sós ilegais pode apenas ser justificável nos casos de uma busca de informação cuja divulgação é necessária em face do interesse público e sempre que não exista outro meio razoável para sua obtenção ou confirmação."²⁵ O aludido órgão estimula jornalistas a utilizarem sua compaixão e discrição e a evitarem causar dor ou humilhação a pessoas que tenham sofrido perda de parentes ou amigos próximos, a menos que esteja claro que a publicação servirá a algum interesse público legítimo e não haja nenhum outro método razoável para obtenção da matéria.

25. *Press Council Annual Report*, 1976, n. 23, 150.

Em nosso País, no entanto, a instituição de um Conselho de Comunicação formado por profissionais da imprensa, do rádio e da televisão, parece muito pouco provável. Com efeito, não há possibilidade de se adotar a prática similar das corporações de advogados, médicos e outros profissionais liberais vinculados a um Estatuto ou Regulamento. Em primeiro lugar porque há um grande número de colaboradores que não são profissionais da comunicação. Eles não se submeteriam aos códigos deontológicos elaborados sob critérios de disciplina funcional e profissional. E depois, as múltiplas atividades no universo da comunicação social (serviços de notícias, reportagens, comentários, debates, entrevistas etc.), não permitem redigir um diploma abrangente e capaz de satisfazer aos mais variados interesses profissionais, além do interesse público inerente à informação.

8.13 A intervenção do Conselho de Comunicação Social

Criado pela Constituição de 1988, o chamado Conselho de Comunicação Social tem a natureza de órgão auxiliar que deve ser instituído pelo Congresso Nacional, "na forma da lei" (art. 224).

A idéia de um órgão estatal para atuar no campo da comunicação social (garantias, direitos, deveres, propriedade, outorga e renovação de concessões, permissões e autorizações etc.) não foi bem assimilada pelas empresas e pelos profissionais da informação. Também os políticos não têm revelado sensibilidade e competência para elaborar propostas legislativas que permitam não apenas legalizar como também e fundamentalmente legitimar o CCS.

8.14 Os conselhos e grupos comunitários

Os núcleos familiares e sociais incorporados em conselhos ou grupos comu-

nitários constituem também, ao lado de outros sistemas e mecanismos, poderosos agentes de defesa contra os programas e as programações de rádio e televisão — e de outros meios de comunicação — que atendem contra aos princípios referidos no art. 221 da Constituição (ver item n. 19). O reconhecimento da existência e da importância de grupos legítimos de opinião e de pressão é uma das virtudes do Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo de nossa lei fundamental.

8.15 Os direitos de resposta e de retificação

Tais direitos já foram objeto de comentário no item n. 5 para o qual se remete o leitor.

É importante destacar que tais institutos devem receber melhores textos legislativos, procedimentos mais simplificados e um tratamento judicial adequado aos relevantes interesses que gravitam à sua volta. Além disso, tanto a resposta como a retificação devem ser factíveis também através da radiodifusão.

8.16 A intervenção judicial

O § 1.º do art. 220 da Constituição anuncia a existência de um tormentoso e permanente conflito entre a liberdade de informação e alguns direitos da personalidade, como a intimidade da vida privada, a honra e a imagem. Ele exige a atuação dos juízes e tribunais para aplicar as normas jurídicas que definem os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação.

Este é um dos problemas rotineiros tratados pela justiça criminal ou cível. A respeito, o Anteprojeto da OAB estabelece que o litígio deverá ser resolvido em favor do interesse público visado pela informação (art. 8.º). E o parágrafo único deste artigo indica as causas excludentes

de ilicitude, declarando que não caracterizam violação dos direitos da personalidade: a) a divulgação de informação dada pela autoridade pública; b) a divulgação da imagem ou do som colhidos em local público ou de acesso público; c) a narração e a crítica de fatos de interesse público; e) a publicação ou transmissão de informações colhidas nas Casas Legislativas e em procedimentos administrativo ou judicial, ressalvados os casos legais de sigilo.

A intervenção judicial, no sistema brasileiro, se realiza através de medidas e ações no âmbito do Direito Penal, do Direito Civil, do Direito Eleitoral e do Direito Administrativo, conforme disposições da Constituição, da Lei 5.250, de 9.2.67 (Lei de Imprensa), dos Códigos Penal e Civil, e outros diplomas como a Lei 4.737, de 15.7.65 (Código Eleitoral) e a Lei 8.069, de 13.7.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). A censura pela intervenção judicial é posterior (vedada a censura prévia) salvo quando se tratar de publicação ou transmissão de dados e informações constantes de processo que corre em segredo de justiça, como, por exemplo, as ações de investigação de paternidade, de separação e de divórcio (CPC, art. 155).

Existem abusos que caracterizam crimes ou ilícitos civis, eleitorais e administrativos. Como exemplos da primeira espécie surgem as clássicas hipóteses de ofensa à honra (calúnia, difamação e injúria). Quanto à segunda, aparecem as formas de violação causadoras de dano material, moral ou à imagem, sujeitas à indenização financeira em favor do ofendido. Relativamente à terceira espécie pode-se mencionar as ofensas à honra ou aos critérios de propaganda eleitoral feita pela radiodifusão gerando interdição de programas, de pessoas e o exercício dos direitos de resposta e de retificação. Finalmente, quanto ao quadro dos ilícitos administrativos, existem múltiplas hipóteses de atuação judicial como o cancelamento

lamento da concessão ou permissão para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF, art. 223, § 4.º).

8.17 As liberdades, os direitos e os meios de controle

Não pode ser averbada como radical e muito menos opressora a conclusão de que num Estado Democrático de Direito o exercício das liberdades e dos direitos de comunicação e de informação pressupõe meios democráticos de controle dos abusos. O clássico confronto entre o jornalista e o juiz deve ser substituído por uma vasta gama de agentes intermediários que, identificados com a natureza e a importância dos valores, bens e interesses em conflito, possam viabilizar soluções alternativas deixando para a Justiça apenas a decisão dos casos para os quais falharam todos os demais meios e mecanismos, institucionais ou não.

Dentro de tal perspectiva — oposta aos maniqueísmos que intoxicam e pervertem a equação do assunto — soa como necessária e urgente a discussão ampla em torno dos caminhos democráticos, éticos e de justiça a serem percorridos. E os meios de comunicação devem dar a partida. Principalmente nestes novos tempos quando a necessidade da informação livre e pluralista deve propor e estimular as decisões populares em torno de figuras e problemas públicos. Mas sem as práticas da negligência da desinformação da impecrícia da deformação ou da imprudência do justicamento sumário tão ao gosto do monopólio de opinião e das sentenças de maldição que ornamentam as ditaduras de todas as idades e lugares.

9. O princípio do acesso à jurisdição

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o direito de acesso à justiça, em termos muito expressivos:

“Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competente remédio efetivo para os atos que violem direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (art. VIII).

Na Carta Política portuguesa o princípio acima vem enunciado nos seguintes termos: “A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa de seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos” (art. 20, n. 2).

O generoso princípio do acesso à jurisdição está consagrado pela nossa lei fundamental com a declaração de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV).

O princípio funciona para as hipóteses de ação penal pública (pura ou condicionada) e de iniciativa privada. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando textos da Constituição, reconheceu a legitimação alternativa entre o Ministério Público e o ofendido, em face da interpretação sistemática das normas relativas à proteção da honra e da ação privada subsidiária.

A Constituição garantiu expressamente ao particular o direito de acesso à jurisdição criminal prevendo a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (art. 5.º, LIX). Esta evolução do princípio de acesso à jurisdição está orientando a jurisprudência para estabelecer a legitimação alternativa do ofendido que, sendo funcionário público e agravado *propter officium*, pode promover diretamente a ação penal através de queixa em lugar de dirigir a representação para que o Ministério Público o faça. Assim foi decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 70.029-2, relatado pelo Min. Paulo Brossard e no Agravo Regimental em Inquérito n. 726-0, sendo relator o Min. Sepúlveda Pertence (DJU, de 29.4.94).

10. O princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade se extrai de duas normas constitucionais: a que proclama a dignidade da pessoa humana e a que declara a presunção de inocência. A primeira constitui um dos fundamentos da República e a segunda estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 1.º, III e art. 5.º, LVII). A ênfase dada ao caráter criminal da sentença revela que a expressão “culpado” deve ser reconhecida como indicativa da culpabilidade, ou seja, a reprovabilidade da formação da vontade, na adequada síntese de Jescheck.²⁶

O princípio da culpabilidade também é deduzido de normas penais ordinárias, como se poderá ver pelos arts. 19, 29 e 121, § 4.º do Código Penal, e se manifesta em outros dispositivos referentes ao crime e à pena (arts. 20 e § 1.º, 21, 22, 26 e parágrafo único, 27, 28, parágrafos 1.º e 2.º, 29 e parágrafos do CP). A propósito, a Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal, declara: “Retoma o Projeto, no art. 19, o princípio da culpabilidade, nos denominados crimes qualificados pelo resultado, que o Código vigente submeteu a injustificada responsabilidade objetiva”.²⁷

A doutrina clássica de Direito Penal considera a culpabilidade como um dos elementos estruturais do delito para se evitar a adoção da responsabilidade objetiva. Modernamente se sustenta que a culpabilidade não se esgota na relação de desconformidade substancial entre o fato e o ordenamento jurídico, “sino que además fundamenta el reproche personal

contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho”. Esta é a opinião de Hans Welzel em obra fundamental a respeito da teoria finalista da ação.²⁸ Dentro de tal perspectiva, a culpabilidade é um pressuposto da pena em obediência ao aforisma de garantia *nulla poena sine culpa*. Acolhendo esta linha de raciocínio Damásio de Jesus conclui que “a culpabilidade é pressuposto da pena e não requisito ou elemento do crime”.²⁹

A culpabilidade jurídico penal tem como elementos: a) a imputabilidade, ou seja, a capacidade de culpa; b) a consciência (real ou potencial) da ilicitude do fato; e c) a exigibilidade de conduta diversa.

Para o mestre chileno Enrique Cury, “*La culpabilidad es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho. Por consiguiente, significa que el disvalor del acto injusto se extiende también a la persona del agente, porque puede serle atribuido como obra suya*”.³⁰

Relativamente aos crimes de imprensa, o aludido princípio se impõe não apenas em face da regra de abrangência do art. 12 do Código Penal,³¹ mas, ainda, por disposição expressa da Lei 5.250/67. Com efeito, declara o § 5.º do

28. *Derecho Penal Alemã*, trad. de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yanez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 196.

29. *Direito Penal — Parte Geral*, Saraiva, S. Paulo, 1991, 1.º/398.

30. *Derecho Penal — Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 1 (Grifos do original).

31. Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário.

26. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. de Santiago Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1978, I/559.

27. Item n. 16.

art. 37: "Nos casos de responsabilidade por culpa previstos no art. 37, se a pena máxima privativa da liberdade for de 1 (um) ano, o juiz poderá aplicar somente a pena pecuniária". Esta regra indica que a responsabilidade pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, somente poderá ocorrer nas hipóteses de dolo ou de culpa, em sentido estrito (CP, art. 18). Tal conclusão é reforçada pela declaração expressa de que a responsabilidade civil é dependente do dolo ou da culpa (art. 49).

Expressamente declarando o caráter subjetivo da responsabilidade penal nos crimes de imprensa é o voto do Min. Xavier de Albuquerque, acolhido por unanimidade, na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal em 18.4.74.³²

Muito embora o dolo e a culpa não constituam elementos da culpabilidade e sim formas do tipo subjetivo de ilícito, não há dúvida no sentido de que tanto uma como outra dessas modalidades de conduta humana constituem as bases sobre as quais opera o juízo de censura pessoal dirigido contra o autor. Assim sendo, o dolo e a culpa são pressupostos da "reprovabilidade da formação da vontade", conforme a lição de Jescheck, acima referida.

O Anteprojeto da OAB de maneira expressa consignou o princípio da responsabilidade subjetiva através do art. 17: "São responsáveis pelos crimes praticados através dos meios de comunicação: I — dolosamente, o autor da publicação ou transmissão, nas matérias assinadas ou por outra forma identificadas; II — culposamente".

32. RTJ 77/227: "...a Lei n. 5.250/67 não adotou a responsabilidade objetiva. Diz ela, ao invés, que a responsabilidade sucessiva constitui, nos casos em que é prevista, responsabilidade por culpa (art. 37, § 5.º)".

11. O princípio da personalidade da pena

O princípio da personalidade da pena é expressamente declarado pela Constituição ao estabelecer que nenhuma pena (criminal) passará da pessoa do condenado (art. 5.º, XLV).

O delito é produto da ação humana individualmente considerada, mesmo quando o evento típico decorre do concurso necessário ou eventual de mais de uma pessoa. A sanção penal, tanto sob a forma de pena como de medida de segurança, não pode ser aplicada ou executada contra quem não foi o autor ou partícipe do fato ilícito.

Tal princípio é vigorante também no campo da responsabilidade penal quanto aos crimes de imprensa. Daí a oportunidade da lição de Vicente Cernicchiaro, *verbis*: "A Lei de Imprensa — Lei 5.250, de 9.2.67 — adotou o conhecido sistema *par cascades* ou belga, embora o Brasil seja o país que o inscreveu pela primeira vez. Considerada a pluralidade de pessoas que participam da elaboração de jornais, a lei enumera quem, em ordem sucessiva, responderá pelo crime cometido através dos meios de comunicação. Cumpre guardar atenção à responsabilidade pessoal, vale dizer, individual (do indivíduo). *Não basta alguém constar do rol, e só por isso, arcar com o delito.* Duas razões imediatamente sobem à tona: a) é vedada a responsabilidade pelo fato de outrem; b) crime é conduta; sem ela ninguém comete delito algum. E essa conduta precisa reunir os elementos relevantes, consciência e vontade de praticar a ação ou omitir-se, havendo dever jurídico de atuar, pelo menos, culposamente".³³

33. Luiz Vicente Cernicchiaro, "Princípio da responsabilidade pessoal", em *Direito Penal na Constituição*, RT, S. Paulo, 1990, pp. 83-84 (grifos meus).

O Supremo Tribunal Federal, em precedente fundamental para o estudo da matéria, decidiu que não é inconstitucional o sistema da responsabilidade sucessiva, tradicionalmente acolhida pelo Direito brasileiro. Em seu voto, o relator, Min. Xavier de Albuquerque, salienta que o sistema da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa é “mais velho do que a regra de que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”. (...) “... a regra da responsabilidade pessoal, também jamais desertou do direito constitucional pátrio”. E refere como paradigma histórico o processo do *Correio da Manhã*, instaurado por queixa de Epitácio Pessoa contra Mário Rodrigues, no qual a Suprema Corte ementou: “Não atenta contra a Constituição Federal o dispositivo da Lei de Imprensa criando a responsabilidade sucessiva dos cooperadores do crime”.³⁴

12. O princípio da proporcionalidade da pena

Além de consagrar a proteção à honra, da intimidade e da vida privada,³⁵ como nenhuma outra Carta Política o fizera, a Constituição instituiu expressamente o princípio da proporcionalidade da resposta em relação à gravidade da ofensa (art. 5.º, V). Depreende-se de tal proclamação que o princípio abrange também a resposta penal.

A expressão “agravo” (ou ofensa) utilizada pela Carta Política é sinônimo de dano ou lesão, como se poderá verificar pelo inc. X do mesmo artigo quando se refere à indenização como um direito decorrente da violação da intimidade, da

vida privada, da honra e da imagem das pessoas. A lei de imprensa usa a expressão “dano” (moral e material) como fatos geradores da responsabilidade civil (arts. 49, 51, 53, 54, 56 e 57).

Tais vocábulos não se confundem com o abuso que caracteriza uma das modalidades do comportamento indevido. A Lei 5.250/67 se vale desta expressão como denominador geral dos ilícitos penais, civis e administrativos (arts. 12 e 27).

13. O princípio da individualização da pena

A Constituição declara o princípio da individualização da pena quanto aos momentos da aplicação e da execução da pena (art. 5.º, XLVI e XLVIII). O princípio se reflete em disposições do Código Penal (arts. 59 e 60) e do Código de Processo Penal (art. 387).

O art. 37 da Lei de Imprensa consagrou o sistema da responsabilidade sucessiva em lugar da responsabilidade solidária instituída pela lei francesa de 1819 (art. 24), punindo os causadores do fato como autores e cúmplices.

Lembra Arruda Miranda que são quatro os sistemas conhecidos em torno da responsabilidade pelos crimes de imprensa: a) o solidário; b) o sucessivo; c) o misto e d) o das penas complementares. O primeiro era seguido na França pela referida Lei de 1819; o segundo, pelo direito belga; o terceiro pelo Édito Albertino de 1848 e o quarto, pelas legislações da Alemanha e da Áustria.³⁶

A Lei 5.250/67 adotou o sistema belga (*par cascades*),³⁷ estabelecendo

34. Em *Rev. do STF*, 67/78, citada pelo voto que se encontra na *RTJ* 71/226.

35. Constituição, art. 5.º, X — “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

36. *Comentários à Lei de Imprensa*, RT, S. Paulo, 1994, t. 2, p. 571.

37. Tal sistema já havia sido adotado em nosso País desde a Lei de 20.9.1830 e o Código Criminal do Império, de 16 de dezembro daquele mesmo ano.

como responsáveis, sucessivamente, pelos crimes cometidos através da imprensa, emissoras de radiodifusão e das agências de notícias: o autor, o editor, o impressor e o distribuidor (art. 37).

14. O princípio das reações alternativas à prisão

Na redação original do Código Penal de 1940, a privação da liberdade e a multa constituíam as duas únicas frentes de combate ao delito, na categoria das chamadas penas principais. Com a reforma operada pelas Leis 7.219 e 7.210, de 11.7.84 foram introduzidas a prestação de serviços à comunidade, as interdições temporárias de direitos e a limitação de fim de semana, como penas restritivas de direitos.

A Constituição de 1988 apresenta duas novas vertentes que deságuam na orientação doutrinária e jurisprudencial que defende a aplicação das penas alternativas: trata-se da obrigação de motivar as decisões judiciais e a da prestação social alternativa. Uma dirigida ao juiz; outra ao condenado. Ambas libertas dos males e dos preconceitos típicos das sanções tormentosas e infamantes. Com efeito, em nenhuma Carta Política anterior a difusão de hipóteses de reação penal e as molduras de segurança tanto individual como coletiva, apresenta-se com as fórmulas claras e impositivas como agora se verifica. A própria regra da individualização da pena, declarada em preceitos da Constituição e da lei ordinária, ganhou renovado vigor com a sua inclusão sistemática na abertura do elenco das sanções criminais.

A prestação social alternativa como variante da pena institucional, pode assumir as modalidades já previstas no Código Penal e avançar para outras que se mostrem necessárias e suficientes para reprovar e prevenir o delito. Assim também devem ser vistas as sanções penais de restrição da liberdade, de perda de bens e da suspensão de direi-

tos. Elas precisam ser consideradas na reordenação da Parte Especial do Código Penal e na elaboração das novas leis especiais — entre elas a futura lei de imprensa — não como efeitos da condenação, porém como espécies autônomas e independentes de penas criminais.

Para além das hipóteses das alternativas estabelecidas como penas propriamente ditas, o sistema criminal positivo pode e deve adotar medidas de restrição à liberdade e a outros bens através do processo penal. Em tais sentidos despontam as propostas de reforma setorial do Código de Processo Penal com as medidas restritivas de liberdade e de outros direitos, a transação penal, a suspensão do processo mediante prova e a ampliação dos limites da fiança. As primeiras constituem alternativas para as formas de prisão provisória (em flagrante, temporária, preventiva, resultante de pronúncia ou da condenação recorível). A transação penal implica no pagamento voluntário da indenização em favor do lesado, da multa e na aceitação da medida restritiva de direitos (cumulada ou alternadamente) enquanto a *probation* consiste numa espécie de antecipação do *sursis*. E a última pretende revigorar um instituto tradicionalmente desacreditado em face da inflação. Portanto, além das penas alternativas, isto é, de sanções especificamente tipificadas como tais, há necessidade de se adotarem outras modalidades de resposta. São as reações alternativas à prisão e que decorrem tanto do Direito Penal como do Direito Processual Penal.

É tempo da pena institucional perder o monopólio na luta contra o delito. O sistema positivo e a prática da justiça criminal devem se livrar da obstinação em ver a prisão como sinônimo exclusivo de pena, assim como lembra Michel Foucault, em sua vigorosa obra-denúncia: "De manière que si j'ai trahi mon pays, on m'enferme; si j'ai tué mon père on m'enferme; tous les délits imaginables sont punis de la manière la plus uniform. Il me semble voir un médecin qui, pour tous les maux, a le même remède". (*Surveiller et punir*).