

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

RENATO GOBETTI DE SOUZA

O DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO

MARÍLIA

2017

RENATO GOBETTI DE SOUZA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior.

MARÍLIA

2017

Souza, Renato Gobetti de

O direito fundamental à comunicação no Estado Democrático de Direito brasileiro / Renato Gobetti de Souza; orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Marília, SP: [s.n.], 2017.

163 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Estado. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direito à Comunicação.

CDD: 341.27

À minha esposa, Vanessa, pela capacidade de suportar as agruras da vida e de partilhar um projeto.

À minha mãe, Carmen, pela resiliência.

Ao meu pai, Sydney, in memoriam, pelo exemplo da vida vivida.

“Ao meu irmão”, Rodrigo, in memoriam, com toda a carga que essa expressão porta.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador professor Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior pela acolhida inicial nessa casa de ensino, pelo incentivo e por todas as contribuições empreendidas nessa jornada.

Ao professor Dr. Edinilson Donisete Machado pela aceitação do convite em integrar o momento de avaliação desse trabalho, mas, sobretudo pela preocupação em partilhar seus conhecimentos, agradecimento que aproveito para render homenagem a todos os docentes desse Programa de Mestrado.

À equipe de suporte administrativo do Mestrado, em especial à secretária Leninha, pela dedicação e pelo respeito aos discentes desse Programa.

Aos meus familiares pela preocupação, estímulo e afeto dispensado durante esse percurso.

Ao professor Dr. Fernando de Brito Alves pelas proposições, o que me faz rememorar todos àqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuíram para o desenvolvimento dessa pesquisa e, certamente, não foram poucos.

SOUZA, Renato Gobetti de. **O direito fundamental à comunicação no Estado Democrático de Direito brasileiro**. 2017. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

É renitente no Brasil o processo de interdição que permeia a discussão sobre o direito à comunicação. A prática nacional é reveladora de que há um silêncio ensurdecido no tratamento do tema. O contexto histórico-social hodierno denuncia o sentimento de esmorecimento que atravessa o exercício democrático no país. Os incumprimentos constitucionais e o alijamento do povo dos debates das grandes questões nacionais comprometem o Estado Democrático de Direito. Como contributo à desinterdição do debate objetiva-se uma análise do direito à comunicação perspectivada na Constituição brasileira, verdadeiro acordo vinculativo e de regência do Estado e da sociedade. Nesse sentido, procede pelo método hipotético-dedutivo pelo exame de fatos, verificação da evolução da realidade, revisão da bibliografia, legislação e jurisprudência, a aproximação do direito à comunicação a partir da compreensão do Estado e da afirmação da Constituição. Desse modo, observa-se que a tarefa de revelação da comunicação como um direito subsiste como imposição contemporânea. Aliás, a roupagem de direito fundamental longe está de encerrar a discussão sobre sua adequada compreensão e inserção na seara jurídica. As omissões dos poderes e o aprisionamento às regulamentações legislativas do texto constitucional mantêm os direitos fundamentais, sobretudo os prestacionais e de concretude relacional, comprimidos e ineficazes. A perspectiva é de um delineamento preciso no contexto de posições dominantes enraizadas na teoria jurídica, perfazendo um processo de enfrentamento das amarras teóricas impostas pela construção jurídica com vistas à estancar o profundo desrespeito que margeia os direitos fundamentais, notadamente os de cariz social e transindividual. Assim, é possível concluir que no contexto de um novo modelo de Estado, de uma Constituição, influenciada pelos ditames do constitucionalismo contemporâneo, de uma leitura constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, reais possibilidades se abrem para o direito fundamental à comunicação, compreendendo a necessidade de se avaliar com justeza as perspectivas da transformação, assentada na possibilidade e no dever de atuação do Poder Judiciário na concretização desse direito.

Palavras-chave: Estado; Direitos Fundamentais; Direito à Comunicação.

SOUZA, Renato Gobetti de. **The fundamental right to communication in the Brazilian Democratic State of Law**. 2017. 163 f. Dissertation (Masters in Law) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

The impediment that permeates the discussion about the right to communication is persistent in Brazil. The national practice reveals that there is a deafening silence in the treatment of the subject. The sociohistorical context today depicts a feeling of discouragement with the democratic practices in the country. The noncompliance to the Constitution and the exclusion of the people from the important national debates jeopardize the Democratic State of Law. With an aim to contributing to the opening up of the debate, this study provides an analysis of the right to communication within the Brazilian Constitution, the true agreement that binds and rules the State and the society. In this sense, the study proceeds by using the hypothetico-deductive method, the examination of facts, the verification of the evolution of the reality, the review of the bibliography, legislation and jurisprudence, the closeness of the Law with the right to communication based on the understanding of the State and the affirmation of the Constitution. In this way, it is observed that the task to reveal that communication as a right remains a contemporary burden. In fact, the fundamental law is far from ending the discussion about its proper understanding and insertion in the legal arena. The omission of the Powers and the imprisonment of the legislative provisions of the constitutional text keeps the fundamental rights, especially those that are utilitarian and relational, compressed and ineffective. The perspective is one of a precise delineation in the context of dominant positions rooted in the legal theory through a process of confrontation of the theoretical constraints that are imposed by the juridical construction with a view to stopping the deep disrespect that borders the fundamental rights, especially those of a social and transindividual nature. Thus, it is possible to conclude that in the context of a new State model, of a Constitution that is influenced by the dictates of the contemporary constitutionalism, of a constitutionally adequate reading of the fundamental rights, real possibilities are opened to the fundamental right to communication, with an understanding of the need to accurately evaluate the perspectives of the transformation, based on the possibility and the duty of the Judiciary Power in the realization of this right.

Keywords: State, Fundamental Rights, Right to Communication

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| CAPÍTULO 1 -ESTADO E CONSTITUCIONALISMO | 12 |
| 1.1. Estado como forma de organização política..... | 12 |
| 1.2. Estado Liberal..... | 17 |
| 1.3. Estado Social | 28 |
| 1.4. Estado Democrático de Direito | 34 |
| 1.5. Constitucionalismo contemporâneo | 43 |
| CAPÍTULO 2 -DIREITOS FUNDAMENTAIS | 53 |
| 2.1. Compreensão dos direitos fundamentais | 53 |
| 2.2. Direitos fundamentais como parâmetro de atuação dos poderes públicos e privados..... | 61 |
| 2.3. As funções dos direitos fundamentais | 71 |
| 2.4. Eficácia e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais..... | 79 |
| CAPÍTULO 3 -O DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO..... | 91 |
| 3.1. Os meios de comunicação de massa na contemporaneidade..... | 91 |
| 3.2. Contribuições internacionais ao direito à comunicação | 105 |
| 3.3. O direito à comunicação à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988..... | 119 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 151 |
| BIBLIOGRAFIA | 155 |

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresenta como dimensão social a atualidade do problema da incúria dos poderes constituídos em tratar do direito fundamental à comunicação, compreendido nos estreitos limites liberais defensivos, como resultado do pensamento liberal-burguês, portanto aferrado à índole marcadamente individualista e ao discurso hermético à atuação estatal.

Os direitos fundamentais e, em verdade, o Direito, como porção da realidade social, demandam uma leitura não alheada da história e não podem ser percebidos sem base concreta. Exigência, aliás, que não se manifesta tranquila a partir dos influxos dos domínios da modernidade, indisfarçadamente técnica, mecânica, como se percebe das interpretações, e permeada por um sistema fechado de referências, como o positivismo, portanto, desapegada das compreensões dos fatos concretos e dos interesses da existência prática. Dinâmica, que, muitas vezes, permeia o pensamento jurídico e recobre as interpretações dos textos legais.

O esforço a ser empreendido é desvelar a insuficiência das, ainda, prevalentes ideias de que para o gozo da liberdade de expressão bastam o desvencilhar da censura e do maior respeito pelo Estado das liberdades comunicativas. Nos tempos presentes, urge o atuar compromissado às novas exigências.

O processo de desenvolvimento das condições para o exercício da comunicação é refreado pelo movimento de concentração dos meios de comunicação privados e da preponderância econômica. A preocupação circunscrita ao Estado escamoteia o emergir do poder privado e a defesa de uma liberdade de expressão que oprime, sufoca e silencia as vozes. Na contemporaneidade as ameaças privadas, lastreadas no domínio do círculo-financeiro, impõe outro viés da preocupação libertária. Mas, em Estados de desenvolvimento interrompido, sob a influência da defesa da minimização estatal, a reflexão sobre a preocupação com o processo de perda das condições equilibradas para a comunicação e a necessidade da atuação estatal para correção das desigualdades ficam expostas a toda ordem de contestação.

O caminhar da pesquisa vem perspectivado em movimentos que refletem uma espécie de negociação permanente do que se tem traçado como rumo estratégico e os caminhos a serem trilhados na luta candente. Compreende a necessidade de não se perder no transcurso histórico, procurando apreciar com justeza as condições do curso da transformação, imbuída de que projetos para o Brasil não são gestados sem amplitude, como verificado desde a formação do povo e da Nação, firmado na intolerância com a causa, mas permeado pela condescendência nos caminhos.

Diante da aridez do cenário vivenciado na contemporaneidade e envolto da letargia do poder público frente à comunicação, a pesquisa pretende apresentar subsídios para o reconhecimento e proteção do direito à comunicação, aceitando-o como essencial à cidadania e à democracia.

A partir da constatação de que os meios de comunicação ocupam de forma centralizada um espaço que deve ser público, típico dos regimes democráticos, e da consciência, no presente, dos meios de comunicação como construtores de uma certa afinação, de uma convicção de mundo, de uma naturalização e manutenção da vida social, faz-se necessário pensar com acuidade sobre o direito à comunicação, em uma sociedade democrática, como um direito com progressiva amplitude de participação.

No alvorecer deste século é preciso talhar o direito à comunicação como um direito fundamental, atrelado à garantia de um espaço público ativo, o que pressupõe não pensarmos em paradigmas individualistas, em exclusividade da dimensão individual e defensiva do direito. As raízes pluralistas e as mudanças na esfera pública impõem a rediscussão das liberdades na comunicação, fundamentais ao processo de leitura da realidade social e de fiscalização das decisões políticas do governo, projeto inserido na incessante busca por mais legitimidade e na caracterização da liberdade como a possibilidade real de ação sem peias da opressão estatal, mas, também, da opressão privada.

O chão de análise é a Constituição da República de 1988, expressão do contraponto às omissões nacionais e aos descasos com as demandas sociais. Ao percorrer pela vereda da Constituição não são poucos os pontos de enfrentamento das frustrações nacionais. Suas determinações partilham de um projeto de transformação da realidade perceptível desde a previsão do Estado Democrático de Direito e dos seus fundamentos. Na arena dos direitos fundamentais e, especificamente, da comunicação é reveladora a postura de superação dos incumprimentos dos desígnios sociais. A reflexão do direito à comunicação se dá, portanto, no palco da Constituição de 1988, a partir da sua interpretação e aplicação.

Nesse desiderato a pesquisa, pelo método hipotético-dedutivo e pelo exame de fatos, verificação da evolução da realidade, revisão da bibliografia, legislação e jurisprudência, parte para análise, no primeiro capítulo, do fenômeno do Estado enquanto forma de organização política com manifestações específicas durante o processo histórico, não como uma contínua evolução. Pretende o trabalho, a partir desse prisma, expor algumas ideias que manifestam o horizonte da reflexão sobre o Estado, considerando necessárias para saber se posicionar nas trincheiras ideológicas do cenário jurídico, sem desprezar a identificação do todo do movimento, avaliando as reais possibilidades de avanço dentro do conjunto das relações.

Assim, perpassa o trabalho pelo Estado Liberal, pelo Estado Social e pelo Estado Democrático de Direito, objetivando o esclarecimento desses fenômenos. A investigação sobre o Estado contribui para revelar a decisão da Constituição e a natureza das suas determinações, não raras vezes, incompreendidas por seus destinatários e reproduzidas indevidamente pelas teorias jurídicas. É vital para entender o papel do Direito e perceber as contribuições do movimento do constitucionalismo contemporâneo, como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. Serve para se desprender de crenças e práticas, ainda, alicerçadas no modelo liberal e individualista.

É daqui que se propõe, no segundo capítulo, a leitura dos direitos fundamentais. É inserido na realidade social e econômica produtora da intensificação das contradições fundamentais, que se identificam as lutas imediatas, representadas pela necessidade de afirmação da Constituição e no quadro dos direitos fundamentais, pelo dever de enfrentamento das amarras teóricas que circundam a teoria dos direitos fundamentais. Assim, a partir das tensões da realidade e das contribuições do constitucionalismo contemporâneo o trabalho procura demarcar posição nos pontos estruturais da teoria dos direitos fundamentais com o propósito de estancamento do processo de desrespeito e com intuito de reafirmação desses direitos, perpassando pela compreensão da vinculação, da dimensão, da fundamentalidade, das funções e da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

No terceiro capítulo, com os aportes teóricos realizados, o trabalho passa a se dedicar ao direito à comunicação, partindo da investigação do retrato dos meios de comunicação na contemporaneidade, considerando as alterações das condições para o exercício da comunicação. Na defesa da proteção do direito fundamental à comunicação, como contributo da inserção do homem no mundo como um ser reflexivo, crítico e mais apto à rediscutir a convivência humana, não deixa a pesquisa de apresentar as contribuições internacionais, percorrendo alguns documentos denunciadores das exigências de atualização para o exercício da liberdade de expressão, o que descerra o direito à comunicação. Empós, realiza a contextualização do direito à comunicação na teoria dos direitos fundamentais, partindo para o texto constitucional brasileiro de 1988, para o processo de leitura constitucionalmente adequada, viabilizador da abertura de perspectivas para a proteção e efetivação do direito fundamental à comunicação, tendo, em jeito de encerramento, contemplado a revisitação das tarefas do Poder Judiciário, decisiva na circunstância do momento histórico que vivemos.

1 ESTADO E CONSTITUCIONALISMO

1.1 Estado como forma de organização política

O estudo do Estado está alinhado à necessidade de compreender o Direito, na contemporaneidade, a partir da desautorização do desacoplamento entre o direito e a política, a democracia e o constitucionalismo.

Em verdade, essas tensões circundam a teoria jurídica e precisam ser revisitadas para a compreensão do papel que o Estado pode cumprir, sem abandonar a crítica mais profunda para se alcançar uma nova forma de convivência.

O trabalho não permite olvidar a crítica sobre a origem do Estado e seu desenvolvimento. Mas, procura o enquadramento em tempos atuais, avaliando com justeza as perspectivas da transformação da sociedade, se inserindo nos debates teóricos subsidiado desses elementos críticos que se tornam parâmetros para um posicionamento mais adequado na conjuntura que se apresenta, nos enfrentamentos das posições teóricas predominantes. Servem para que se percorram os caminhos sem perder o rumo estratégico.

A reflexão sobre o Estado e sua relação com a sociedade é um processo dinâmico, histórico e concreto que perpassa pela inter-relação entre Estado, governo, democracia, legitimidade e poder.

Nos dizeres de Dantas (2008, p. 54-55) a perspectiva histórica é um dos espectros em que ocorre o estudo da Teoria do Estado. A partir da Idade Moderna é que podemos falar de Estado como estrutura de organização do poder político soberano, assentado em um território delimitado, em que a Constituição desempenha um papel essencial. Por isso, o Estado nem sempre existiu e nem sempre existirá.

Dantas (2008, p. 76), assevera que o Estado é uma das formas de organização da comunidade política, por isso é um conceito histórico, influenciado por manifestações objetivas que condizem com a estrutura assumida.

No detalhamento da origem do Estado, Carreiro (1970, p. 121) registra que o Estado não nasceu com o grupo, embora haja surgido no grupo. Portanto, o Estado não existia, porque inexisteriam condições históricas para o seu condicionamento.

Em verdade, a formulação do Estado decorre do processo de formação dos fenômenos sociais, por isso demanda revisitação da história. Por isso, um processo complexo, pois a história não é retilínea, mas sim permeada de descontinuidade e conflituosidade. Löwy (2005, p. 83), ao se deparar com o tempo e a história, apresenta a reflexão de Benjamim sobre

a narrativa da história do progresso da humanidade como, na verdade, uma sucessão de vitórias dos poderosos.

Isso reflete que identificar a origem do Estado representa trazer outras vertentes da história, não somente a versão dos vencedores ou a predominante leitura oficial, sendo necessário realizar um alargamento das concepções históricas. O que não é uma tarefa fácil, pois, por vezes, a luta é contra a corrente exposta como natural pela história.

Não poderia ser diferente, portanto, a necessidade de justificar a origem do Estado a partir de algumas concepções teóricas. Desde os posicionamentos de que o Estado teria se formado naturalmente, como algo previamente concebido e as posições de que os homens estabeleceram um ente superior em relação às suas individualidades, por meio de uma convenção até aprofundamentos das circunstâncias que determinaram seu aparecimento, envolvendo a família, a força, a economia e o contrato.

Inúmeras são, portanto, as teorias de justificação do Estado, partindo das doutrinas teológicas que propugnava a subordinação do Estado à Igreja e o Estado como obra de Deus. Os homens, conformando-se com a vontade divina, devem reconhecer a autoridade do Estado, bem como manifestar obediência. O poder advém de Deus, por uma manifestação sobrenatural de sua vontade ou pela direção providencial dos acontecimentos e das vontades humanas. Na teoria do divino providencial, utilizada geralmente em apoio às monarquias, o Estado é um império moral e intelectual com base na direção e ordens divinas, sendo uma instituição divina, aclara Lima (1947, p. 109-112, *passim*).

A teoria da origem familiar do Estado apresenta como substrato a família, se apresentando sob a forma de uma família ampliada. Lima (1947, p. 113) registra que esse conceito povoou as tradições gregas e romanas e, na sua modalidade mais conhecida e mais típica, aparece na história do povo hebreu. Esse Estado se organiza a partir de elementos fundamentais da família, como a unidade do poder, o direito de primogenitura e a inalienabilidade do domínio territorial, servindo de fundamento ao absolutismo dos reis. Explica o autor que o respeito que se deve aos descendentes é da mesma natureza daquele que se impõe ao soberano, pai da grande família que é o Estado.

Essas teorias de origem do Estado e, por consequência, de explicação da sociedade ou dos fundamentos que levam a vida em sociedade ser seguida, sofre uma drástica mudança com os modernos.

O alinhavar de Mascaro (2002a, p. 32) exhibe que os gregos, em especial o pensamento aristotélico, observam a sociedade e o Estado como uma família ampliada. A somatória das famílias constituíam as vilas, que reunidas originavam cidades e depois

províncias e estas os Estados. A sociedade como resultado da natureza humana, a natureza social do homem, vigora até os modernos, pois nesse período o pensamento caminha com base em outros paradigmas.

Thomas Hobbes, um representante dos filósofos políticos modernos, aponta a origem do Estado em um contrato. Como assegura Lima (1947, p. 113), a partir da reflexão sobre a teoria da força e de Hobbes como um formulador mais preciso, o homem é por natureza um ser egoísta, que se apresenta como inimigo dos outros homens (*homo homini lupus*) e ao transitar do estado de natureza para a vida social emerge a necessidade de submeter-se a um poder político absoluto, amparado de autoridade suficiente para evitar a guerra de todos contra todos. O poder de governo é estabelecido pela renúncia, na formulação de Hobbes, por todos os homens de sua liberdade natural em benefício de uma única pessoa ou uma assembleia, tendo, portanto, a sociedade política se formado por um contrato.

Portanto, o paradigma é no sentido de que a sociedade seria antes de tudo a reunião de indivíduos isolados. Parte-se do pressuposto de que os seres humanos viviam isolados e que depois passaram a viver em sociedade.

Revela Mascaro (2002a, p. 33) que a modernidade inverteu, portanto, a natureza humana, considerando que ela é individual, enquanto Aristóteles a considerava ancorada na natureza social, o *zoon politikone*, ainda, que a sociedade advém do contrato, por mera deliberação de vontade, o que revela a vida social como acidente.

A construção contratualista, como diz Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 29), se apresenta no intercurso dos séculos XVI a XVIII, com a pretensão de firmar a origem do Estado e o fundamento do poder político a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que imponha fim ao momento pré-político, designado de estado de natureza, e inicie a sociedade política ou o estado civil. Mas, observam os autores que o estado de natureza aparece como mera hipótese lógica negativa, portanto, sem ter se realizado. Trata-se apenas de uma abstração com a finalidade de legitimar a existência da sociedade política organizada.

A não inserção do homem no interior da sociedade política, o leva ao estado de natureza. E que para Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 30) “Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como selvagem, sendo o mesmo que vive em sociedade”. Nesse caminho, nos desvenda Ribeiro (2006, p. 54) que o homem natural de Hobbes “É o mesmo homem que vive em sociedade”. Portanto, a história, o tempo ou a vida social não produzem efeitos modificativos na natureza do homem, sendo que para Hobbes não se concebe a história como transformadora dos homens. “Estes não mudam”.

O ponto central de Hobbes para responder uma urgência histórica mundial é como tornar legítima a autoridade política, tendo em vista que a justificativa não está na ordem cosmológica. Nesse sentido, incorpora à natureza humana o elemento de estado de guerra, ambientado na pobreza e no sofrimento, tendo o homem a paixão de manter a existência e fugir da morte. Nesse momento, se estabelece para Hobbes o pacto de união e submissão, pois sem a instituição política os homens se devoram. Portanto, em razão da segurança, os homens abdicam de seus direitos, estabelecendo um poder comum que deve ser respeitado.

Emerge a mistificação ideológica do *contrato social*, ou seja, a sociedade surge acidentalmente por contrato, pois o estado de natureza é pensado a partir do indivíduo que busca viver em um estado civil. E a ideia da soberania do Estado é afirmada na transferência de poderes dos indivíduos para o Estado, assim a origem da soberania está nos indivíduos.

Como aponta Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 34) “O Estado e o Direito se constroem pela demarcação de limites pelo soberano que, por não ser partícipe na convenção instituidora e, recebendo por todo desvinculado o poder dos indivíduos, tem aberto o caminho para o arraigamento de sua soberania”. As ações dos homens que dantes eram ilimitadas passam a sofrer limitações.

Não obstante comportar, ainda, o modelo contratualista outras manifestações teóricas, o fundamento comum dos modernos é que há a passagem do estado de natureza para o estado civil como momento de desenvolvimento da organização em sociedade e legitimação do Estado, tendo essa passagem sido concretizada como uma criação racional, sustentado no consenso dos indivíduos.

Essas construções passam por modificações e desenvolvimentos que reforçam o individualismo, a separação entre indivíduo e sociedade, a ideia de que os homens são livres e iguais em direito e depois o refinamento da liberdade negocial e da igualdade formal.

As estratégias teóricas apontadas levam a sustentação do Estado absolutista, em uma primeira versão do Estado moderno que depois com base em desenvolvimentos teóricos justificam o modelo liberal acompanhado do triunfo da burguesia.

Por isso é necessário demarcar que a construção teórica filosófica moderna é forjada no seio do capitalismo moderno, imbricado à realidade política, econômica e jurídica desse sistema e se apresenta como contraponto ao absolutismo. Conforme Mascaro (2002a, p. 21) é no capitalismo que se concede espaço para construções que seguem em vigor em tempos atuais na filosofia como a limitação do Estado pelo direito, a universalização dos direitos, o contratualismo e os direitos subjetivos individuais.

Com uma filosofia da práxis, filosofia da transformação, não relacionada com a tradição cognitiva e idealista, em Marx, o homem é considerado em seu aspecto prático, em sua sociabilidade. As relações humanas não são apreendidas de forma empírica ou em razão da natureza humana, mas são verificadas na história, a partir de Mascaró (2002a, p. 95).

Marx, em diálogo com Hegel, inverte a lógica dialética, indo da realidade para a razão. E a proposta para que se compreenda a história e a dialética advém das chaves filosóficas do materialismo histórico e materialismo dialético, ou seja, a análise a partir das relações sociais. As relações sociais subjacentes às coisas são relevantes, a totalidade das relações. O processo histórico da contradição da realidade e não da contradição na consciência como em Hegel, esclarece Mascaró (2002a, p.107-108).

O Estado e o direito em Marx são trabalhados em outra dimensão, pois não se trata de compreender o Estado como a razão, em bases ideais, no sentido hegeliano e nem tampouco o direito como a expressão do justo, mas que as relações de produção determinam a vida social e formam o Estado, assevera Mascaró (2002a, p. 112).

Engels (1977, p.191), na Origem da família, da propriedade e do Estado, afirma que o Estado:

É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.

As características do Estado são identificadas, primeiro, pelo agrupamento dos seus súditos de acordo com uma divisão territorial e segundo pela instituição de uma força pública, que é formada não só de homens armados como, ainda, de acessórios materiais, os cárceres e as instituições coercitivas de todo o gênero. E para dar suporte a essa força pública são exigidos os impostos. Com a força e com impostos a posição de superioridade está instalada. (ENGELS, 1977, p. 192-193).

A função do Estado, portanto, se dá de acordo com as relações de produção e assim afirma a filosofia marxista é, em verdade, uma estrutura para atender o capitalismo e suas demandas.

Nesse sentido, diz Engels (1977, p. 193-195) o Estado é:

[...] o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, se converte também em classe politicamente dominante e adquire novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo foi, sobretudo, o Estado dos senhores de escravos para manter os escravos subjugados; o Estado feudal foi o órgão de que se valeu a nobreza para manter a sujeição dos servos e camponeses dependentes; e o moderno Estado representativo é o instrumento de que serve o capital para explorar o trabalho assalariado. [...] A república democrática – a mais elevada das formas de Estado, e que, em nossas atuais condições sociais, vai aparecendo como uma necessidade cada vez mais iniludível, e é a única forma de Estado sob a qual pode ser travada a última e definitiva batalha do proletariado e a burguesia – não mais reconhece oficialmente as diferenças de fortuna. Nela, a riqueza exerce seu poder de modo indireto, embora mais seguro. De um lado, sob a forma de corrupção direta dos funcionários do Estado, e na América vamos encontrar o exemplo clássico; de outro lado, sob a forma de aliança entre o governo e a Bolsa. [...] O sufrágio universal é, assim, o índice do amadurecimento da classe operária. No Estado atual, não pode, nem poderá jamais, ir além disso; mas é o suficiente.

A filosofia crítica marxista aponta para uma fase do desenvolvimento em que as classes não mais subsistirão e conseqüentemente desaparecerá o Estado, com base nas contradições inerentes do sistema capitalista.

Ao compreender as formulações teóricas justificadoras do Estado é possível asseverar sua natureza de fenômeno histórico original de dominação. É, assim, produto de cada quadra da história aliada ao dominante modo de produção, portanto não é um conceito geral válido para todos os tempos.

Nesse sentido é que devem ser lidas as inúmeras teorias que procuram firmar as bases sobre as quais se estruturam a legitimidade do poder do Estado e que é possível compreender os engendramentos da construção teórica da modernidade que permeiam os tempos atuais, influenciando a forma política e a forma jurídica e que se pode rejeitar, especialmente, a autonomia absoluta dos conceitos jurídicos, a pretensão de fazer do direito a fonte do poder.

1.2 Estado Liberal

Na perspectiva da compreensão histórica do Estado como forma de organização emergida em um determinado momento e resultado das relações sociais específicas é que se pretende demarcar o Estado liberal e o Estado social e suas implicações no fenômeno jurídico.

Sem desconsiderar o processo de verificação interdisciplinar necessário à interpretação que envolve o Estado, com o aporte de ramos da ciência que produzem realidade como o direito, a economia, a história e a filosofia.

Nos primeiros apontamentos perpassamos pela ideia de que a organização política se assentou em diversos fundamentos ideológicos que se manifestaram na idade clássica e idade média pelos poderes dos senhores e reis legitimados na vontade cosmológica e divina. Entretanto, é na modernidade que se estrutura o Estado, ambientado no tempo histórico do capitalismo.

A idade clássica fundamenta sua filosofia a partir da pólis, da cidade, e o pensamento aristotélico não percorre a estrada do individualismo. O paradigma está assentado nas virtudes políticas. A virtuosidade se estabelece socialmente, politicamente e não de forma individual. O homem virtuoso é aquele virtuoso na pólis. E o homem que interessa ao direito é o homem social, contextualizado na dinâmica da realidade social. Do ponto de vista da justiça, a contradição entre a regra e as necessidades sociais é resolvida pela função da equidade. Trata-se de atenuar o ideal da regra genérica, tendo em vista a necessidade de ajustamento diante da perspectiva concreta, social.

Não é por outra razão que Aristóteles (1984, p. 137) usa o representativo *régua de Lesbos* para retratar a equidade no papel de corretivo da justiça legal:

Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos.

O mundo medieval é baseado em uma sociedade mais estática a partir do feudalismo, deixando o mundo de ser explicado pela sociedade para passar a ser explicado pela vontade de Deus.

Na virada para a idade moderna com o movimento renascentista há o rompimento com a teologia medieval, com o absolutismo. A denominação desse movimento é por conta da inspiração buscada junto aos clássicos e, em termos filosóficos, representa um deslocamento do eixo dos fundamentos teóricos, de Deus para o homem. Por tal razão se denomina também de Humanismo, esclarece Mascaro (2014, p.129).

Mas, no início da idade moderna a filosofia do absolutismo serve historicamente ao capitalismo, como manifestação necessária para o enfraquecimento do feudalismo que se apresenta como um modo econômico de produção limitador do livre comércio, o que resulta

na atribuição de poderes absolutos aos reis para quebrar as estruturas feudais. O Estado representa a condição de possibilidade para a burguesia, na compreensão de Estado centralizado, como poder institucionalizado.

O comércio, como aponta Mascaro (2002a, p. 19) é o fundamento do capitalismo, modelo de base mercantil, tendo os Estados na proposição de unificação dos territórios representado a possibilidade de maior alcance e desenvolvimento à atividade de comércio. A vinculação dos Estados à burguesia evidencia a intrínseca relação entre o Estado e o capitalismo.

Seguindo a exposição de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 40-42), no período medieval vigora a forma de dominação eminentemente pessoal do senhor feudal sobre o servo da gleba. Essa situação ocasiona uma multiplicidade de ordens, uma fragmentação do poder, revista pelo Estado absolutista a partir da dominação legal e racional, evidenciada na unificação dos poderes diluídos nos feudos pelo poder soberano da monarquia absoluta.

Dantas (2008, p. 73), ao tratar do pensamento político moderno, identifica a redução de espaço do dogmatismo religioso perante o livre exame, em que a produção teórica é desenvolvida em um caráter laico e mundano. E, ancorado em Heller, trata da nova palavra Estado como algo novo, pois, a partir da Renascença e no continente europeu, as poliarquias, de imprecisão territorial e coerência esgarçada, passam a ser unidades de poder contínuas e rigidamente organizadas, como um só exército permanente, uma exclusiva hierarquia de funcionários e um ordenamento jurídico unitário, estabelecendo a necessidade de cumprimento geral. Com a reunião dos mecanismos de dominação, militares, econômicos e administrativos, em uma unidade de ação política, se exterioriza o monismo de poder, relativamente estático, que diferencia o Estado da idade moderna do território medieval.

A marca dessa transição, identifica Mascaro (2013a, p. 17), é a abertura da separação entre o domínio econômico e o domínio político, diversamente de modos de produção anteriores ao capitalismo em que não há separação estrutural entre aqueles que dominam economicamente e aqueles que dominam politicamente, pois são as mesmas classes e indivíduos, senhores de escravo e senhores feudais, que controlam tanto os setores econômicos quanto os políticos de suas sociedades. A figura do burguês não é necessariamente a figura do agente do Estado, pois, a princípio, opera-se uma aparente distinção.

Essas são as bases de fundação do Estado absolutista, atrelada à ideia de soberania que ocasiona a concentração dos poderes nos monarcas, originando as chamadas monarquias absolutistas.

As monarquias absolutistas tomam os Estados, na medida em que personificam o Estado na figura do rei, com o propósito de assegurar a unidade territorial dos reinos, demarcando um elemento do Estado que é o território, tendo como fundamento para o exercício do poder a ordem divina.

Para Anderson (2004, p. 19) a classe dominante no Estado absolutista continuou sendo a aristocracia feudal. As dimensões da transformação histórica revela que, em verdade, com o enfraquecimento da servidão há um comprometimento do poder dos senhores feudais, tendo como resultado um deslocamento da coerção político-legal em direção a uma cúpula centralizada e militarizada, altamente concentrada no plano nacional, reforçando o poder real. Há, portanto, um processo conflituoso dentro da aristocracia, cujos interesses coletivos ainda serviam, pois marcado pela perda dos direitos políticos de representação dos membros individuais da classe aristocrática, mas com ganhos econômicos na sua propriedade.

Esse processo decorre dos limites do modo de produção feudal e do aceno do novo modo econômico capitalista, permeado pela dinâmica das relações de troca, do comércio e das grandes navegações.

Na perspectiva da correlação dos diversos tipos de organização política aos diferentes tipos de relação de produção, a característica que se percebe é a da mutação do desenvolvimento da atividade, na medida em que na transição do feudalismo para o capitalismo, a atividade não se desenvolve a partir de explorações diretas, que necessitam da força, da violência ou da tradição, típica do modelo feudal, mas, pela exploração indireta, típica da atividade capitalista.

Caldas (2014, p. 16) afirma que a dominação de uma classe sobre a outra no escravagismo e feudalismo se dá por meio da violência direta, não sendo dependentes de categorias jurídicas e políticas, pois a ideologia que legitima essa realidade se manifesta em campos como a religião. No capitalismo, a exploração da força de trabalho depende do Estado de forma específica, na medida em que a dependência do capitalismo em relação ao Estado não decorre da vontade de uma classe, mas do modo como se manifestam as relações sociais da economia.

A dominação que se opera na organização da vida em sociedade é sutil, e, por isso, Mascaró (2013a, p. 59) identifica que no capitalismo o campo do político é apartado dos agentes econômicos. O Estado é um terceiro necessário em relação aos indivíduos com o acréscimo do recorte diferenciador das visões tradicionais que apontam o domínio das instituições estatais pelos representantes da burguesia, mas, em verdade, o que há é a

caracterização do Estado capitalista a partir da sua forma estruturadora das relações de produção do capital, não sendo por conta disso uma entidade indiferente na vida social.

O Estado na modernidade e, em especial, após sua exteriorização absolutista e influenciado pela reflexão sobre a liberdade individual, passa a ser pensado na perspectiva de limitação em face dos interesses individuais.

Como introduz Saes (1987, p. 50) a caracterização do Estado burguês é identificada na definição de todos os homens, independentemente de sua posição na processo social de produção, como aptos a praticar atos de vontade, munidos de liberdade para celebrar pactos e obrigações e na inexistência de barreira de acesso ao corpo de funcionários.

Na reflexão a respeito do Estado e do direito se identifica, portanto, a característica específica de aplicação do direito, de um conjunto de normas, às relações que se estabelecem na sociedade, mas de modo a gerar igualdade entre homens que ocupam lugares distintos no processo social de produção. Há a conversão de todos os homens em sujeitos individuais de direitos, conforme aponta Saes (1998, p. 123), desempenhando a função de individualização dos agentes da produção e conferindo à troca desigual entre o uso da força de trabalho e o salário a forma de um ato de vontade realizado por iguais. Sem olvidar que a outra função a ser imposta ao Estado para criar condições de desenvolvimento do capitalismo é a de neutralizar, no produtor direto, a tendência à ação coletiva.

Mascaro (2002a, p. 20-21) aclara que se desenvolve uma concepção realista e a partir do governante no início da idade moderna, deixando de prevalecer os fundamentos divinos. A burguesia constrói no espaço político a matriz para os negócios e para a conquista de suas liberdades. Assim, ao lado da teoria estatal e política surge a liberdade individual, as possibilidades do indivíduo em face do Estado que vai desaguar na ideia dos direitos. A burguesia no empreendimento em face dos privilégios absolutistas faz com que na modernidade sejam ressaltados os direitos individuais.

Nesse cenário é gestado o Estado Liberal amparado no contratualismo e individualismo, na ideia de indivíduos livres, permeado por um direito instrumental, com racionalidade formal e a base legal racional como fundamento da legitimidade.

Esse Estado prossegue na doutrina dos direitos e do constitucionalismo, como observa Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 55) compreendendo, ainda, como um Estado que fundamenta sua atuação na garantia da paz e da segurança.

A demarcação do liberalismo se dá com o movimento de imposição de limites e organização do poder. Relata Bonavides (2007, p. 41) que o Estado na doutrina liberal foi sempre o fantasma que colocava medo nos indivíduos, no sentido de maior inimigo da

liberdade. Por isso, posteriormente, emerge a formulação da limitação do poder e da restrição da atuação estatal. O conceito de Estado de direito começa a ser talhado e apurado com aportes dos teóricos modernos, em especial Kant, trazendo o papel fundamental do Estado como defensor da liberdade e do direito, com base em um ordenamento abstrato, metafísico, neutro e abstencionista.

A materialização do liberalismo é dada na construção dos direitos naturais, necessários ao combate do absolutismo, com a advertência de não representar a mesma lógica do direito natural concebido na Idade Clássica. O encerramento dos privilégios necessitava do estabelecimento de direitos naturais para todos, portanto, de um conjunto de leis decorrentes da razão e não de Deus e uma razão extraída do indivíduo e não da sociedade.

A essência desse Estado, como percebe Bonavides (2007, p. 41), deve se encerrar em uma tarefa de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social.

Adverte Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 56-61, *passim*) que definir o liberalismo é empreitada complexa em razão da sua múltipla manifestação histórica, mas identificam a marca comum na ideia dos limites, das liberdades e do protagonismo do indivíduo. O liberalismo passa pela consagração de direitos naturais do ser humano, com a especificação das liberdades pessoais, civis e sociais, pela presença dos direitos políticos ligados à representação, manifestada no contratualismo, no legislativo representativo, no constitucionalismo e na soberania popular e, ainda, no movimento de caracterização do liberalismo registra o modelo econômico capitalista, fundamentado na livre iniciativa e na ausência de controle estatais, tendo a competição como elemento de regulação. O suporte da teoria econômica do período assevera a aptidão da livre concorrência e da relação interativa das forças dominantes para conquista da harmonia social e econômica.

A ideologia social e a doutrina econômica liberal, não obstante as diversas caracterizações assumidas, mantém, portanto, o núcleo comum da regulação pelo próprio mercado, afastamento da ingerência estatal e a afirmação dos direitos individuais em face do poder do Estado.

Moraes (2014, p. 272) ao analisar o Estado liberal aponta a ambiência de um mercado natural, marcado pela postura abstencionista. Pelo menos de modo idealista, se concebe uma considerável ausência do Direito no campo da regulação da economia, ao se caracterizar o mercado natural, com a ponderação de que o Direito regulava os contratos e propriedade, mas não na perspectiva de categoria econômica. Assim, concebe a liberdade de contrato e de uma igualdade estritamente formal, o que garantiu a iniciativa privada a

consecução da atividade com potencial de lucro, envolvimento de segurança jurídica nas relações e baixo valor da mão de obra, tudo permeado pela generalidade da lei.

O Estado que se desenvolve na ideologia liberal apresenta, assim, nos dizeres de Caldas (2014, p. 64), a função básica, na perspectiva da análise de intervenção na economia, de garantidor da legalidade, sendo, portanto, Estados de Direito. A limitação que se opera para atuação estatal está coligada à ideia da repressão e o Direito também trilha o mesmo caminho, na medida em que o Estado concebia normas jurídicas autorizadas da prática de certos atos pelos sujeitos conforme a sua vontade.

Incisivamente aponta Caldas (2014, p. 65) que impera no Estado liberal os direitos individuais de lastro legal, como a liberdade, a igualdade formal e a propriedade privada. A preocupação é propiciar e apresentar subsídios para fortalecer a reprodução das relações econômicas, fundadas no sistema de trocas mercantis. Compreende-se a liberdade e a igualdade de forma negativa. O Estado preserva a liberdade contratual, a liberdade de negociar a propriedade, estabelecendo a garantia de igualdade de todos poderem exigir as obrigações avançadas de forma recíproca. Assim, não se concebe a liberdade amparada nas condições materiais universais.

Bonavides (2007, p. 44) registra que os resultados do formalismo e do êxito do Estado burguês de Direito representam uma técnica fundamental, garantidora dos direitos da liberdade, concebida como liberdade da burguesia. Essa liberdade nutre a manutenção do poder político da burguesia e somente por generalização nominal se prega o alcance para outras classes.

A construção da legitimidade de atuação do Estado é ancorada na preservação da segurança individual dos cidadãos e para a consecução de uma relação equilibrada dos participantes do contrato a construção teórica marcha na igualdade meramente formal das partes, pavimentando pela lei segurança jurídica nas relações estabelecidas e condições reais de proveito econômico.

A concepção política, social e econômica é que arquitetou o Estado liberal como Estado limitado, no sentido da impossibilidade de ferir as liberdades individuais, direitos anteriores e inatos.

O caminhar da história revela que o Estado Liberal vai fortalecendo seus contornos jurídicos e se materializando como Estado Liberal de Direito. Nos dizeres de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 93) o Estado de Direito vai se diferenciar do Estado de Polícia e do Estado Legal, pois não será somente uma ferramenta que está à disposição do Estado como no de Polícia e nem simplesmente a lei funciona como limite e condição da atividade

administrativa sem superioridade hierárquica do ordenamento e sem vinculação de conteúdos que lhe são inerentes como no Estado Legal. O Estado de Direito, além de contemplar a legalidade estatal, apresenta como conteúdo as diretrizes do momento histórico, não estando restrito a uma concepção formal de ordem jurídica.

Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 93) afasta a teoria do Estado de Direito baseada em um paradigma estritamente interno ao Direito, pois são agregados conteúdos, insistindo na densificação do Estado de Direito por esses conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado.

Assim, não se pode advogar uma desvinculação do Estado de Direito com o conteúdo ideológico e as determinações do liberalismo.

Tratam-se dos conteúdos da construção da separação entre Estado e sociedade civil; da garantia das liberdades individuais, em um processo de intermediação das relações entre Estado e indivíduo; da democracia representativa, mais tarde composta pelos mecanismos de participação semidireta e pela imposição do controle de constitucionalidade; da reduzida atuação do Estado, figurando a concepção de Estado mínimo, conforme apresentados por Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 95).

Convém explicitar, conforme Caldas (2006, p. 83), que o Estado liberal assegurou a universalização da condição de cidadão a todos os indivíduos, mas exigiu o cumprimento de determinados requisitos para o exercício dos direitos políticos, como ocorreu no caso do sufrágio com a imposição dos limites de cunho econômico, social, sexual, intelectual e racial, o que gerou a experimentação da exclusão de mulheres, trabalhadores, analfabetos. Somente com lutas históricas é que se expandiu o sufrágio para todas as camadas.

O liberalismo ainda concebeu o dogma da separação dos poderes, técnica para desconstruir a concentração e o exercício despótico do poder e nos dizeres de Bonavides (2007, p. 44), técnica de proteção dos direitos da liberdade e de limitação da soberania, deferida a sua formulação, em termos definitivos, à Montesquieu. Contextualiza que era a liberdade da burguesia, indispensável para manutenção do seu poder político e somente formalmente se estendia as outras classes, complementando Bonavides (2007, p. 44), em precisos termos:

Disso não adivinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, a formação da vontade estatal. Permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto,

como já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir.

Na superação do absolutismo a separação dos poderes se revelou instrumento necessário para minimização da ingerência do poder soberano na vida dos indivíduos. Mas, não se pode olvidar que a doutrina da separação de poderes funcionou, com a ascensão da burguesia, como uma garantia de permanência de um regime meramente formal dos direitos, o que vai, inclusive, merecer um questionamento em momento posterior, em razão da necessidade de acomodação com a ideia da concretização dos direitos sociais reconhecidos nas estruturas constitucionais em que não basta a mera garantia formal.

No Estado de Direito, desenvolvido no capitalismo, explica Mascaro (2013b, p. 21) que é o Estado institucionalizado juridicamente, que torna cada pessoa um sujeito de direito e que formalmente são atribuídos direitos e deveres. Esse Estado se estrutura pela lógica mercantil, que faz de toda pessoa um sujeito de direito, apto a se vender no mercado com as garantias referendadas pelo Estado, havendo, portanto, uma imbricação da forma política estatal com a forma jurídica. As atividades econômicas no capitalismo são intermediadas pelo Estado que garante as transações, assegurando o comércio e a exploração do trabalho. A venda da força de trabalho ao capital se opera por meio de uma obrigação, de um contrato de trabalho em que há manifestação deliberada do trabalhador e não uma coação física. O direito se faz necessário para o comércio e para a exploração do trabalho.

Em um nível mais claro pontua Mascaro (2013b, p. 22):

Ao contrário das dominações pré-capitalistas, a dominação capitalista é feita sempre por um intermediário, o direito. É por meio de suas formas que as relações sociais do capital se estabelecem. Vejamos as suas modalidades principais, a mercantil e a produtiva. Na exploração mercantil: *vendedor – contrato mercantil assegurado pelo direito estatal – comprador*. Na exploração produtiva: *capitalista – contrato de trabalho assegurado pelo direito estatal – trabalhador*. Nessas duas típicas modalidades da exploração capitalista, só é possível a dominação porque o direito assegura suas relações e a propriedade privada, além de ter estabelecido a forma de sujeito de direito às partes.

No capitalismo há uma transformação qualitativa do Estado e do Direito, dizendo Caldas (2014, p. 18) que o Estado desenvolve a atividade de garantidor das leis e dos contratos, inclusive, com validade igual para todos os envolvidos. Assim, nessa estrutura, ao proteger a legalidade, o Estado abre caminho para a reprodução do processo de exploração do

trabalho e de acumulação do capital. E como o capitalismo depende da existência do sujeito de direito e do estabelecimento de condições claras do negócio jurídico, as relações sociais no campo da economia adquire necessariamente contornos jurídicos.

Observa Mascaro (2013b, p. 22-23) que esse Estado que abstratamente impõe regras formalmente iguais para todos é chamado de Estado de Direito, uma vez que ele legisla e julga, ou seja, faz o direito, mas, além disso, se submete ao seu próprio direito. Essa é a arquitetura ideal para a consecução dos interesses da burguesia. As relações sociais passam a ser estruturadas sob a forma contratual, devendo todos dar cumprimento às obrigações previstas, sob pena do não cumprimento acarretar a execução por parte do Estado. É dessa forma que o Estado garante os interesses capitalistas, tanto que se inicia o processo de feitura das grandes legislações a respeito dos contratos e do direito privado, sob o modelo de Códigos, como ocorre com Código Civil francês de Napoleão, confeccionado em 1804, sendo depois seguido por outros Estados.

Arremata o autor (2013b, p. 23), em sua introdução ao estudo do Direito, que eclodem as legislações no século XIX que são reflexos das relações de produção contratuais e da mercadoria, derivadas da forma mercantil. Aliado a isso, o jurista passa a manejar essas formas jurídicas de forma direta, imediata, sem considerar que o surgimento se deu a partir de determinadas relações sociais, em um verdadeiro processo de escamoteamento da origem.

É por isso que desde o século XIX, retrata Mascaro (2013b, p. 23), há uma vigorosa proposta de compreensão do Direito apenas como um conjunto de normas postas pelo Estado, por meio do movimento identificado por positivismo jurídico, marcado pelo respeito à ordem imposta pelo Estado, sem a possibilidade de contestação estrutural.

De forma mais profunda, identifica Mascaro (2013b, p. 24) que a operacionalização do direito se reduz ao aspecto meramente técnico de manejo das normas, deixando o direito de ser compreendido pela perspectiva do que é mais justo e da resolução concreta dos conflitos.

Afasta-se da construção clássica aristotélica de justiça como meio termo entre a carência e o excesso e de que a justiça é medida na pólis, na sociedade, dependendo de cada caso, pois a justiça é trazida com base em parâmetros modernos individualistas e universais. Além de se desconsiderar que o equitativo não é apenas o justo, mas a correção da justiça legalmente estabelecida, ou seja, é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade.

Nessa contextualização que se compreende a postura abstencionista do Estado liberal que cria a lei, consagra direitos individuais liberais burgueses para o gozo imediato, mas não

se preocupa com outras espécies de direitos, como os sociais ou os transindividuais, em que a concretização demanda, inexoravelmente, maior atuação estatal.

Como aponta Oliveira (2002, p. 55) sob o paradigma liberal, a tarefa do Estado reside em dar certeza nas relações sociais, fazendo isso por meio do Direito Positivo, estabelecendo uma harmonia dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixando “a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”. A esfera privada é permeada pelos direitos naturais, vida, liberdade e propriedade e a esfera pública pela nacionalidade, igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos, entre outros.

A partir da separação dos poderes, Oliveira (2002, p. 56), observa que no Estado Liberal o Poder Legislativo detém a supremacia, tendo em vista o papel de constituir as leis, devendo respeitar os limites de não fazer, constantes na Declaração de Direitos. Ao Poder Judiciário incumbe a resolução de conflitos interparticulares ou entre esses e a Administração Pública, com uma aplicação do direito material de forma estrita, por meio do instrumento da subsunção, aferrado ao sentido literal, no máximo lógico, da lei. E ao Poder Executivo a atividade de implementação do Direito, resguardando a certeza e a segurança jurídicas e sociais.

Em razão do liberalismo o Estado assume a caracterização de uma entidade que confere apenas um tratamento de proteção das liberdades individuais. O propósito é interditar a ingerência do Estado no domínio privado, o que manifesta seu caráter passivo e de não envolvimento nas relações travadas por seus integrantes, afirma Cunha Júnior (2008, p. 208).

Assim, as Constituições liberais previam um Estado mínimo marcado pela contenção de funções frente às relações socioeconômicas, nos dizeres de Cunha Júnior (2008, p. 60). E, nesse contexto, como diz Piovesan (1995, p. 27) emerge uma Constituição defensiva, característica do Estado Liberal.

O Estado liberal, assim, se caracteriza pela indisposição às mudanças, caracterizado, por Moraes (2014, p. 273), como representante de uma ideologia de permanência do *status quo*, com finalidade de autocontenção e garantidor da segurança individual.

Revela, em verdade, a preservação da estrutura do núcleo da forma sujeito de direito, da liberdade de firmar o contrato. E como diz, simbolicamente, Mascaro (2013a, p. 43) os Estados rasgam as diretrizes da Constituição, que é norma de mais alta hierarquia, mas não rasgam as diretrizes do Código Civil, explicitando que o sujeito de direito pode sofrer restrições no seu direito ao voto ou até mesmo em sua dignidade, mas não perde o núcleo da subjetividade jurídica, que é dispor contratualmente ao trabalho assalariado.

O que gera a perpetuação de inúmeras iniquidades sob a égide da lei, na medida em que a atuação do Estado Liberal é contida e impedida de qualquer transformação, sob o fundamento de uma igualdade formal, como retrata Moraes (2014, p. 273).

Declara Bonavides (2007, p. 42-44), ao analisar a consolidação do Estado liberal e o início de sua transformação, que a burguesia constrói seus princípios, mas, de forma genérica prevê para os integrantes do corpo social. Ao assumir o controle político, na prática não estabelece a universalidade dos princípios declarados, relegando-os à preservação formal, tendo em vista que se revelam claros princípios constitutivos de uma classe.

Os efeitos, aponta Bonavides (2007, p. 43), de se tentar fazer da doutrina de uma classe a doutrina de todas, de racionalizar o problema, por meio dos direitos naturais, evidenciaram

[...] o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou, notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional. Era a vida por demais caprichosa, dilatada e rica de expressões para conter-se nos estreitos lindes daquele leito de Procusto ou nas quatro paredes onde a doutrina da razão cuidava poder encarcerá-la.

Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 96), após a demarcar o Estado liberal como a limitação jurídica e legal negativa, em que a manifestação é de sua ausência frente às pretensões individuais e colocar a postura central do Direito amparada por mecanismos coercitivos, por meio de elementos sancionadores, esclarece que ao Direito precede um conteúdo social. Ao Estado social de direito é acoplado um novo conteúdo axiológico-político, sem renegar os valores do liberalismo.

1.3 Estado Social

É conhecido que o Estado social de direito é ancorado nas bases do liberalismo e mantém suas estruturas vitais, mas é igualmente reconhecido seu valor na perspectiva de operar com novas ferramentas contempladoras dos anseios renegados pelo Estado liberal, revelando um contributo essencial no caminho da transformação.

Contextualiza Keller (2007, p. 146) que o Estado social emergiu da coação das massas trabalhadoras, necessitadas de regulamentação mais equilibrada na relação de trabalho, inclusive pela estipulação de um salário mínimo, de amparo na previdência

franqueada pelo Estado, de regulação nos preços das mercadorias, de atuação em face do desemprego, de resguardo aos acometidos por doenças e de criação de financiamento para a conquista de moradia.

Comparato (2010, p. 65-66) afirma que a sociedade liberal ao conferir aos indivíduos a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei, tanto dentro como fora das relações de emprego, apresenta como resultado a latente pauperização das massas proletárias, verificada na primeira metade do século XIX e, por consequência, as reivindicações condizentes com as necessidades manifestas.

A radiografia do liberalismo demonstra amparo somente para a igualdade formal, constatando Bonavides (2007, p. 61-62), a ocorrência de um processo de encobrimento, por meio da abstração, das desigualdades de fato, econômicas, sociais, políticas e pessoais. Sua recomposição demanda fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que não manifeste a liberdade de constranger as pessoas.

A insuficiência dos direitos liberais e a postura do Estado em garantir esses direitos, mas sem se preocupar em atuar em campos de desequilíbrios sociais, demandam novos paradigmas para o enfrentamento das desigualdades socioeconômicas.

Conforme Cunha Júnior (2008, p. 209) os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, eis que não existia o equilíbrio automático da oferta e da procura, a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, em razão da concentração de capitais e o aproveitamento das facilidades geradas pelo regime da iniciativa privada fizeram com que os fracos fossem oprimidos pelos fortes.

O Estado, diante do cenário instalado, passa a intervir nos setores econômicos e sociais da sociedade, tornando sua aparição mais decisiva nas demandas de setores que antes não integravam as pautas estatais.

Caldas (2014, p. 68) obtempera que a crise do capitalismo demanda uma reposta política na defesa de maior intervenção do Estado no campo econômico, providenciais para acalmar as instabilidades e manter o crescimento econômico. A busca é por níveis de emprego mais estáveis e consequente equilíbrio social. A percepção é encaminhada na dinâmica de um movimento de refrear os movimentos revolucionários, além de garantir o processo de acumulação capitalista.

O Estado social de direito é embebido em horizontes críticos da sociedade, sendo influenciado por influxos de Rousseau e intervenções de ideais socialistas.

Na perspectiva do processo histórico Bercovici (2003a, p. 50-51) assinala que na transição ao Estado social são verificáveis certas emendas, contradições e mudanças de

parâmetros do Estado liberal, influenciando o direito na previsão de prestações positivas para minimização das desigualdades na repartição dos encargos sociais, o que reforça suas interações com a ordem política.

O engendramento da separação entre o econômico e o político perde substância, em que pese à existência do Estado e da ordem jurídica já ter sido desnudada como experiência que significa intervenção, na medida em que se revelam pressupostos inerentes à economia. O que se quer dizer é que há sempre um grau de intervencionismo estatal, mesmo porque outra postura implicaria a supressão do Estado como ente artificial apto a responder às características colocadas pelo Contrato Social, como afirmou Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 68 e 74).

Aliás, isso foi demonstrado amiúde nesse trabalho quando se expõe a necessária vinculação do Estado e do Direito com a forma mercadoria, com as relações sociais econômicas, mas que foi escamoteado pelo processo liberal, tendo este estabelecido o paradigma de não intervenção no processo econômico, com ampla liberdade individual e econômica, estabelecido pelos arranjos do próprio mercado, mas em bases estruturais já previamente estabelecidas, como a liberdade do contrato, o sujeito de direito, a igualdade formal e a garantia da intervenção estatal, inclusive sancionadora, quando do desrespeito dessas bases. Ou seja, aí há fundamento para a intervenção do Estado, no plano liberal, amparada na construção da vigilância da ordem.

Para Dallari (2002, p. 277-278), o Estado liberal, mínimo, estabeleceu condições para a sua própria superação, na medida em que a ausência de proteção dos menos afortunados, em razão de uma compreensão individualista da sociedade, desapegada da natureza associativa do homem, levou a:

[...] uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes.

A consequência da postura individualista, para Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 70), reflete em mudanças de atitude por parte do Estado que passa a intervir no domínio econômico para mitigar as consequências prejudiciais e mesmo garantir a permanência do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro.

O Estado social implicou na ampliação da atividade estatal, para Bercovici (2003a, p. 51), no sentido de não se realizar somente o gerenciamento de fatos conjunturais, mas, em especial, de formular políticas públicas, verdadeiras diretrizes para o futuro.

A liberdade contratual e econômica é nuançada pela atuação estatal como partícipe do campo econômico e em sentido mais abrangente do campo social, integrando de diversas maneiras as lutas e reivindicações. A atuação não se circunscreve ao âmbito normativo, mas, sobretudo, é expandida para a participação efetiva e positiva do poder público na atividade capitalista. O Estado passa a ter responsabilidades organizativas e diretivas do conjunto da economia, na leitura de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 65).

O Estado social revisita institutos e acopla uma visão dotada de função social, portanto, menos individualista, atenuando as características do Estado liberal, como a da liberdade contratual e da propriedade privada dos meios de produção, manifestando a exigência de utilização produtiva da propriedade e não mais seu mero título formal e a própria função social do contrato, materializações trazidas por Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 75). O que não se pode negar como movimento inicial de cooperação para uma nova visão do papel a ser desempenhado pelo Estado na regência da vida em sociedade.

Como pondera Bercovici (2003a, p. 51) o Estado social se manifesta por políticas públicas, mas o exercício dessas políticas e a exigência de racionalização técnica para sua realização, em diversas circunstâncias não se harmonizam com as instituições clássicas do Estado liberal, levantando inclusive o caráter ideológico da suposta antinomia entre Estado de Direito e Estado Social. A ideia de que o Estado de Direito não pode fazer a reestruturação democrática e social, na medida em que os fins políticos e sociais devem ser deixados para a administração, e, assim, o Estado social é inimigo das liberdades individuais, não se sustenta e desconhece a própria origem da expressão Estado social de direito.

No Estado Social, o adjetivo social, representa a possibilidade de alterar os desvirtuamentos do individualismo liberal, encetando um modelo em que o bem-estar e o desenvolvimento social dirigem a atuação do ente público, segundo Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 97), devendo, portanto, atuar para realizar materialmente as liberdades.

O Estado social de direito representa para Heller a possibilidade de superação do positivismo e de rematerialização, ou em outros termos, aproximação do Estado da realidade e do avanço na democratização do Estado, pois a democracia social gera a ampliação do campo democrático para a regulação dos setores econômicos, com a aproximação da ordem econômica da vontade popular, conforme Bercovici (2003a, p. 52).

Observa Bercovici (2003a, p. 53) que o Estado assume tarefas que diminuem o protagonismo do mercado e levam as questões econômicas para a deliberação política.

É assente que para proteção do indivíduo é preciso, diz Mello (1982, p. 64), considerá-lo:

para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições sócio-econômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

O Estado passa, assim, a proteger o indivíduo que está sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais. As liberdades individuais não permitem o desenvolvimento das virtualidades do homem, que livre das investidas do Estado passa a depender dele para enfrentar os desarranjos causados pela exploração advinda do processo econômico, retrata Cunha Júnior (2008, p. 209 e 211).

A constatação é de um Estado do Bem-Estar Social, com características intervencionistas nas relações sociais e econômicas exercidas, necessárias à garantia dos direitos sociais e econômicos. Não basta a prevenção e solução de conflitos de interesses interindividuais, o que se reclama é uma postura ativa do Estado em face do desenvolvimento das relações econômico-sociais, como observa Cunha Júnior (2008, p. 210).

É dissolvida a noção de legalidade típica do Estado liberal, tendo em vista que a lei passa a ser utilizada não como ordem geral e abstrata, mas como específica e com destinação concreta. Assim, a lei apregoada como genérica no Estado, passa a demandar uma leitura como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, respondendo a critérios circunstanciais, nos dizeres de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 97).

Explica Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 76), no contexto de derrogação do voto censitário, que o movimento das massas alijadas da participação do processo político provoca a incorporação de temas que compõe a questão social nesse processo, aumentando o elenco das propostas políticas, o que, também, contribui para a mudança do Estado liberal. Isso gera a questão das normas programáticas que visam tratar de assuntos econômico-sociais, surgindo uma concepção dessas normas como políticas e não jurídicas, questão que será enfrentada pelo trabalho em linhas posteriores.

O Estado liberal trabalha com estruturas formais, com tipos legais formais, garantidores de liberdades individuais e de limites à atuação estatal, o que descerra os entraves de reconhecimento que suporta o Estado social e suas práticas.

O movimento de afirmação do Estado social é constatado na teoria dos direitos fundamentais pela consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais, intrinsecamente relacionados à ideia de igualdade material.

Keller (2007, p. 149) observa que a quebra da preponderância do direito estritamente individualista, com o surgimento do Estado social, é fruto da necessidade de normatização dos direitos que atingem grupos, coletividades, sendo extraído o que hoje se definem como interesses transindividuais.

Identifica a partir do Estado Social o nascimento dos direitos de crédito, direitos que encerram a exigência de atuação do Estado, de quem se exigem medidas contempladoras das demandas sociais, reconfigurando o papel do Estado, como afirma Cunha Júnior (2008, p. 60).

Oliveira (2002, p. 59) aponta que a ruptura paradigmática da transição do Estado liberal para o Estado social cumpre a tarefa de redefinição dos clássicos direitos de vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade, o que se denomina de “materialização” do Direito. Emerge a figura do cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços e não do cidadão-proprietário, típico da manifestação liberal. Complementa que a Constituição tem o papel de organizar e limitar os poderes do Estado, como estatuto jurídico-político fundamental, mas é *medida material da sociedade*, expressão importada de Hesse.

Sem olvidar, com Dantas (2008, p. 80), que o cerne ideológico do Estado contemporâneo, séculos XX E XXI, finca raízes no século XIX, entretanto, assume, identidade própria, a partir do recuo dos antigos direitos individuais liberais, representativos de um não agir do Estado, para o avanço dos direitos sociais, exigentes de um agir estatal, significando a presença do Estado mais próxima da órbita privada dos governados.

Assim, além da transformação operada no Estado Liberal de Direito no seu conteúdo finalístico, é verificado por Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 98) um movimento de reconceitualização da lei. Mas com a cautela de que o conteúdo social vinculado ao Estado não possibilita que se perfaça uma plena reformulação dos poderes vigentes à época do modelo anterior. A questão da igualdade não é plenamente solucionada, embora seja superada sua compreensão formal, sem lastro material.

Mas, como diz Bonavides (2007, p. 187) alcançar o Estado social, que é o que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático, já foi difícil, conservá-lo

parece quase impossível. Entretanto, na perspectiva doutrinária, deve ser dada valoração máxima e necessária, por se revelar como Estado que tenta amortecer a luta de classes e promover a justiça social. Por certo, não se mostra fácil a sua implantação, tendo em vista as descontinuidades do processo histórico e o descompasso que há entre sua caracterização constitucional, seu texto, e a pobreza dos resultados obtidos na realidade. Passar pelas dificuldades de consolidação do Estado social demanda caminhar rumo à democracia.

1.4 Estado Democrático de Direito

A exigência do Estado Democrático de Direito se fundamenta na percepção de que os desígnios do Estado social urgem não somente por conquistar espaço teórico, mas por se concretizar na vida social e na compreensão de que a experiência do Estado social apresentou limites nesse intento.

Superar as debilidades do inicial Estado social exigiu o desenvolvimento de um novel conceito que, nas palavras de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 98), representa a investida de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, sob um conteúdo original que contemple as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Um complexo arranjo que pressupõe a transformação do *status quo*.

Conforme Keller (2007, p. 147) o Estado democrático de direito emerge da conjugação do sistema de governo constitucional com a garantia dos direitos fundamentais. Trata-se de um Estado talhado pelos influxos do liberalismo alterado pelas pressões das massas, constituindo uma ordem jurídica permeada por prestações positivas que impõe um dever de buscar o equilíbrio desejado pela sociedade.

Streck (2013, p. 84-85) aponta que o conteúdo desse Estado, estampado na Constituição brasileira, propõe a reiteração da questão social qualificada pela questão da igualdade, impondo à ordem jurídica e ao Estado a difícil tarefa de transformação. Em verdade, há um pressuposto de finalidade que deve ser compreendido a partir da incorporação aos mecanismos do Estado do Bem-estar.

Mas, cumpre ressaltar que a caracterização desse Estado não se revela circunscrita a uma adaptação aperfeiçoada das condições de existência, como se deu no Estado social, pois seu conteúdo transborda a concepção material de concretização de uma vida digna ao homem e incorpora a prerrogativa de estimular a participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, trazendo o caráter incerto da democracia como elemento inexorável para a construção de uma nova sociedade, contendo e implicando a

solução do problema das condições materiais de existência, como explicitado por Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 98).

É possível, daqui, vislumbrar a importância de tratar com acuidade o direito à comunicação, como um direito dos cidadãos e como uma contribuição ao perfazimento do conteúdo do próprio Estado Democrático de Direito, a partir da imbricação com a tarefa de recompor as desigualdades verificadas no campo da comunicação e, também, como instrumento de viabilização de maior participação pública nas decisões da sociedade, concedendo maior legitimidade à atuação estatal.

O ponto nodal desse Estado é o ingrediente transformador da realidade com a assunção do elemento democrático. Nesse sentido, é que se vislumbram as condições de possibilidade da Constituição brasileira de 1988 ao consagrar esse Estado Democrático de Direito não como mera promessa de organizar esse Estado, pois a Constituição, em seu artigo 1º, faz a sua afirmação e fundação na realidade brasileira, como destaca Silva (2003, p. 119).

Ao juridicizar as finalidades sociais e econômicas, a Constituição de 1988, em seus princípios fundamentais, reafirma a índole de responsável pela transformação da sociedade brasileira.

A arquitetura desse Estado é desvendada nos princípios da constitucionalidade como mecanismo básico da garantia jurídica, assim como em outros elementos como a organização democrática da sociedade, o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como um Estado mais distante, seja como um Estado mais próximo e empenhado no respeito da dignidade da pessoa humana, a justiça social como correção da desigualdade, a igualdade material na busca de uma sociedade mais justa, a divisão dos Poderes ou Funções, a legalidade como forma de excluir o arbítrio e a prepotência e a segurança jurídica, como arrola Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 100).

A partir dessa ossatura, cabe um recorte, na medida em que não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito propõe a harmonização entre a constitucionalidade e a democracia. Denuncia o processo histórico, em especial a modernidade, que a Constituição advém da necessidade de limitar o poder absoluto do rei, mas do mesmo modo funciona como um mecanismo de entrave aos poderes da maioria. Dito de outro modo, é preciso pensar que a Constituição pode representar uma paralisação na democracia pela regra contramajoritária, mas não se pode desfocar que pode representar uma garantia exercitável quando, em nome de uma maioria eventual, se pretenda minar o núcleo constitucional. É necessário antever que esse possível paradoxo não deve ser trabalhado em linhas eminentemente teóricas apartadas da realidade histórica que se apresenta.

É preciso reafirmar que no Estado Democrático de Direito, o elemento democracia deve ser considerado e vivenciado, o que não se verificou nos modelos anteriores de Estado.

Como presumível a legalidade permanece como princípio vinculativo, mas é temperada para assumir um feitiço de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, por meio dele, de intervenções que gerem uma alteração direta na condição da sociedade, nos dizeres de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 98).

Silva (2003, p. 121) reforça que a legalidade, é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, tendo como núcleo a subordinação à Constituição e sua fundação ancorada na legalidade democrática. Obedece aos imperativos da lei, “mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”.

Discorre Silva (2003, p. 121) que não se permite que a lei permaneça circunscrita a uma esfera puramente normativa, pois precisa influir na realidade social. A partir do instante em que a Constituição assume o papel de transformação política, econômica e social, requerida pela sociedade brasileira, a lei adquire relevo ao representar o desdobramento necessário do conteúdo da Constituição, devendo, portanto, exercer a função transformadora da sociedade.

Há, em um espectro mais amplo, um alargamento da essência da normatividade no parâmetro do Estado Democrático de Direito. Por isso, a lei não deve estar aferrada ao critério sancionador ou promocional, mas deve acompanhar a Constituição no processo de transformar as relações sociais estabelecidas. E sua omissão nesse desiderato ou ação em sentido divergente demandará uma ação de preservação e afirmação da Constituição.

Há uma viragem, pois o liberalismo entoa o princípio formal da igualdade diante da lei, contemplando uma ordem jurídica completa, não lacunosa e hierarquizada, que para conseguir a reprodução da dominação vigente prega a aceitação natural, sem críticas, de normas básicas, no intuito de dissolver as desigualdades socioeconômicas. Realiza, portanto, um ajuste de expectativas e induz à obediência para uma aceitação passiva de normas impessoais, universais, a partir de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 101).

É claro que esse processo, com a força que conseguiu se afirmar e que, ainda, povoa o pensamento jurídico, sofreu transformações como percebemos com o Estado Social e Democrático de Direito, mas compreendidas na perspectiva da descontinuidade, de idas e vindas, do processo histórico.

Nesse sentido, inclusive, os questionamentos e imposições do Estado Democrático de Direito apontarem, nos dizeres de Silva (2003, p. 122), para a tarefa fundamental de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

A partir das frustrações modernas, o Estado Democrático de Direito apresenta as condições de possibilidade para a transformação da realidade a partir dos textos constitucionais de índole diretiva e compromissária, o que denota uma aproximação sua do constitucionalismo do segundo pós-guerra. No caso da Constituição brasileira é latente, com base no artigo 3º, a determinação da construção do Estado social, com responsabilidade de alcançar a integração social e econômica da sociedade nacional, como realça Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 105).

A história desse projeto não é sem obstáculos, detecta Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 155), pelo contrário, é permeado por crises, mas com a constatação de que não há como admitir a volta às bases do Estado mínimo.

E no Brasil não se pode desconsiderar que as dificuldades de implementação dos desígnios do Estado democrático remontam as próprias dificuldades do Estado social, mesmo porque o Estado contemporâneo assume a forma de Bem-estar e que a tarefa de manter a propositura de não retorno não se revela fácil. Como constata Barroso, (2002, p. 287) o nosso Estado se apresenta, no final do século XX, como inflado, ineficiente e sem vencer a corrupção e a pobreza. Um Estado de atraso social e concentração de renda. E, mais, um Estado rendido ao movimento internacional de retirada do Poder Público do protagonismo no processo econômico. Um Estado que sustentou as burguesias industriais e financeiras, mas que agora o abandona e não quer sua presença.

Em verdade, o modelo de Estado do Bem-estar, caracterizado pela intervenção estatal e pela promoção de serviços, passa por constantes questionamentos, o que impõe a sua necessidade de afirmação e reafirmação no transcurso do processo histórico. Isso acomete o Estado Democrático de Direito pela imbricação de suas fórmulas, na medida em que o Estado Democrático de Direito tem um forte componente de preservação do bem-estar, além da determinação para a ordem jurídica e para o Estado do projeto de transformação da realidade.

Assim, Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 152-157, *passim*) perpassam pelo aspecto de uma crise estrutural do modelo, situando, em especial, o aspecto do neoliberalismo, política recente que tenta desconstruir mecanismos do *Welfare State*. Portanto, desconstruir os compromissos com os direitos advindos da luta dos movimentos operários, construindo a ideia de não restrição à liberdade como condição do livre mercado. A

configuração é de uma teoria de reação contra o avanço da luta de classes, imbuído de conquistas jurídicas, um arranjo inicial de viés político que depois é levado ao plano teórico. Sua proposição considera, em especial, o desenvolvimento de políticas de corte sobre os gastos públicos, entre outras medidas impostas pelos países centrais aos periféricos, conforme Streck (2013, p. 81).

Grau (2014, p. 43-45), também, compreende que o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, ao desenvolver seu novo papel de intervenção no domínio econômico, é retorquido pelas práticas da desregulação e do neoliberalismo. Assevera Grau (2011, p. 125) que o discurso neoliberal prega a ruptura da concepção de Estado do Bem-Estar. Pondera, a partir de Tosel, que o neoliberalismo, à moda de Hayek, elege o Estado de Direito Social e Democrático como o maior inimigo do processo de acumulação capitalista e reduz a humanidade aos que podem operar nos mercados. Assim, cabe ao Estado atuar com funções de polícia e de caridade, pregando o discurso de um caminho de atropelo e violência sobre o Estado Democrático.

Alerta Grau (2011, p. 126) que essa construção confronta, até mesmo, o discurso liberal que prega o acesso de todos os homens não apenas aos direitos e garantias sociais, mas aos direitos e garantias individuais. O discurso neoliberal, na linha de Hayek, atenta contra as liberdades formais. E esquece, também, que o próprio Estado do Bem-Estar é um engendramento do próprio sistema capitalista para amortecer os conflitos em sociedade. Como aventamos nesse trabalho em linhas críticas anteriores, e, agora, pontua Grau (2011, p. 126) o mercado é institucionalizado, determinado pelo Estado e não um objeto da natureza, por isso a resolução dos conflitos demanda, no quadro das trocas, um grau mínimo de regulamentação estatal.

Bercovici (2003a, p. 53) reforça que o Estado Social é o *locus* da luta de classes, fazendo, normalmente, uma mediação na busca da integração social com base em um núcleo mínimo de valores comuns, subsistindo a luta de classes, entretanto meios são buscados para que não haja confronto aberto. Complementando Bercovici (2003a, p. 53):

Em nenhum lugar do mundo, o Estado Social é uma realidade acabada, mas está em constante realização. A concretização do Estado Social está ligada à ideia de transformação global da sociedade, que constitui, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, uma das características do Estado do século XX, consubstanciada na crença de que o direito pode ser utilizado, pelo Estado, para promover mudanças estruturais na sociedade.

Portanto, é no contexto de presença do neoliberalismo que se deve refletir, hodiernamente, em Estados periféricos, como o Brasil, a atuação do Estado e, também, as contribuições do constitucionalismo contemporâneo.

A história brasileira, nos dizeres de Streck (2013, p. 88), revela a existência de um Estado interventor, desenvolvimentista e regulador que se manifestou generoso somente para com as elites, que conseguiram a totalidade de sua apropriação e de seu aproveitamento, e se mostrou desinibido no processo de sua divisão e loteamento com o capital internacional, os monopólios e os oligopólios da economia. Mas que não cumpriu sua função social.

Indica Grau (2014, p. 45), na análise da participação do Estado na economia, a necessidade de sua desprivatização e em relação à arrecadação tributária denuncia sua derivação de tributos indiretos regressivos, sendo constatado que sua carga não é relativamente tão elevada, como propagado, mas acentuadamente regressiva, pois o trabalho é mais tributado do que o capital. No mesmo sentido, Rebelo e Paulino (2008, p.58-59) observam que há um sentimento de que a carga tributária é muito alta, entre outros motivos, por não ser neutra, afetando desproporcionalmente os setores sociais e as atividades econômicas com menor capacidade de defesa, além da qualidade do sistema tributário, formado pela participação crescente de impostos sobre a produção e o consumo e não sobre a renda e a propriedade. Lembro, aqui, se tratar de óbices articulados e apontados para sustentar a impossibilidade de consecução das garantias sociais.

A atual quadra, portanto, revela a nossa imersão em uma situação peculiar como afirmam Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 81) ao observar que as peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina não permitiram o surgimento e o desenvolvimento de um Estado de Bem-Estar Social, tendo em vista a prática da colonização, longos períodos de governo autoritários, industrialização tardia e dependência periférica. Em países periféricos, o Estado com o papel de interventor para correção das desigualdades não prosperou, ao contrário, a tese intervencionista esteve atrelada a não distinção do patrimônio público e privado por parte das elites.

Como abordado, não obstante o Estado Social representar uma instituição política forjada para harmonizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista, exerceu seu papel de principiante no desenvolvimento das condições da forma que sobreveio nos países centrais, o Estado Democrático de Direito. E é exatamente isso que não se verificou no Brasil. Assim, a escola do Estado mínimo, as investidas neoliberais, nos países que não vivenciaram o Estado Social, tem efeitos distintos daqueles que vivenciaram esse Estado, afirmam Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 82-83).

Nesse sentido, Bonavides (2004, p. 476-477) observa que o Estado social:

[...] nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes.

Assim, ainda se requer, dentro do conceito da dialética, a defesa das instituições da modernidade contra o dismantelamento das estruturas causado na pós-modernidade, entendida essa como a visão neoliberal, conforme Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 84). O Estado deve cumprir seu papel na garantia dos direitos no atual contexto.

Por isso, na concepção de Bercovici (2003a, p. 141-142) a alternativa do Estado Social continua presente. Os problemas sociais e econômicos não foram solucionados pela democracia burguesa, com os meios do mercado mundial. A concepção de democratização da economia com o Estado social ainda é necessária para a discussão atual, em razão dos estreitamentos da via ordo-liberal de economia social de mercado. O Estado social pode ser fundamental para a reestruturação do Estado brasileiro. O Estado desenvolvimentista latino-americano tem base de poder interno orientado para o exterior e muitas decisões nacionais são influenciadas por fatores externos. Mas isso deve ser superado.

Pontua Grau (2014, p. 55-56), em reflexão sobre o desenvolvimento do capitalismo e seus atuais contornos, que a ameaça ao Estado Democrático de Direito e as liberdades formais pelo discurso neoliberal é presente e, portanto, urge reconstruirmos o Estado Social, projeto que não pode ser recusado mesmo pelos adeptos bem-intencionados do capitalismo. A compreensão dessa contradição só entendida por meio da consciência de que o capitalismo se transforma permanentemente.

Complementa Grau (2014, p. 57)

Os movimentos, as ondas de juridificação, constituem prova cabal disso, na medida em que configuram, substancialmente, também a ampliação de direitos – direitos sociais e econômicos – titulados pelos indivíduos. Daí por que o neoliberalismo é autofágico: ao investir contra esses direitos, fere profundamente o próprio sistema.

Não se pode olvidar que em um país de modernidade tardia e arcaica, como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente protagonista da política social deve ser o Estado, na medida em que as políticas neoliberais que pregam a minimização do Estado não marcham na execução de tarefas contrárias à sua essência. A Constituição brasileira acena para um Estado forte e intervencionista, na linha do que se entende por Estado Democrático de Direito e nesse sentido o Direito, legado da modernidade, inserido em uma Constituição democrática, deve representar uma área de luta para a implantação das promessas modernas, como afirmam Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 84-85).

A Constituição de 1988 apresenta um modelo econômico de bem-estar, alinhado desde o previsto no artigo 1º, 3º, até o quanto disposto no seu artigo 170, não autorizando, portanto, a incúria do Poder Executivo em relação a este modelo, tendo em vista que, por óbvio, está vinculado pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo. E, mais, é preciso alterar os artigos mencionados, para realizar a substituição do modelo de economia do bem-estar, por outro, neoliberal, conforme assenta Grau (2014, p. 46).

Há na globalização neoliberal uma engrenagem que impõe o enfraquecimento do Estado, ou como diz Faria (2004, p. 25 e 35) a globalização reivindica a desregulamentação dos mercados, a flexibilização da legislação trabalhista e a implementação de projetos de deslegalização e desconstitucionalização. Os setores econômicos pressionam o Estado na formulação, implementação e execução de políticas públicas, ocorrendo a substituição da política pelo mercado como instância essencial da regulação social.

Aponta Streck (2013, p. 90-91) que esse processo encaminha para a desregulamentação que faz parte da desconstitucionalização, evidenciando, portanto, questionamentos sobre o papel da Constituição como um documento que prevê os termos políticos escolhidos pela sociedade.

Mas, muito embora haja imposição de dificuldades, é tempo de resistir e ter clareza de que é preciso estar atento à conjuntura nacional de dificuldades com os efeitos das políticas de minimização estatal, reforça Streck (2013, p. 96). Cabe aqui um recorte a partir de Grau (2014, p. 53-54) que aclara que a globalização é um fato histórico, o neoliberalismo uma ideologia, querendo dizer, não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo e que, se outras fossem as condições político-sociais, poderia a globalização se harmonizar com outras ideologias.

É preciso fortalecer um novo projeto nacional de desenvolvimento como um passo civilizacional, exigência contemporânea, fortalecendo a Nação, a democratização da sociedade e atingindo progresso social que a época ainda solicita. Para isso, precisamos sair

da condição de nação dominada, periférica, retirar o Estado do domínio dos círculos financeiros, superando o período neoliberal marcado por exclusões.

Diante de uma Constituição que exige a construção de um Estado Social não é possível continuar a praticar políticas públicas que indicam para um Estado mínimo e que são incompatíveis com o núcleo político essencial da Constituição, caminhando, inclusive, na contramão de países que reavaliam a eficácia social do neoliberalismo, complementa Streck (2013, p. 96-97).

É necessário afirmar a Constituição, pois, nos dizeres de Streck (2013, p. 97-98) se trata de um empreendimento direcionado à construção do Estado Social, permeada por mecanismos atinentes à consecução desse anseio, como a garantia de direitos sociais, intervenção do Estado na economia, função social da propriedade, que propõe enfrentar as mazelas existentes em razão das políticas de exclusão. Aliás, a inexistência do Estado Social é comprovada pela determinação de sua construção, decorrendo dessa ausência a formatação dirigente da Constituição, reclamante da prática de políticas públicas capazes de construir um Estado Social e Democrático de Direito.

Como observa Bonavides (1985, p. 631):

Com o Capítulo da Ordem Econômica e Social, a definição nas Constituições em favor de um Estado social tem sido ostensiva. Até onde vai ou pode ir em sistemas democráticos essa opção do constituinte e como concretizá-la numa sociedade capitalista, eis o problema que desafia juristas, publicistas e homens de Estado. (...) A clara opção constitucional de alguns sistemas pluralistas por um Estado social tem levado a fazer da ordem econômica e social senão o mais importante capítulo da Constituição, pelo menos aquele onde se escreve a verdadeira essência e finalidade de um novo modelo de Estado que, adotando a fórmula de consenso, pretenda lograr a consecução de objetivos sem os quais, princípios da importância fundamental da igualdade ficariam consideravelmente deficitários ou desfalcados de seus componentes democráticos.

A aridez do cenário impõe o comprometimento com as imposições constitucionais. E exige a exata compreensão da importância da Constituição e do Constitucionalismo para viabilizar o Estado Democrático de Direito e sua essência de transformar a realidade.

Nesse sentido, as diretrizes do Constitucionalismo contemporâneo passam a ser útil e historicamente necessárias, a partir da compreensão histórica do momento atual e da necessidade de não se perder nos movimentos conjunturais, tendo que avaliar com justeza as perspectivas da transformação, sem que isso implique em renunciar objetivos centrais e estruturais para se construir uma nova forma de convivência em sociedade.

1.5 Constitucionalismo contemporâneo

O Constitucionalismo avança em suas experiências históricas e a partir da Primeira Guerra Mundial, passa por relativizações em suas concepções, criando desavenças com o liberalismo, por influência da realidade e da necessidade social e dos movimentos em prol da preocupação social e econômica. Repercute nas Constituições o acréscimo dos direitos econômicos e sociais, conforme Ferreira Filho (1999, p. 8). Mas, até a Segunda Guerra Mundial a teoria é ancorada no Estado Legislativo de Direito, com primazia para lei e o princípio da legalidade como fontes únicas de legitimação, tendo uma mudança de paradigma com o Constitucionalismo contemporâneo que consolida o Estado Constitucional de Direito, com a passagem da Constituição para posição central, tendo em vista o seu reconhecimento como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, assenta Cunha Junior (2008, p. 10).

Segundo Barroso, (2012, p. 4-5) na história o movimento de reconhecimento da força normativa das normas constitucionais é conquista recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico. No Brasil, com contribuição da doutrina da efetividade, a normatividade constitucional pretende superar os problemas da formação nacional, que se exterioriza na não sinceridade normativa, na utilização da Constituição como uma mistificação ideológica e na ausência de desejo político em tornar efetiva. O núcleo do pensamento é dotar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na ampliação máxima de sua densidade normativa. A Constituição se torna fonte de direitos e obrigações, independentemente da interposição legislativa.

O Constitucionalismo contemporâneo como movimento teórico influenciou e influencia as Constituições de todo o mundo e está assentado na ideia do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a ser fundamento do Estado e eixo central de todo o sistema jurídico, no reposicionamento dos direitos fundamentais no centro das Constituições, potencializados como diretrizes a serem cumpridas pelos poderes públicos e privados e no reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a dar o enquadramento lógico e jurídico de todo o direito.

Esse Constitucionalismo faz emergir um novo modelo de Direito, amparado no Estado Democrático de Direito, apresentando novas compreensões em relação ao caráter liberal-individualista que permeia a ciência jurídica. Um modelo que harmoniza o cumprimento da Constituição, dos direitos fundamentais com a ideia de soberania popular.

E como ressalva Streck (2013, p. 102) o constitucionalismo não morreu, se mostrando ainda o seu debate uma imposição. Em um país como o Brasil, a ideia da Constituição compromissária, da força normativa e da Constituição dirigente ainda não podem ser descartadas.

A resistência em não efetivar o texto constitucional brasileiro decorre da inexistência de um Estado Social no país, da predominância do paradigma liberal-formal de direito, especialmente pela permanência de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente e, por derradeiro, do impedimento da implementação dos direitos constitucionais pelas políticas neoliberais, conforme Streck (2013, p. 96-99).

Aliás, a Constituição Federal de 1988 vige, claramente, segundo Cunha Júnior (2008, p. 74), com a função não só de garantia do existente, mas, também, como linha de direção para o futuro usando a expressão de Canotilho (1994, p. 151-152). Como esclarece Piovesan (1995, p. 42) não apenas protege as relações existentes, mas passa a ser uma Constituição também de uma sociedade em devir, como instrumento de direção social que está em consonância com a crescente complexidade de uma sociedade antagônica e aberta.

E, agora, com a Constituição de 1988, o direito constitucional ocupa papel central do sistema jurídico, como diz Barroso (2012, p. 7) passando da desimportância para o apogeu, sendo afastada a indiferença com a Constituição.

Uma Constituição que emerge no contexto de travessia do Estado de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito, Estado esse que encarece não somente o governo das maiorias parlamentares eventuais, mas a supremacia da Constituição, a contemplação dos direitos fundamentais e a preservação das regras do jogo democrático.

O Constitucionalismo contemporâneo se insere em um período de pós-positivismo, como identifica Barroso (2012, p. 7), portanto, apesar de não desconsiderar a valoração do Direito por clareza, certeza, objetividade, não o compreende restritos a esses termos, pois incorpora a filosofia moral e política, contestando a estanque separação positivista entre Direito, moral e política. É compreensível que o Direito deve ter uma pretensão de autonomia, mas que será sempre relativa, reconhecer essa circunstância é política e cientificamente mais adequada do que tentar escamotear uma relação que sempre houve, mas que não era explicitada, pois fazia parte do discurso oculto, uma silente lacuna do pensamento jurídico. Isso tanto na criação como na aplicação do Direito. Insere, ainda, dentro do pós-positivismo, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a argumentação e a interpretação.

A partir da força normativa da Constituição, do reconhecimento de sua aplicabilidade direta e imediata, emerge a expansão da jurisdição constitucional e a interpretação

constitucional, identificadas por Barroso (2012, p. 8-9) como marcas e alterações do Constitucionalismo contemporâneo.

A teoria da norma sofre o influxo deste Constitucionalismo ao consolidar a elevação dos princípios à categoria de normas. Os princípios ao lado das regras integram o gênero normas. Trata-se de uma forma de incorporar o Direito à realidade e a outras ciências que dialogam e contribuem para inserir desígnios que passam a vigor constitucionalmente pela via de princípios, mas que não raras vezes são escamoteados, não discutidos e não cumpridos, sob um aparente comportamento de neutralidade. Os princípios adquirem, portanto, a caracterização de norma jurídica, devendo ser aplicados.

Como diz Grau (2014, p. 162) cada Direito não se revela como mera junção de normas, mas como um conjunto dotado de unidade e coerência, que se assenta exatamente sobre os seus princípios. Nesse sentido, a elevação dos princípios a categoria de normas jurídicas, pois são elementos internos do sistema, ou seja, nele estão integrados e inseridos. Por isso, inclusive, a interpretação da Constituição é pautada pela força dos princípios. Os princípios são considerados como critério dominante para a interpretação e são, também, objeto da interpretação, o que torna a interpretação constitucional mais complexa.

Cunha Júnior (2014a, p. 38) diz que a compreensão do ordenamento jurídico é dada como um conjunto de normas. Portanto, sendo a Constituição a fonte máxima de produção de todo o Direito e de onde se extrai o último fundamento de validade das normas jurídicas, é ela que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento. Mas, a própria Constituição representa uma unidade normativa, enquanto ordem da vida política e social da estrutura estatal. Nesse sentido, Piovesan (1995, p. 25) observa que “toda Constituição há de ser compreendida como unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais”. Os princípios conferem unidade e coerência, diz Barroso (2009b, p. 209), pressupondo a inexistência de hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas que trazem princípios ou regras, isso porque as normas são promulgadas originariamente com a Constituição. Apesar disso, não se pode negar o destaque de algumas normas, eleitas pela constituinte ou pela lógica do sistema, que servem para superação das tensões, admitindo uma hierarquia, resultado da ordenação de valores constitucionais. Reconhece Cunha Júnior (2014a, p. 38) a idêntica hierarquia formal-normativa, sendo norma material ou formal, princípio ou regra, programática ou não, todas capazes de exercerem força normativa, advertindo também para a existência de uma hierarquia em face da ordenação de valores constitucionais, sendo os princípios percebidos como superiores às regras constitucionais.

Sem desconsiderar que a Constituição seja compreendida nos pressupostos da teoria do Estado, em conexão com a política e a realidade social. Não sendo possível compreender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta da sociedade do Estado soberano é pressuposto da Constituição. A Constituição não deve ser compreendida apenas como normativa, desacoplada da política, onde entra o Estado. Há uma necessária conexão entre Estado, Constituição e política. Nesses moldes, é que se percebe o pertencimento da Constituição na realidade histórico-social, conforme a clara Bercovici (2004, p. 22-23).

Aqui, também, se incorpora a crítica de que os princípios devem ser lidos de acordo com um patamar suficiente a partir das causas mais profundas da sociedade, mesmo porque os princípios, na maioria das vezes, apresentam direitos fundamentais. Portanto, é necessário trazê-los para a história social, para as estruturas sociais de exploração e os conflitos de classe. Afastados da concepção do mundo moderno em que sua compreensão é esvaziada de conflito de interesses sociais, com claro aporte teórico dos dogmas da legislação universal e em um pano de fundo de necessidades iguais para todos.

A teoria da interpretação é influenciada pelo Constitucionalismo contemporâneo na demarcação de que toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional. Interpretação é a tarefa prática de atribuir o sentido das disposições textuais, com a finalidade de aplicá-las a situações concretas.

Segundo Barroso (2012, p. 8-9) a partir do momento em que há o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico e, portanto, o fenômeno da constitucionalização do Direito, a Constituição além da supremacia formal passa a ter uma supremacia material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. “Ontem os Códigos, hoje as Constituições”, frase atribuída por Barroso à Bonavides. Assim, a Constituição se transformou em filtro por meio do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico. A Constituição passa a representar uma maneira de interpretar o Direito. Os princípios constitucionais e as regras passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Assim, toda interpretação jurídica é uma interpretação constitucional.

Grau (2014, p. 157) compreende que a interpretação/aplicação é de textos e não de normas, tendo em vista o caráter alográfico do Direito. Mas, ressalva, não apenas de textos, senão de textos e fatos. Continua dizendo que interpretar/aplicar o Direito é, na verdade, realizar a sua concretização, é caminhar dos textos e dos fatos para a norma jurídica geral e, posteriormente, para a norma decisão, no desenvolvimento de uma prudência. Afasta o caráter meramente declaratório da interpretação, pois possui, em verdade, caráter constitutivo. A

interpretação consiste na produção pelo intérprete, a partir dos textos normativos e dos fatos relacionados a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para resolução de um caso, por meio da definição de uma norma de decisão.

Interpretar e aplicar, tendo em vista que se trata de uma só operação, é concretizar o Direito na realidade, é realizar uma mediação entre o aspecto geral do texto normativo e sua aplicação particular. Dito de outro modo, é possibilitar sua inserção na vida. Assim, a interpretação/aplicação caminha do universal para o particular, do transcendente para ao contingente. As leis, o Direito, são inseridas no mundo da vida, do ser. Como a interpretação ocorre no quadro de uma situação determinada, há a exposição do enunciado semântico do texto na conjuntura histórica presente, não no contexto da elaboração redacional do texto, conforme observa Grau (2014, p. 158).

Assim, é perceptível o afastamento da tradicional postura quanto à interpretação jurídica como um processo mecanicista e meramente dedutivo. A subsunção não deve ser compreendida como um mero processo formal de um enquadramento de uma premissa fática em uma premissa normativa.

Como diz Barroso (2012, p. 11) dentro do contexto da interpretação tradicional, a norma deveria trazer a solução para os problemas jurídicos na sua disposição abstrata, os fatos se realizavam e se enquadravam na norma, permitindo uma conclusão que resolvia o problema que era a sentença, produto da subsunção dos fatos na norma, desempenhando o intérprete uma função técnica de conhecimento.

Explica Barroso (2012, p. 12) que o pensamento jurídico clássico opera em balizas que interessam ideologicamente os setores hegemônicos, na medida em que apresentam a ficção de que o Direito era a expressão da razão, de uma justiça imanente e de que o Direito se concretizava por meio de um processo lógico e de dedução, na medida em que o juiz realizava a subsunção dos fatos à norma, exteriorizando a consequência que já existia na norma. Mas, no decurso do século XX, o Direito é reafirmado não como expressão de uma justiça imanente, mas como expressão de interesses que passam a ser dominantes em um dado tempo e local e a solução para os problemas jurídicos não se encontra estabelecida previamente no ordenamento jurídico, tendo em vista a heterogeneidade de situações, o que demanda sua construção na interpretação, com a necessidade de legitimação das decisões em fins morais, em busca da justiça, em fins políticos em busca de legitimidade democrática e em outras ciências sociais. Assim, a valorização da dimensão analítica realizada na interpretação tradicional revela a tendência de escamotear valorações realizadas pelo intérprete.

Assim, com o subsídio dessas compreensões é importante reafirmar que no Constitucionalismo contemporâneo a interpretação é interpretação constitucional, no sentido de que deve ser realizada com base na Constituição, considerando os seus valores e princípios, como afirma Barroso (2012, p. 12-13).

A interpretação da Constituição pressupõe o fato de ela ser o estatuto jurídico do político, o que indica a necessidade de ponderar valores políticos. Esses valores ingressam na Constituição por meio dos princípios, assim é possível vislumbrar os princípios constitucionais como conformadores da interpretação das regras constitucionais, nos dizeres de Grau (2014, p. 158).

A compreensão do intérprete se revela como um processo crítico, de reexame dos pressupostos iniciais. O sentido do Direito depende de um processo interpretativo, no qual o intérprete trabalha com os enunciados, com a realidade, de forma coerente. Os enunciados são, portanto, o ponto de partida para o desenvolvimento judicial do direito.

A aplicação do Direito, supondo a interpretação, é um processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. A dinâmica da vida real é que confere vida ao Direito e à Constituição. Compreende-se, ao interpretar a Constituição, além dos seus textos, a realidade. A interpretação, portanto, não se cinge ao texto da Constituição formal, assevera GRAU (2014, p. 163).

A partir das contribuições de Lassale, complementa Grau (2014, p. 164):

A distinção entre *Constituição escrita* e *Constituição material* não é assumida pelo pensamento liberal, dado que a passagem de um para o outro plano importaria insuportável invasão da esfera de liberdade dos indivíduos – a Constituição serve para impedir que a liberdade individual seja violada: não pode, ela mesma, comprometê-la. Essa a razão pela qual a distinção foi relegada a segundo plano. A Constituição consubstanciando o mais conspicuo testemunho do liberalismo e do pensamento liberal, não há de exceder o plano do *dever-ser*. O pensamento liberal, predominante na instância da Dogmática Jurídica, conhece apenas a positividade da *constituição formal*, colocando-se inteiramente à margem, de modo a ignorá-la, da *constituição material*.

E, por fim, na teoria das fontes, o Constitucionalismo contemporâneo desvela a alteração do papel do Poder Judiciário, que passa a ser protagonista, ou melhor, que passa a recuperar suas funções institucionais na concretização dos princípios e direitos constitucionais, bloqueadas pela concepção positivista. Em verdade, a jurisdição constitucional se estabelece como elemento essencial do próprio Estado Democrático de Direito e se torna requisito de legitimação dos regimes constitucionais democráticos.

Nesse contexto e a partir da construção teórica da garantia da Constituição e de seu controle como atribuição de um tribunal, ou seja, do meio jurisdicional, exsurge a expansão da jurisdição constitucional, com o conseqüente fenômeno da judicialização, sem representar uma despolitização, caso considerada a superação da mistificação ideológica do positivismo da separação absoluta entre direito e política, relação que sempre houve, mas que era escamoteada. Há, por certo, a incorporação da política pela Constituição.

Aliás, a partir do debate sobre os métodos do direito público, no contexto da Constituição de Weimar, com a Teoria da Constituição, Schmitt busca, em contraponto ao positivismo normativista, demarcar a superação da divisão entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional. E, após a Segunda Guerra Mundial, a discussão sobre o papel da Constituição refloresce, assumindo as Constituições conteúdo político, ao prever princípios de legitimação do poder, além da sua organização. O espectro constitucional abrange não só o Estado, mas toda a sociedade, segundo Bercovici (2004, p. 8-9).

A Constituição é ordem jurídica fundamental da comunidade, seguindo Hesse, e com base em Fioravanti, a política se manifesta não apenas na criação do Direito, no processo de instauração diante do poder constituinte originário, mas também na dinâmica de aplicação da Constituição, da efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional, conforme Bercovici, (2004, p. 9).

Essa concepção de Constituição total, envolvendo os aspectos políticos e da normatividade faz emergir a teoria material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições sociais ou programáticas. A teoria material autoriza a compreensão do Estado Constitucional Democrático considerando a totalidade das condições jurídicas, políticas e sociais, ou seja, a Constituição em sua conexão com a realidade social. O sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social que a circunda, sua dimensão histórica são levados em consideração, como pontua Bercovici, (2004, p. 10).

A Constituição dirigente busca reconstruir a teoria da constituição por meio de uma teoria material da Constituição. De imediato, cabe o reparo de que a tese dirigismo constitucional ampliada por Canotilho a partir de Lerche, sofre fortes críticas em tempos neoliberais, e o próprio Canotilho aponta reservas à prevalência da tese da Constituição dirigente, no sentido de que embora admita que o texto constitucional permaneça a compor uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, tem aptidão para continuar sendo um mecanismo de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um

texto básico através de desregulações, por outro lado, entende que esse texto básico não pode mais representar fonte jurídica única e nem pode ser tudo da constituição de um Estado, a partir de Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 107-108).

Nesse sentido, Streck (2013, p. 140) assevera que é nítida que tais afirmações devem ser contextualizadas e que essa ponderação não elimina e muito menos enfraquece a concepção de Constituição dirigente e compromissária, pois a afirmação de Canotilho vem acompanhada de uma explicação no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.

Diz Bercovici (2004, p. 12-13) que a preocupação dessa concepção reside na obediência dos fins constitucionais pelo poder legislativo. A concretização das imposições constitucionais é função tanto da legislação, como da direção política. Para a teoria da constituição dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Destaca-se a interdependência entre Estado e sociedade. A Constituição dirigente propõe reforçar e dar fundamento jurídico para a mudança social.

Bercovici (2004, p. 17-18), obtempera que as teorias procedimentais da Constituição habitualmente são trazidas como estratégia de desjuridificação, sendo esta entendida em países centrais, como forma de favorecer o racionalismo e o pluralismo jurídico, ampliando para seus defensores, o espaço de cidadania. Em que pese ponderações que possam ser feitas mesmo nesses países, em razão do atual contexto, no Brasil não há dúvida que a desjuridificação, deve ser entendida de modo distinto do que nos países europeus ou nos Estados Unidos, pois o problema aqui, como afirmou Marcelo Neves, não é de juridificação, mas de desjuridificação da realidade constitucional, assim, a desjuridificação e a desconstitucionalização privilegiam a manutenção dos privilégios e desigualdades.

Assim, não obstante a importância da teoria material na realidade brasileira, é preciso apontar que não se pode pretender com a teoria da Constituição dirigente, uma teoria da constituição com autossuficiência, centrada em si mesma, pois a Constituição por si só não resolve todos os problemas, é preciso incorporar a política e o Estado, pois é por meio deles que a Constituição ganha condições reais de concretização, conforme Bercovici (2004, p. 13).

O risco, portanto, é, em momento de redução dos espaços políticos, com a globalização, que a única saída seja a Constituição, tornando-se presente a tentativa de restaurar os fundamentos da legitimidade liberal democrática, meramente processual. A atenção deve ser voltada em perspectiva para o problema cada vez maior da não existência do

elemento democrático como justificador da legitimidade, diminuído ao espectro normativo e não político, conforme Bercovici (2004, p. 14).

Com a revalorização da normatividade constitucional também pelas teorias materiais da Constituição, o papel dos tribunais constitucionais, as discussões do controle de constitucionalidade, a hermenêutica são exaltados na Teoria da Constituição, conforme observou Bercovici, (2004 p. 19).

Mas, sinaliza Bercovici (2004, p. 21-22) que a teoria constitucional não pode ignorar a realidade política na qual se manifesta o direito constitucional. O direito constitucional e a interpretação constitucional são decorrentes de uma ação de coordenação entre os poderes políticos e o judiciário. A Constituição não pode ser compreendida como entidade normativa sem dependência, sem história e temporalidade próprias. A teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica.

A pretensão, para Bercovici (2003a, p. 287), é evidenciar uma teoria material da Constituição que possibilita entender o Estado Constitucional democrático a partir do complexo total de suas condições jurídicas, políticas e sociais. A teoria material e não a processual por compreender a Constituição atrelada com a realidade social. É preciso perceber a Constituição conjuntamente com a economia, a política, a história e também reforçar e manter a juridicidade da Constituição para uma teoria adequada, isso em um movimento de coordenação. A Constituição não pode pretender está desvinculada da realidade, mas, não pode ser condicionada por ela. Constituição relacionada com as forças políticas, mas dotada de um mínimo de eficácia.

Streck (2013, p. 131-141, *passim*) observa que a Constituição compromissário-dirigente representa uma ruptura radical com o paradigma constitucional antecedente, de caráter liberal-individualista. A linguagem da Constituição de emancipação da sociedade, de resgate das promessas da modernidade, não cumpridas no Brasil, passa a ser no paradigma da constituição dirigente condição para se alcançar a emancipação, pois no Estado Democrático de Direito o constitucionalismo prevê um novo modo de ser. A teoria da Constituição deve ser entendida como uma teoria que preserve as especificidades históricas de cada Estado nacional, devendo ter um núcleo básico que contemple as conquistas do Estado Democrático (e Social) de Direito, democracia e direitos humanos-fundamentais e trazer demais substratos adequados às particularidades regionais e à identidade nacional. Ou seja, há um núcleo específico adequado aos países periféricos e modernidade tardia, que é o núcleo de direitos sociais-fundamentais. E, a concepção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a

países periféricos implica uma ligação com a teoria do Estado, visando a realização de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade.

Assim, ainda no Brasil a teoria material e a Constituição dirigente devem cumprir seu papel histórico. No momento em que se verifica o não atendimento do núcleo da nossa Constituição de 1988, essas construções são necessidades prementes. A abertura de perspectivas e ampliação auxilia no caminhar de efetivação do próprio presente e não deixa de lançar bases para o porvir.

A partir da análise do Estado, do enquadramento das condições existentes no processo histórico presente e das contribuições do Constitucionalismo contemporâneo que se propõe o estudo dos direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Compreensão dos direitos fundamentais

O engendramento do Estado Democrático de Direito apresenta a centralidade da posição dos direitos fundamentais, que são alçados ao núcleo das Constituições, entretanto, a realidade persiste em afirmar o seu não cumprimento.

A partir das construções empreendidas é possível vislumbrar campos de avanço na matéria, especialmente, diante do novo modelo de Estado e dos contornos apresentados pelo Constitucionalismo contemporâneo, retirando o Direito da sua acomodação e de seu enraizamento em teorias tradicionais.

A perspectiva do papel do Direito no Brasil se dá no contexto de uma sociedade carente de efetivação de direitos e de uma Constituição que garante, de forma ampla, esses direitos, segundo Streck (2013, p. 100). E no quadro de um Estado Democrático de Direito, que, como afirmam Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 101 e 105), a lei passa a ser, com privilégio, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo a Constituição inserido direitos, inclusive coletivos e transindividuais, em um ato de confissão de que a função social do Estado não se efetivou, conforme Streck (2013, p. 101).

A Constituição, como definidora de um novo modelo de nação, implica o papel do Direito. A determinação constitucional no Estado Democrático de Direito é de realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles atrelados à terceira dimensão dos direitos. E, para tanto, o direito arroga uma nova tarefa, que é a de transformação da realidade, conforme diz Streck (2013, p. 102).

É preciso repisar que a manifestação das potencialidades não se faz de modo natural, há movimentos de impedimento, com especial reflexo nos direitos fundamentais, tanto do ponto de vista da concepção de atuação do Estado, das determinações da Constituição, dantes apontado, como na perspectiva interna da teoria dos direitos fundamentais, que, ainda se pretende explorar.

Como diz Streck (2013, p. 99) há uma grande dificuldade em convencer a comunidade jurídica em relação ao valor da Constituição e do constitucionalismo.

Assim, o estudo das disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais, sobretudo no Brasil, deve ser alinhada à concepção da vigência de um novo modelo de Estado, responsável por atuar nos setores econômicos e sociais da sociedade, tornando-se mais participativo e decisivo na implementação de direitos. Um Estado direcionado à concreta

realização social, fundamentalmente pela prática de direitos fundamentais, considerando as proposições do Constitucionalismo contemporâneo.

Mas, inicialmente, é relevante demarcar, de um ângulo mais ampliado e necessário para um adequado posicionamento diante dos problemas atuais, a importância da compreensão crítica e de aprofundamento dos direitos fundamentais. O que se quer dizer é que é inegável o protagonismo dos direitos fundamentais no direito contemporâneo, representando uma marca da construção jurídica ou como diz Mascaro (2002b, p. 267) “uma das mais importantes etapas de nossa construção jurídica”, mas isso não encerra a necessidade de revisitação dos seus conceitos e fundamentos.

Aclarar o significado dos direitos fundamentais e realizar seu enquadramento no contexto histórico contribui para as perspectivas do presente.

Enfrentar o problema da omissão dos poderes constituídos na efetivação desses direitos requer uma análise de aproximação das causas mais profundas, não sendo possível o desacoplamento da ciência jurídica das demais ciências sociais. Nesse sentido, é que se propõe a sua aproximação para a história social do homem e para as estruturas de relações sociais, como faz Mascaro (2002b, p. 272), a partir da filosofia crítica.

Em verdade, o trabalho prega essa aproximação em uma espécie de negociação permanente do que se tem traçado como rumo estratégico e os caminhos a serem trilhados na luta candente, postura aferrada à dinâmica desse trabalho. Portanto, realiza uma análise mais crítica e do que se deve alcançar, mas sem desconsiderar a necessidade de corroborar posições mais consolidadas e que melhor cooperam para essa transição, afastando as concepções que dificultam esse alcance.

Assim, realizar a leitura dos direitos fundamentais perpassando pela crítica social, pela compreensão do aspecto social do homem, da sua relação social e produtiva e pelo questionamento da intocável individualidade, racionalidade e dos paradigmas da filosofia moderna, é tarefa que se impõe para tratar, com compromisso, o problema da concretização e efetivação dos direitos fundamentais em tempos hodiernos.

A crítica profunda de apoio a esses direitos se perfaz no problema da exploração, da dominação, do domínio dos meios de produção, da base natural do Estado moderno. O problema da liberdade real e não da formal, da igualdade real e não da isonomia, da plenitude do exercício dos direitos humanos, demanda resolução pela práxis, sendo possível identificar, aliás, a maior necessidade dos direitos sociais, pois neles se exaltam a concretude relacional, de práxis muito mais do que de forma, como identifica Mascaro (2002b, p. 272). O que denota, inclusive, a sua maior caracterização como promessas não cumpridas.

Vislumbra aqui a advertência sobre a relatividade da autonomia do Direito e da clausura do jurista pensado em si mesmo e forjado dentro do seu tecnicismo.

A crítica, portanto, implica em não restringir o conceito de política ao senso comum, mas propor seu entendimento a partir das relações sociais. Isso a partir da constatação óbvia de que as fórmulas já conhecidas não são garantidoras de uma convivência feliz, mesmo porque a história da humanidade não é reveladora de convivência justa, conforme Barros Filho (2014) (informação verbal)¹.

Em situar o conceito de política na compreensão do homem não como um simples observador de um fato social, mas como partícipe social, como integrante da vida política, já que a política é o que há de contingente na convivência em sociedade. Para aclarar que a nossa convivência pode ser diferente do que é, dado que a vida não é isolada e não é regida pelo princípio da necessidade. Pelo contrário, a regência se dá pelo princípio da contingência, portanto, se a organização social é estabelecida de um certo jeito, esse jeito não tem que ser necessariamente assim, a partir de Barros Filho (2014) (informação verbal)².

Com efeito, toda dominação tem como fundamento a imposição de que as relações entre as pessoas são inexoravelmente de uma única forma. O que a crítica se propõe a fazer é apontar que essa organização não é definida para sempre por ninguém, mas é resultante das disposições, dos investimentos, dos engajamentos e condutas dos seus agentes. Pela contingência se denota que a vida não está pronta e acabada e que, portanto, há invariavelmente uma atividade de escolha, de identificação da alternativa de maior valor e, portanto, de forma antecedente, de atribuição valorativa, segundo construção de Barros Filho (2014) (informação verbal)³.

Na atribuição do valor reside a crítica, em verdade, na revelação das escolhas que são escamoteadas pela aparente racionalidade e neutralidade filosófica moderna.

Nessa linha, é que se opera o recorte para questionar a tutela dos direitos fundamentais, quais direitos, realmente, estamos a garantir, como desnudar as posições científicas dominantes e como identificar, no contexto atual, as perspectivas imediatas de transformação, sem desfocar do rumo central, perspectivando uma teoria dos direitos fundamentais com vistas para a realidade concreta, para os interesses sociais que estão em disputa na estrutura da sociedade capitalista.

¹ Informação fornecida pelo professor Clóvis de Barros Filho no Curso Veduca de Ciência Política, em 2014.

² Informação fornecida pelo professor Clóvis de Barros Filho no Curso Veduca de Ciência Política, em 2014.

³ Informação fornecida pelo professor Clóvis de Barros Filho no Curso Veduca de Ciência Política, em 2014.

Como adverte Mascaro (2002b, p. 271-272) a crítica aos direitos humanos, concebidos na acepção liberal, não se faz para negar os direitos humanos, mas para posicionar a parcialidade da índole liberal, individual e formal, constatando a inviabilidade de sua concretização plena nesse paradigma. A crítica à perspectiva liberal é no sentido da afirmação da impossibilidade concreta de direitos humanos, entendidos em um aspecto pleno, substancial. Portanto, se trata de uma crítica no sentido de dar maior concretude.

É preciso ter em linha de conta que a acepção formal dos direitos fundamentais denota os direitos do homem egoísta, do homem separado da comunidade, em um claro influxo da concepção liberal que grande influência detém sobre ciência jurídica tradicional.

Há um reposicionamento da crítica inserida na causa mais profunda, na base natural do Estado moderno, na compreensão dos direitos humanos fundamentais a partir da história social do homem, das estruturas sociais de exploração, dos conflitos sociais. Assim, o problema não está circunscrito a declaração de direitos. A contribuição opera na linha de inscrever os direitos humanos não em um sentido genérico humano e nem em uma dignidade individual indevassável, mas na colocação do problema na relação social e produtiva, na concretude das relações, no aspecto social. Percebido em um sentido crítico mais profundo os direitos humanos assumem característica de uma construção relacional, social, em que sua efetivação não demanda apenas o campo do Direito, ou seja, não se revela um problema de simples afirmação jurídica, mas de um problema de efetivação dos excluídos e da modificação das relações de exploração social, na leitura de Mascaro (2002b, p. 272).

Essa visão talvez tenha permeado muito dos questionamentos em face do Direito dado apenas pela forma, contribuindo para a realização do Direito afirmado no aspecto social do homem, inclusive, pela constatação das dimensões de direitos humanos posteriores à primeira, identificada com os direitos individuais e formais, carregarem a nota essencial de não serem direitos meramente declarados, mas que exigem relações sociais, políticas e econômicas de efetivação, como vislumbra Mascaro (2002b, p. 272).

Nesse momento, na análise a partir da realidade estrutural do capitalismo hodierno, cabe reafirmar que uma nova sociedade é gestada na luta de classes, não é um ideal pelo qual a realidade terá de se regular, mas, ao inverso, é resultado das condições objetivas do sistema capitalista e que não surge automaticamente. Para sua concretização material é preciso intensa participação e intervenção consciente dos agentes sociais guiados por sua formação de vanguarda. A relação dialética entre realidade objetiva e direção decisão, em uma conjuntura histórica de vastos acontecimentos que possa sacudir a posição dominante, estabelecendo a

correlação de forças fundamentais, atingindo o apogeu da crise revolucionária, é que pode gerar o nascimento de uma nova sociedade, conforme Rabelo (2009, p. 42-43).

As modificações operadas na atualidade na sociedade burguesa não alteram qualitativamente o caráter das relações sociais capitalistas de produção, persistindo a sujeição do trabalho assalariado. Não se exterioriza um novo modo de produção, pelo contrário, temos a expansão dos monopólios e a financeirização como sistema de poder, com a reestruturação do mercado mundial, constata Rabelo (2009, p. 43).

Entretanto, essa realidade econômica e social provoca a intensificação das contradições fundamentais, de um lado a exclusão social crescente, a decadência política e a imposição de tragédias humanas, como diz Rabelo (2009, p. 43), ao qual acrescento a total desconsideração dos direitos fundamentais, sobretudo de cariz social e transindividual. Por outro, completa o autor, a resistência, desdobrando a consciência política, o movimento das ideias, as novas formas de luta, como elementos provocadores da tendência de transformação.

Assim, o que se verifica é um cenário prenhe de tensões do ponto de vista teórico, político e ideológico. E ao se pensar em preservação e efetivação dos direitos fundamentais emerge a impossibilidade de desprezo ou de desconsideração dessas tensões.

Não se deve admitir o misticismo da queda abrupta do sistema capitalista decorrente de uma crise estrutural, como contribuinte para uma nova definição e orientação da atuação. A visão materialista-dialética compreende a evolução social de nosso tempo como um processo complexo de tendências e contra tendências dentro do próprio capitalismo, sistema que, dessa forma, se caracteriza por disputa permanente e crises evolutivas que podem ocasionar rupturas. Afastam-se concepções que reduzem os lados das múltiplas contradições da estrutura socioeconômica, correlacionando com o aumento ou a diminuição do ritmo ou do momento para o desate do nó, conforme Rabelo (2009, p.43).

Portanto, é imperioso descortinar na experiência histórica o todo do movimento, o conjunto das relações no âmbito da sociedade, alerta Rabelo (2009, p. 43). É preciso saber se posicionar nas trincheiras ideológicas do cenário político e jurídico e, como diz Rabelo (2009, p. 43), buscar avaliar com justeza as perspectivas da transformação, sem desvirtuar da meta central.

Perpassamos nesse trabalho que no Brasil, o neoliberalismo impõe às estruturas sociais os paradigmas que servem de base ao modelo de desregulação da economia, modelo que atinge as liberdades democráticas e toda a situação social, frustrando o alcance dos objetivos constitucionais traçados, notadamente no atendimento dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva se insere o recorte da análise da garantia dos direitos fundamentais, sob o prisma de uma discussão precisa, no contexto atual de relações produção e de posições dominantes enraizadas na ciência jurídica.

Não é permitido desfocar, na medida em que as energias, ainda, se concentram no engajamento dos atores sociais para superação do estado de desrespeito dos direitos fundamentais, de sobreposição desmedida do poder econômico sobre o poder político, de desrespeito à Constituição pela classe dominante.

Cunha Júnior (2014a, p. 45-46) registra a crise do sistema representativo na seguinte perspectiva:

A crise da representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa calcada na ideia da representação popular sintetiza a compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição. A história e a experiência constitucional vêm demonstrando que os parlamentos, eleitos para servirem à vontade popular, têm prestado um desserviço à população - com a elaboração de leis conformadas e comprometidas tão-somente com a vontade governamental e à custa dos direitos fundamentais.

Sob a ótica nacional, a de povo explorado e alijado das garantias mais essenciais, é contemporânea a testilha sobre a efetivação dos direitos fundamentais liberais, pois ainda estamos a conquistar direitos básicos. As violações reiteradas de direitos políticos, de direitos individuais formais e, por óbvio, de direitos sociais e transindividuais fazem parte da vida cotidiana.

Não obstante, formalmente, aparentarem as instituições conformidade com o Estado de Direito, atesta Vieira (2011, p. 223) que o sistema jurídico brasileiro padece de uma série de incongruências entre as leis editadas e o comportamento dos indivíduos e dos agentes públicos. É evidente a insuficiência da democratização e da liberalização para superar os obstáculos que firmemente se opõem à implementação do Estado de Direito no Brasil. O Estado brasileiro manifesta sua cortesia com os poderosos, sua insensibilidade com os excluídos e sua crueldade com aqueles que desafiam a estabilidade social amparada na hierarquia e na desigualdade.

A exclusão social e econômica, complementa Vieira (2011, p. 224 e 229), oriunda de profunda desigualdade, causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza, a demonização dos desafiantes do sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. A integridade do Estado de Direito é atingida em ambientes de índices elevados de

desigualdade, como o caso brasileiro, criando uma sociedade hierarquizada em que indivíduos de nível mais baixo não logrem um espaço real de completa cidadania e não são reconhecidos como detentores de direitos.

Portanto, em que pese à posição de proeminência dos direitos fundamentais reveladas tanto no plano acadêmico como no núcleo textual constitucional, as leis se manifestam como instrumentos das maiorias nacionais constituídas contra os direitos fundamentais do cidadão, influenciando parte das teorias jurídicas na criação de barreiras teóricas para efetivá-los.

Mas, como se colhe o entendimento em Vieira (2011, p. 230-231), a renitente desigualdade que corta os laços sociais, gerando invisibilidade, demonização e imunidade e prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito não deve significar, em especial em países como o Brasil que as Constituições tendem a ser reativas a um passado autoritário e de injustiça social, que a ideia do Estado de Direito seja inútil nesses meios sociais. Há insuficiências, mas há potencialidades de novos atores promoverem mudanças sociais por meio do emprego de estratégias legais.

Nesse sentido, é que se compreende a necessidade de fortalecer a defesa da Constituição, em especial da vinculação dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais formais são chamados a operar um processo de emancipação do homem perante a desestruturação realizada no âmbito nacional, devendo, assim, os direitos fundamentais serem defendidos em face das práticas nacionais desprendidas da Constituição, especialmente quando exteriorizadas em lei ou em omissões.

Mascaro (2002b, p. 273) contextualiza que a crítica para superação do legalismo, para o aperfeiçoamento, não representa retirar os ganhos históricos liberais, pois a base é o dado liberal formal, mas compreende que no Brasil, essa crítica de aprofundamento é mais difícil, pois ainda permanece na atualidade, uma relação para com os direitos humanos que permanece ancorada em um pensamento paraliberal ou até pré-liberal.

Como diz Barroso (2009a, p. 67) ao analisar a experiência brasileira:

A triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado. Pior: sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes. Do descobrimento ao início do terceiro milênio, uma história feita de opressão, insensibilidade e miséria. A Constituição de 1824, primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendeu iniciar, apesar das vicissitudes que levaram à sua outorga, um Estado de Direito, quiçá um protótipo de Estado liberal. Mas foi apenas o

primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica, que marcou, inclusive e sobretudo, a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modelo liberal e tampouco de um Estado verdadeiramente social.

Entende Mascaro (2002b, p. 273) que o país não chegou aos direitos humanos liberais e, portanto, que a crítica deve ser feita considerando essa constatação. O processo histórico brasileiro, marcado por ditaduras, por uma formação social forjada na escravidão e exploração, denuncia que os direitos humanos, tomados na acepção liberal, representam possibilidade de avanços perante o quadro de sistemático desrespeito na atualidade. Assim, no Brasil, temos que atravessar a fronteira do aspecto social dos direitos humanos sem mesmo ter concretizado os direitos humanos liberais individuais, ou seja, a batalha é dúplice.

O cenário mundial dos últimos tempos apresenta um recrudescimento na busca pelos direitos humanos como objeto de concreção social, resistindo uma espécie de direitos humanos meramente formalista. O momento é de direitos humanos como garantia dos exploradores e não como afirmação da dignidade dos explorados. Há um esfacelamento das reivindicações por conquistas sociais e homogeneização dos mínimos direitos formais que subsidiam o capitalismo, assevera Mascaro (2002b, p. 274).

E no Brasil, até os direitos humanos liberais são atacados, nem todo indivíduo é respeitado em seus direitos fundamentais, mesmo o aspecto formal precisa se impor, pois a estrutura social e os meios de comunicação insistem em não obedecer a esses direitos. O contexto é de violação reiterada dos direitos individuais, sociais, de conscientização, de cidadania ativa, constata Mascaro (2002b, p. 276).

A primeira luta fundamental aqui é para que não haja o estado de descaso dos direitos humanos, típico de uma sociedade em que a lei é comprada pelas elites, que não são nem liberais burguesas, pois estão acima da lei. O quadro de desrespeito é marcado pela falta de qualquer subordinação efetiva do poder econômico ao poder político. A segunda luta fundamental, entretanto mais difícil e distante, representa a transformação das nossas estruturas sociais, econômicas, políticas, produtivas, onde a crítica mais profunda aponta para direitos humanos que não sejam direitos humanos restritos a uma parcela da sociedade, mas que sejam direitos humanos plenos, em que os excluídos não tenham somente direito ao voto, como pronuncia Mascaro (2002b, p. 276-277).

O processo exige a percepção da necessidade de se caminhar sem desconsiderar os passos com efeito concreto e de progresso. A crítica social mais profunda a partir das estruturas sociais, da denúncia da limitação e da parcialidade, por não se revelarem um direito

de todos, acena para o rumo, além de auxiliar o posicionamento nos caminhos que se apresentam nas contendas atuais, mesmo porque, em razão dos fluxos e contrafluxos que permeiam o processo histórico, há que se ter, certa vezes, maleabilidade nos caminhos para que se possa avançar em posições com maiores possibilidades. Inserido na realidade econômica e social de intensificação das contradições fundamentais, prenhe de tensões do ponto de vista político, ideológico, é que se identificam as lutas candentes.

Nesse sentido, é que pugna-se, em tempos hodiernos, pela centralização de esforços, nas arenas jurídicas pelo respeito ao núcleo da Constituição reveladora de um Estado Democrático de Direito, pela efetivação dos direitos fundamentais a partir da superação de pressupostos aferrados à índole liberal, formal, enraizada na lei mercadológica, insistindo na compreensão desses direitos em uma perspectiva substancial, material, de impedimento do retrocesso e de criação de base para a transformação. A garantia dos direitos fundamentais, diante da degenerescência da sociedade operada pelo capitalismo neoliberal, representa, pois, um papel relevante do Estado em face do desmonte das perspectivas políticas, sociais e legais. Dessa forma, é preciso compreender e afirmar os direitos fundamentais como posições jurídicas básicas que se atribuem ao ser humano, além de configurar elemento medular que conduz e obriga a atuação do Estado, representando verdadeira ferramenta de legitimidade do Estado.

Assim, na compreensão da evolução social como um processo complexo que exige avaliar com precisão as circunstâncias do curso transformador, o trabalho pretende enfrentar as amarras teóricas que circundam a teoria dos direitos fundamentais, demarcando posição em seus pontos estruturais, no desígnio de estancamento do processo de desrespeito e no intuito de reafirmação desses direitos, notadamente daqueles de cariz social e transindividual.

2.2 Direitos fundamentais como parâmetro de atuação dos poderes públicos e privados

O movimento teórico do Constitucionalismo contemporâneo é marcado pela centralidade dos direitos fundamentais e pela imposição de verdadeiras diretrizes a serem cumpridas pelo poder público, consubstanciando o fenômeno da rematerialização constitucional. Esse é um eixo que se acopla a ideia da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e elemento central do sistema jurídico e a força normativa da constituição.

O caminhar das reflexões denota o destaque dos textos constitucionais na condução da vida pública, exigindo comportamentos por parte de todos os atores sociais.

Como remonta Cunha Júnior (2008, p. 10), no século XX, emerge o pensamento do reconhecimento da supremacia material da Constituição, passando seu conteúdo a condicionar a compreensão e a validade de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os poderes públicos.

O contexto é da inserção de novos paradigmas a partir da clara insuficiência do Estado em não se compromissar com os textos constitucionais e as diretrizes centrais neles estabelecidos.

O argumento da função das Constituições limitadas à organização do Estado e do Poder não triunfa com forte poder de convicção ante a realidade social. Os tempos exigem uma ampliação da incidência das Constituições e de suas vinculações, em razão das manifestações históricas. Mas, claro, esse processo não surge e nem permanece sem obstáculos e antagonismo. Aliás, como demonstrado, é tempo de resistência e convencimento.

A noção de Constituição e de sua atribuição, contribui Barroso (2009a, p. 84), de tempos remotos até a atualidade, percorreu um longo e acidentado caminho. Do constitucionalismo liberal, com o foco nos aspectos de organização do Estado e marcado pela atuação restritiva nos direitos de liberdade, ao constitucionalismo social, consagrador de direitos atrelados à igualdade material e de alargamento das obrigações a serem desempenhadas pelo Estado. O processo marcha com tendências, em alguns países, de maior papel diretivo, mas sem escapar de questionamentos, a partir do quarto final do século XX, identificado no movimento de uma intensa reação política pela redução do Estado, pela desregulação e pela menor incidência constitucional.

Dogmaticamente, reforça Barroso (2009a, p. 85), há o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição, desvencilhando-se das concepções que não atribuem às normas constitucionais a típica caracterização de normas jurídicas ensejadoras de tutela judicial. Esvai o prestígio do positivismo e da lei, com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça.

Emerge o Estado Constitucional de Direito e a compreensão da subordinação à Constituição, inclusive da própria legalidade, no sentido de que a validade das leis e demais normas jurídicas devem atender a forma de sua produção, mas, também, deve haver compatibilidade dos seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais, nos dizeres de Cunha Júnior (2008, p. 10).

Com a afirmação do caráter normativo das normas constitucionais, o Direito vivencia a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde goza da supremacia

formal e da supremacia material, compreendida como ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de regras e princípios, segundo pontua Barroso (2009a, p. 85-86).

O processo histórico penetrado por um alargado movimento social, político e jurídico na defesa da garantia dos direitos humanos fundamentais e na exigência de respeito dos poderes públicos aos valores constitucionalmente previstos ensejaram a conversão da Constituição em fundamento lógico e jurídico de todo o Direito, passando a representar a base para extração da legitimidade e dos limites para os poderes públicos e privados no desempenho de suas tarefas.

No Brasil, identifica Barroso (2009a, p. 85), recentemente, com o processo de redemocratização e da promulgação da Constituição de 1988 é que se consolida a força normativa e da efetividade da Constituição.

Assim, é a partir da transição do Estado autoritário para o Estado Democrático de Direito que passa a ganhar relevo no país as discussões sobre o papel a ser desempenhado pela Constituição. Os debates sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e de afirmação dos direitos fundamentais representam perspectivas para consolidação de um novo regime.

É momento de ultrapassagem para o Estado Democrático de Direito, responsável pela assunção de novas tarefas, como delineadas, sustentado nos pilares da democracia e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a democracia se torna exigência premente e os direitos fundamentais representam pautas a serem observadas no Brasil. Há um movimento de balanço entre os desejos da maioria, sem desconsiderar os direitos das minorias, amparadas no texto constitucional.

Como diz Alves (2009, p. 73) os direitos fundamentais configuram uma categoria de “espaço vedado”, de núcleo intangível da democracia, protegidos em face dos acordos políticos que devem apenas estar circunscritos aos aspectos secundários da vida das pessoas.

Ao alçar a Constituição ao centro da ordem jurídica há uma inexorável proeminência dos direitos fundamentais que devem deixar de constituir meros desejos, meras promessas, para se constituir em verdadeiros direitos vinculadores de obrigações e deveres. Isso em um cenário nacional de luta renhida e candente necessidade por um Estado social, ainda, não vivenciado. É tempo de esforços, inclusive teóricos.

Assim, a vinculação aos direitos fundamentais está perspectivada na compreensão da vigência de um novo modelo de Estado, responsável por atuar nos setores econômicos e sociais da sociedade e de índole mais participativa e decisiva na implementação de direitos. Um Estado direcionado à concreta realização social, fundamentalmente pela prática dos direitos fundamentais.

Um processo de força normativa da Constituição não alienada da realidade, considerando que as estruturas sociais a determinam, mas é premente a necessidade também de sua determinação na sociedade, em especial, em momentos de estrangulamento democrático ditados por outros poderes, como o econômico.

É esclarecedora a constatação de Faria (2004, p. 25 e 178), em âmbito de Estado neoliberal: “é a economia que, efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas”. A agenda estatal é condicionada pelo mercado e por seus atores dominantes. E em termos de globalização, se verifica uma fragilização da autoridade do Estado. Pelos mecanismos da barganha, do veto e da posição privilegiada no sistema produtivo, os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional e em condições de se desenvolver mundialmente comprimem o Estado a melhorar sua competitividade, exigindo a desestatização, flexibilização de leis e a desconstitucionalização.

Ora, impõe a partir dessa constatação, uma resistência, como consignado nesse trabalho, em especial em nosso país que ainda não logrou as conquistas sociais mínimas.

Uma doutrina constitucional com bases em mandamentos neoliberais e vinculados ao fenômeno da globalização parece inviável, em razão das implicações contraditórias que existem na base da construção. A globalização deprecia Constituições, o valor reside nos tratados. Há sacrifício da soberania, que para os Estados emergentes representam um importante conceito para garantia do desenvolvimento nacional, distinto, portanto, dos Estados centrais que são favorecidos com o fenômeno. Os Estados que ainda não são plenamente desenvolvidos não podem se afastar da soberania, do Estado Social e de uma Constituição vinculante, dirigente. A Constituição governante e vinculante não é conceito em desuso do pensamento político, mas sim indicação de conservação do pálido Estado de Direito que ainda conserva a ordem e a liberdade nos Estados periféricos. Como Carta prospectiva aponta para o futuro e representa, como não poderia ser diferente, a garantia formal ou pelo menos promessa da edificação de um Estado social vigoroso. Considerando o risco do aniquilamento do que sobra da soberania em um país atado aos compromissos com o Fundo Monetário Internacional é necessário restaurar, na consciência jurídica brasileira, a Constituição vinculante e prospectiva, assenta Bonavides (2000 apud Streck, 2013, p. 92-93).

O compromisso e a pretensão não pode desconsiderar a realidade que a circunda, devendo ser estabelecida uma relação entre a Constituição e a realidade social e política.

A produção e manutenção da força normativa da Constituição, ou seja, a irradiação de sua força ativa, motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade demanda uma

interação com a realidade político-social, em um processo de condicionamento recíproco, observa Cunha Júnior (2008, p. 38).

Hesse (1991, p. 19) afirma que:

a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

É necessário estabelecer que a realidade histórica condiciona a Constituição, não podendo se apartar da realidade concreta de seu tempo, pois sua pretensão de eficácia apenas pode ser realizada ao se contemplar essa realidade. Mas a Constituição não configura apenas a expressão de uma dada realidade, em razão do seu elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade político e social. A Constituição jurídica consegue conferir forma e modificação à realidade, se transformando em força ativa que interfere e determina a realidade político e social, nos dizeres de Hesse (1991, p. 24).

Não se pode abandonar a normatividade em favor do domínio das relações fáticas e nem considerar a normatividade sem qualquer elemento da realidade. A Constituição não é apenas expressão do ser, mas de um dever ser, significando mais do que o simples reflexo das forças políticas e sociais, pois fruto da pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. A realidade social determina e, ao mesmo passo, a Constituição é determinante em relação a ela. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferentes, porém, não podem ser nem totalmente separadas e nem confundidas, conforme Hesse (1991, p. 15).

Para Cunha Júnior (2008, p. 36 e 47-48), a Constituição deve ser um sistema aberto de normas em correlação com os fatos sociopolíticos, atenta a realidade em que se insere, subsidiada por uma teoria que permita extrair do texto todas as potencialidades normativas e toda sua força ativa condicionadora, ordenadora e motivadora da vida política e social. Como ordem jurídica da sociedade, consagra os direitos e garantias fundamentais, primordiais à convivência e a dignidade humana e apresenta-se como apta a solucionar os problemas sociais básicos, elaborando os fins sociais mais significativos para a realização material da igualdade e das liberdades fundamentais.

Compreende Cunha Júnior (2008, p. 49) que o fato de a força normativa depender da Constituição atuar na realidade histórica, não nega a dimensão da Constituição como “tarefa” e “programa de ação” que impõe a realização de seus preceitos, independentemente da sua

eventual conformidade com a realidade constitucional, na linha de Canotilho (1994, p. 120). Em verdade, a Constituição cumprirá sua força motivadora, ordenadora e conformadora da vida do Estado e da sociedade quando se transformar em força ativa, o que somente será possível quando os partícipes do processo político-constitucional, em especial o Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, se conscientizarem da sua tarefa de tutela das expectativas sociais e, com *vontade* de Constituição, fizerem do texto maior uma realidade viva e democrática, complementa Cunha Júnior (2008, p. 49).

Assim, a interação é necessária, mas é imprescindível também reafirmar a Constituição, em especial, a vinculação aos direitos fundamentais nela previstos, parte nuclear e material do texto. Em tempos obtusos, se a Constituição conseguir manter a sua força normativa, há sua transformação em força ativa e protetiva da sociedade.

Aliás, é tempo de consignar a ideia da supremacia da Constituição e como diz Barroso (2009a, p. 83), postulado de sustentação do próprio direito constitucional contemporâneo. A Constituição é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema. A norma constitucional é imperativa como toda norma jurídica, encerrando uma obrigatoriedade de um comportamento, com a peculiaridade de se revelar suprema em face das demais, conforme assevera Cunha Júnior (2008, p. 52).

E na percuciente análise de Canotilho (1999, p. 826) a Constituição é lei superior, em razão de ser fonte da produção normativa e em razão de ser atribuído um valor normativo hierarquicamente superior (*superlegalidade material*) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estatais. Além da *superlegalidade formal*, entendida na concepção de Constituição como norma primária da produção jurídica, o que dá sentido a rigidez das leis fundamentais, manifestada na estipulação de exigências processuais, formais e materiais para as revisões, de forma agravada à prevista para as leis ordinárias, há que se destacar a parametricidade material das normas previstas na Constituição que leva à imposição da conformidade substancial de todos os atos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição.

A observância material e formal aos preceitos da Constituição pelos poderes públicos deve ser verificada na atuação, mas, também, na omissão de um dever estabelecido. Nos dizeres de Cunha Júnior (2008, p. 57) todos os órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário estão vinculados e obrigados a satisfazer os fins e tarefas impostos pelo texto maior, sendo a heterovinculação uma manifestação do Constitucionalismo contemporâneo, impositiva de vinculação tanto aos órgãos do Poder Político como aos cidadãos.

Nessa senda, é inegável a proeminência dos direitos fundamentais como elemento medular no fator de análise do cumprimento dos desígnios constitucionais pelos poderes.

Os direitos fundamentais, que portam a caracterização de normas formais e, em especial, de normas materialmente constitucionais e que, com o Constitucionalismo contemporâneo, são alçados ao centro dos textos constitucionais, significam uma decisiva ferramenta de legitimação dos poderes políticos e sociais.

São transformados em parâmetro e referencial vinculante da atuação estatal, diminuindo de forma marcante a discricionariedade dos poderes constituídos, de modo que se apresentam, inclusive, como fundamento para controlar as omissões do poder público, nos dizeres de Cunha Júnior (2008, p. 148).

Rocha (1997, p. 76-91) ao se deparar com o Constitucionalismo contemporâneo, reflete a Constituição em seu texto e contexto, sabendo que ela muda sua forma e seu conteúdo, mas continua sendo uma Lei que preside o processo de juridicização de um projeto político que deve ser concretizado pela organização e dinâmica estatal, assim entende que:

A Constituição tem alma de Direito e forma de Lei, formulando-se como seu coração – órgão dominante e diretor de suas ações – os direitos fundamentais do homem. Direitos fundamentais em duplo sentido jurídico: de um lado, são eles essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; de outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).

Nessa senda, os direitos fundamentais, assim, carregam uma dupla significação. São conceituados como aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, ou seja, prerrogativas que a Constituição reconhece como elementares a uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, como preceitua Cunha Júnior (2008, p. 159), mas significam também a fonte legitimadora do próprio Estado ou, como diz Nunes Júnior (1997, p. 15), a própria existência do Estado de Direito depende dos direitos fundamentais.

É preciso não perder de vista e demarcar no âmbito teórico essa dupla dimensão dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva, imbricadas ao processo de emancipação do homem e de afirmação da expansão democrática de um determinado país.

Os direitos fundamentais representam, assim, posições jurídicas subjetivas franqueadas pela essencialidade da proteção da pessoa e valores objetivos básicos de

conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, exteriorizando-se ora como carta de concessões subjetivas, ora como limites objetivos de racionalização do poder e como vetor para a sua atuação, configurando, nesse último espectro, elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e que se expandem para toda a ordem jurídica. Trata-se, em verdade, de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, nas considerações de Cunha Júnior (2008, p. 232-233).

É importante identificar que a dupla compreensão dos direitos fundamentais produz o efeito fundamentador da posição jurídica e constitucional da pessoa. Revelam a face de direitos básicos jurídico-constitucional do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa ou positiva de outrem e apresentam a expressão de elementos objetivos fundamentais da ordem democrática, o que investe o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade, como percebido por Cunha Júnior (2008, p. 233).

Não se desconsidera, ainda, como consequência da dimensão jurídica objetiva a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, imbricada a imposição da releitura de todo o direito infraconstitucional em consonância com as determinações constitucionais. A partir da necessidade da ordem jurídica ser apreendida sob a lente da Constituição, os direitos fundamentais alcançam as relações entre particulares. Aos poderes públicos subsiste o dever de assegurar as condições mínimas de efetividade dos direitos fundamentais, não devendo se reservar a postura de não violar esses direitos ou simplesmente realizar proteção contra violação de terceiros.

A partir da dimensão objetiva, Sarmiento (2004, p. 107) observa que os direitos fundamentais limitam a autonomia dos atores privados e resguardam a pessoa da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, presentes difusamente na sociedade contemporânea. Assim, o legislador assume o encargo de promover os direitos fundamentais e a legislação terá de ser revisitada sob a ótica constitucional.

Para Bonavides (2004, p. 587) o contexto de um novo Direito Constitucional, de modificação do espaço de tensão, da separação dos poderes, como ocorria no Estado liberal, para o nervoso âmbito dos direitos fundamentais, emergente de uma Sociedade reclamante do aperfeiçoamento do sistema de aplicação desses direitos, agora posicionados no cume da estrutura, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis perspectivas da cidadania postulante, a dimensão jurídico-objetiva representa uma incontestável variação qualitativa na interpretação dos direitos fundamentais, na medida em que há o rompimento e a

mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado, típica do *status negativus* e do subjetivismo individualista da idade liberal. Emerge, contudo, outra relação, mais ampla, pluridimensional e plurifuncional, que é a do *status positivus*, por meio do qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado. As novas gerações de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo transporta a hegemonia para a Sociedade, transformando a Constituição em ordenamento fundamental não só do Estado, mas também da Sociedade.

Os direitos fundamentais ao superarem a relação cidadão-Estado granjeiam a dimensão objetiva, que resultam em inovações constitucionais, entre elas a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com relação aos três poderes, na compreensão de Bonavides (2004, p. 588).

Portanto, a Constituição ao reconhecer, expressa ou implicitamente, um direito fundamental, enseja sua colocação no ápice da hierarquia das escolhas públicas, como frisa Vieira (2006, p. 47).

É de todo oportuno a consideração de direitos fundamentais explícitos e implícitos, na medida em que se defronta com a necessidade de outra relevante superação na teoria dos direitos fundamentais no caminho da adequada leitura e da efetividade desses direitos, que se expressa nas acepções da fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

A discussão da fundamentalidade emerge da constatação das dificuldades enfrentadas pelos direitos fundamentais quando da manifestação resistente à natureza material desses direitos, ou, dito de outro modo, quando se entende direitos fundamentais como apenas aqueles incorporados ao texto de uma Constituição escrita, mesmo diante da inserção de cláusula de abertura, como no caso da opção nacional, prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

Nesse sentido, é necessário marcar posição para dissidiar da concepção restritiva e assegurar a dupla fundamentalidade, na medida em que não somente os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais gozam do atributo da fundamentalidade, mas também os não contemplados nos textos, por refletirem condições de possibilidade de uma convivência digna, por afirmarem verdadeiramente a dignidade da pessoa humana.

É de se depreender que os direitos fundamentais não se restringem àqueles tipificados na Constituição, pois o sentido da cláusula prevista é de não taxatividade desses direitos, não sendo necessário sequer que os direitos estejam incluídos na declaração formalizada para que sejam respeitados, registra Ferreira Filho (2002, p. 30).

Canotilho (1993, p. 499) não desconsidera a leitura realizada da fundamentalidade formal e material, reconhecendo uma vinculação da formal com o fenômeno da constitucionalização, o que autoriza inferir que os textos definidores de direitos fundamentais se situam no ápice do ordenamento e vinculam os poderes públicos e no que toca à material enaltece o conteúdo dos direitos fundamentais como constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade, advertindo que a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e mais a abertura da constituição a outros direitos fundamentais, mas não constitucionalizados e a abertura a novos direitos fundamentais advém da fundamentalidade material.

Há que se advertir, nesse instante, a inadequada negação da aplicação do regime jurídico dispensado aos direitos formalmente fundamentais para os direitos materialmente constitucionais, reconhecidos pela cláusula aberta contida no §2º, do artigo 5º, da Constituição de 1988. Os direitos materialmente fundamentais são direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas desse reconhecimento, como a proteção pela Constituição, a não possibilidade de serem abolidos, a vinculação imediata dos poderes públicos, além de desfrutarem de aplicabilidade imediata e servirem de parâmetro obrigatório à atuação estatal, conforme assenta Cunha Júnior (2008, p. 251).

O que se está a desvelar é que, em um primeiro momento, a renitência se concentra no reconhecimento da dupla fundamentalidade, mas, posteriormente, o entrave se transmuta para a negação da aplicação do mesmo regime jurídico. Movimentos nesse sentido por parte do pensamento jurídico interferem mais decisivamente no reconhecimento e na efetividade dos direitos sociais e transindividuais, de consagração mais dificultada no processo histórico, de previsão mais recente e de concretude relacional.

Assim, sobre o aspecto da fundamentalidade, Cunha Júnior (2008, p. 255) conclui que:

[...] como consequência direta do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro (CF, artigo 1º, III) – a Constituição Federal adota cláusula aberta, ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, para admitir a existência de outros direitos fundamentais, para além dos nela catalogados, sejam os subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressos, sejam os decorrentes do regime e dos princípios que adota (reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e decorrentes vem desde a Constituição de 1891), sejam, finalmente, os previstos em tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte (reconhecimento de direitos fundamentais instituídos por tratados, que foi inovação da Constituição de 1988), desde que ostentem a

fundamentalidade material e sejam, conseqüentemente, identificados, no geral, como explicações do princípio da dignidade da pessoa humana.

A consideração dos direitos fundamentais como parâmetro de atuação, como instrumentos vinculativos do Estado, acompanha o reclamo de uma nova forma de organização da sociedade, ensejador do rompimento das Constituições com o perfil estritamente liberal e garantidor de direitos meramente defensivos. Forjada no processo histórico a alteração não se perfaz de forma natural e automática, o que demanda a releitura da teoria dos direitos fundamentais adequada às novas determinações e exigências.

Nesse sentido, compreender a inserção dos direitos fundamentais em outra conjuntura exige a afirmação inaugural da dupla dimensão desses direitos, dimensão subjetiva e objetiva e o desnudamento da concepção restritiva da fundamentalidade formal, retirando o pensamento teórico do terreno da inexorabilidade, com a conseqüente eliminação da diferenciação do regime jurídico aplicável. Empreendimento difícil, permeado por ventos de resistência, mas alicerçado nas estacas constitucionais, na segurança da proposição de uma leitura constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, merecedora, ainda, de novos enfrentamentos, em outras searas, como pretende percorrer esse trabalho.

2.3 As funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais enquanto conceito constitucional de justificação e legitimação do Estado, nos contornos delineados, assume a prerrogativa de impor aos poderes seu cumprimento no desígnio de garantir a adequada e completa dignidade humana.

Na tarefa de compreender as dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais na perspectiva da sua teoria, surge a exigência da análise das funções que esses direitos desempenham na ordem jurídica e a partir da qual é construída sua classificação, influenciadas pelo contexto histórico de engendramento.

Para isso, é dever referenciar a teoria clássica dos quatro *status* de Jellinek, apresentada como parâmetro inicial para a discussão. A contribuição se dá a partir do indivíduo como detentor de uma esfera privada de atuação e como parte de uma esfera pública, como membro de uma comunidade política, dependente apenas do reconhecimento estatal. A teoria prevê que o indivíduo como membro da comunidade estabelece vínculo com o Estado e passa com ele a se relacionar por quatro espécies distintas de situações jurídicas, *status*, seja como sujeito de deveres, seja como sujeito de direitos. Assim, o indivíduo assume

condições perante o Estado. Com efeito, as relações que podem ser estabelecidas com o Estado colocam o indivíduo em uma série de condições juridicamente relevantes, surgindo, portanto, o status passivo ou *subjectionis*; status *negativus* ou *libertatis*; status *civitatis* ou positivo e status *activus*, conforme explicita Cunha Júnior (2008, p. 163).

Da teoria dos *status*, os direitos fundamentais são concebidos como portadores de diferentes funções, conforme seu enquadramento em cada uma das definições a seguir apresentadas.

O primeiro status, o passivo, o indivíduo está subordinado ao Estado, devendo cumprir um conjunto de deveres, de prestações ao Estado. O vínculo se estabelece por meio de ordens e proibições e não de direitos. Pelo status *libertatis*, o indivíduo detém uma esfera individual de liberdade que não sofre intervenção estatal. Trata-se da liberdade frente ao Estado. De acordo com o status *civitatis* ou positivo, o indivíduo apresenta a condição de exigir pretensões ao Estado, sendo ao indivíduo disponibilizadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que viabilizem a satisfação de certas necessidades. Surge uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos. E no status *activus*, o indivíduo tem a possibilidade de participar ativamente da vontade política do Estado, desfrutando de direitos políticos, em consonância com o inventariado por Cunha Júnior (2008, p. 164).

A partir dessas indicações iniciais e de aperfeiçoamentos realizados, é construída a proposta classificatória, condizente aos novos contornos constitucionais, e defendida, entre nós, especialmente por Sarlet (2012, p. 167 e ss.), e, fora, por Alexy (2008, p. 195-196) que dividem os direitos fundamentais em dois grupos, o primeiro o dos direitos fundamentais como direitos de defesa e o segundo dos direitos fundamentais como direitos a prestações.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa, denominados por Alexy de direitos a ações negativas, desempenham a função de tutela da autonomia individual, afastando a ação abusiva do Estado de seu âmbito. Representam o *statusnegativus* ou *statuslibertatis*. O indivíduo titulariza direitos de defesa em face do Estado, o que o habilita, no caso de ameaça ou prejuízo empreendido pelos entes ou órgãos estatais, a afastar a intervenção ilegítima destes no âmbito de sua autonomia individual garantida por lei, conforme aponta Cunha Júnior (2008, p. 164 e 258). Fruto da clássica concepção liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro sentido, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, nos dizeres de Sarlet (2012, p. 168).

A concepção desses direitos é de nítida limitação do poder do Estado, garantindo ao indivíduo uma esfera de liberdade e a concessão de um direito subjetivo que possibilite evitar interferências indevidas na esfera de proteção do direito fundamental ou o afastamento de ofensas que esteja ocorrendo no campo de autonomia pessoal, como preconiza Sarlet (2012, p. 168).

Canotilho (1993, p. 541) diz que os direitos fundamentais exercem a função de direitos de defesa dos cidadãos ao se constituir em normas de competência negativa para os poderes públicos, negando as ingerências destes no campo individual e ao gerar o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, evitando invasões lesivas por parte desses poderes (liberdade negativa).

Os direitos fundamentais de defesa garantem o exercício desses direitos sem a interferência estatal e asseguram, também, o seu não exercício, sem que possa o Estado agir para impor o desfrute desses direitos. Confere, portanto, ao titular do direito a possibilidade de não usufruir da posição jurídica assegurada. Cabe aqui uma observação que a função de defesa dos direitos fundamentais não representa a eliminação total da atuação do Estado, mas somente a atuação abusiva, ou seja, aquela que transgride os contornos constitucionais, segundo análise de Cunha Júnior (2008, p. 167).

É necessário esclarecer, ainda, como propõe Sarlet (2012, p. 165-166), que várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, ocorrendo alguma superposição. Os direitos de defesa podem assumir uma dimensão prestacional ou os direitos prestacionais podem assumir uma dimensão de defesa. As diferentes funções dos direitos fundamentais podem reunir-se na mesma norma que os consagra, sendo comum a própria convivência da concepção jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva.

É natural a identificação dos direitos individuais e coletivos, denominados de primeira dimensão, previstos no artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988, como direitos de defesa, até mesmo porque imbricados ao processo histórico de sua consagração. Mas, é claro que esses direitos, a partir da alteração da concepção do próprio Estado e do avanço do movimento do Constitucionalismo, sofrem um processo de releitura. E, nesse sentido, embora concebidos inicialmente como vinculados à dimensão defensiva, podem ostentar, hodiernamente, também a dimensão prestacional. O que se está a dizer é que um direito fundamental pode assumir mais de uma dimensão. Existe direito positivo e negativo em todas as dimensões dos direitos. Essa construção contribui para entender o direito fundamental à

comunicação a partir da liberdade da expressão, como será trabalhado na contextualização a ser realizada no terceiro capítulo.

Rocha (1997, p. 76-91), nessa senda, considera o homem como um ser inclinado a se tornar, se estender e se ampliar em sua dimensão pessoal, compreendendo assim também os direitos, por se revelar uma de suas principais projeções. A consagração dos direitos individuais não acabou com a febre que estimula a conquista de novos direitos mais aptos a atender as necessidades do homem. A partir da percepção da necessidade desses primeiros direitos, chamados de primeira dimensão, mas também da sua insuficiência, eclodem os direitos sociais, culturais e econômicos, considerados de segunda dimensão, a se acrescerem e mesmo a redimensionarem o sentido daqueles que pertenciam àquela primeira dimensão.

Percorrendo a classificação, temos os direitos fundamentais como direitos a prestações, que Alexy denomina de direitos a ações positivas, representando aquelas posições jurídicas que capacitam o indivíduo a cobrar do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza normativa ou material, que permitam realizar as condições fáticas, e pressupostos que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. A identificação é com o *status positivus* da teoria de Jellinek, na esteira de Cunha Júnior (2008, p. 260).

Os direitos fundamentais a prestação corresponde à passagem do Estado de Direito, de índole liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, portanto, atrelados à concepção de que ao Estado compete disponibilizar os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal da pessoa, assegurada pelos direitos de defesa. A marca dos direitos a prestações é não apenas da liberdade perante o Estado, mas da liberdade por intermédio do próprio Estado, considerando que para o indivíduo realmente desfrutar da liberdade depende, sobremaneira, de uma postura ativa dos poderes públicos, colocando à disposição prestações jurídicas e materiais, segundo Sarlet (2012, p. 185).

Os direitos fundamentais como direitos a prestações, de índole material (fática) e de índole jurídica (normativa), podem ser subdivididos em direitos a prestações em sentido amplo, envolvendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito, conforme Sarlet (2012, p. 167).

É preciso considerar que os direitos a prestações, embora normalmente tenham sido atrelados aos direitos sociais a prestações fáticas, já no âmbito do Estado de matriz liberal burguesa podia se deparar com a noção de direitos de cunho positivo. Assim, os direitos a prestações não se limitam aos direitos sociais, pela advertência de Sarlet (2012, p. 185-186).

Ainda, apresenta Rezende (2014, p. 34), com aporte em Alexy (2008, p. 451), que os direitos a proteção implicam em ações estatais positivas, fáticas e normativas. Pretendem, assim, proteger o exercício das liberdades contra ações de terceiros, exigindo do Estado um comportamento ativo para obstaculizar que terceiros realizem os mesmos tipos de conduta que os direitos de defesa lhe vedam adotar.

São também direitos a prestações em sentido amplo os direitos à participação na organização e procedimento. E como observa Cunha Júnior (2008, p. 263), esse reconhecimento ocorre em razão da estreita vinculação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, existindo uma clara interpenetração entre essas três categorias. Como explica Sarlet (2012, p. 194), os direitos fundamentais são, em certo sentido, dependentes da organização e do procedimento, mas sobre estes também desempenham uma interferência, no sentido de que os direitos fundamentais funcionam como parâmetro para o desenvolvimento das estruturas organizatórias e dos procedimentos, representando, ainda, sentido para aplicação e interpretação das normas procedimentais.

Assim, o objeto dos direitos de participação na organização e no procedimento se revela tanto no direito à edição de normas procedimentais como o direito a determinada interpretação sobre procedimento em consonância com os direitos fundamentais. Representam posições jurídicas que provocam o surgimento institucional de mecanismos jurídicos que asseguram o próprio exercício dos direitos fundamentais, por meio da criação de organizações e procedimentos aptos a realizar os direitos fundamentais. Portanto, são direitos que exigem do Estado atitudes direcionadas a constituição de órgãos, como de providências reservadas a ordenar ao gozo de certos direitos, como prescreve Cunha Júnior (2008, p. 264).

É preciso reforçar o aspecto de que para a fruição dos direitos fundamentais ou para que não ocorra diminuição da sua efetividade, faz-se necessário que sejam disponibilizadas prestações estatais no campo organizacional e procedimental, cabendo a ponderação adicional de que os direitos fundamentais além de outorgarem legitimidade ao Estado Democrático de Direito, possuem um caráter democrático que, no espectro organizatório e procedimental, é exteriorizado especificamente no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos. E no palco da Constituição de 1988, não vacilante na previsão de instrumentos como plebiscito, referendo e a iniciativa popular, a valorização da denominada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais consubstancia uma importante tarefa do Estado nacional, como observou Sarlet (2012, p. 197).

Na análise de Rezende (2014, p. 37) os direitos à organização e ao procedimento não se reduzem aos direitos constituidores de meios para realização de direitos de defesa, na

medida em que o conceito de direitos à organização e ao procedimento não pode ficar circunscrito a uma classe específica de direitos-fim. A concretização de direitos sociais demanda também a emissão de normas procedimentais e organizatórias de sua fruição.

Em linhas finais, é possível identificar os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, marcadamente, atrelados aos direitos sociais, consistentes em posições jurídicas que buscam contemplar a liberdade e igualdade material. Como observa Cunha Júnior (2008, p. 167), a função de prestação exterioriza que os direitos fundamentais há muito não se restringem à clássica função de direitos de defesa ou liberdade contra os poderes estatais, pois com as vertiginosas necessidades e desigualdades que permeiam os indivíduos, a postura do Estado se fez questionada. A reivindicação é por uma postura ativa, consentânea com a redução das desigualdades e com a libertação das necessidades mais angustiantes.

O constitucionalismo do século XX, diz Mello (1982, p. 64-65) é marcado pela superação da perspectiva do liberalismo individualista do período clássico, esclarecendo, ainda, nos seguintes termos:

A consagração dos direitos individuais correspondem ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo perante o Estado. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam os próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna.

Os direitos a prestações, especialmente os sociais prestacionais, significam a imposição de atuações positivas do Estado, tendo em vista que são direitos que não podem somente ser deferidos ao indivíduo, pois carecedores de ação. Por isso, são denominados direitos positivos, que expressam poderes de exigir ou de crédito, investindo o ser humano na posição de credor das prestações estatais, como afirmado por Cunha Júnior (2008, p. 212).

Assim, objetivam os direitos fundamentais sociais a prestações a compensação das desigualdades sociais, a partir do pressuposto de que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada, conforme Sarlet (2012, p. 199-200). É desvelada a razão justificadora desses direitos a partir da compreensão de que a liberdade jurídica tem pouco ou nenhum valor em um ambiente que inexistem condições fáticas, reais, de realização de escolhas, capacidade atribuída ao beneficiário, enquanto pessoa portadora de status jurídico livre. A liberdade jurídica apartada da liberdade fática não apresenta aptidão para afiançar o livre desenvolvimento da personalidade e a observância da

dignidade da pessoa humana, do qual os direitos fundamentais representam formas de concretização, na linha de exposição de Rezende (2014, p. 35). Tendo Cunha Júnior (2008, p. 168) observado que “enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos a prestações procuram obter do Estado as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto dessas liberdades”.

Ainda, não se pode pretender permanecer aferrado à concepção restritiva de que os direitos fundamentais sociais se restringem a dimensão prestacional, assim como os direitos individuais não se mantêm fixos à dimensão de defesa. O evoluir do processo histórico envolve um processo de ressignificação dos direitos fundamentais. Aclaramento teórico necessário para compreender o direito à comunicação, considerando, especialmente, a superação da leitura dos direitos a partir do axioma da liberdade negocial e da igualdade formal e a imposição contemporânea da leitura a partir da dignidade da pessoa humana, que como delineamos passa a representar fundamento de todo o sistema jurídico.

A análise de Sarlet (2012, p. 204) esclarece que, sem prejuízo da classificação, um direito de defesa, negativo, pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais, positivos, corresponde uma dimensão negativa. Portanto, um direito fundamental engloba muitas vezes um complexo de posições jurídicas, uma composição de direitos e deveres, negativos e positivos. Por exemplo, o direito à moradia, possui sua dimensão positiva voltada à promoção e satisfação das necessidades materiais ligadas à moradia, podendo ser definida como direito a prestações, mas, pode ser a moradia, na dimensão de direito negativo, protegida contra ingerências externas, sejam elas advindas do Estado, sejam provenientes da esfera jurídico-privada. Em verdade, a dicotomia entre direitos positivos e negativos pode ser explicada como uma espécie de dualismo relativo e não por uma lógica da exclusão recíproca e do antagonismo.

O reconhecimento da dimensão prestacional de um direito é um processo importante, mas, não raramente, além da dificuldade do seu próprio reconhecimento, são impostos obstáculos para sua efetivação com base na alegação da necessidade de atuação do Estado. Assim, a desconstrução de uma divisão absoluta desses direitos contribui para o desvelamento teórico de que os direitos fundamentais concebidos, em princípio, como tipicamente de defesa, especialmente os individuais, podem apresentar uma perspectiva de prestação e demandar uma atuação. A divisão não estanque, a separação relativa, assume uma postura política e cientificamente mais correta ao não procurar escamotear uma realidade presente, mas não evidenciada. Pregar uma separação plena entre direitos prestacionais e de defesa e fundamentar a falta de efetividade de uma parcela dos direitos fundamentais alicerçada nessa

divisão, sem revelar uma relativização dessa classificação, implica realizar um discurso oculto e fazer uma divisão que não é desse mundo, significando um tácito vácuo do raciocínio jurídico. O direito à comunicação advém, justamente, do reconhecimento da dimensão prestacional, como será posteriormente esclarecido.

Cabe acrescentar, ainda, que os direitos prestacionais, geralmente os sociais, mas não exclusivamente eles, ao estarem vinculados a uma prestação estatal repercutem a discussão econômica, diferentemente dos direitos de defesa que, em princípio dirigidos pela imposição de uma não atuação, são considerados destituídos da dimensão econômica, podendo o bem jurídico ser assegurado, como direito exigível em juízo sem dependência da circunstância econômica ou pelo menos sem alocação direta de recursos, em razão de decisão judicial. Mas essa não relevância da questão econômica dos direitos de defesa tem merecido uma análise mais detida, segundo exposição de Sarlet (2009, p. 234).

Em percuciente análise ressalva Sarlet (2012, p. 204) que parte do pensamento jurídico reconhece que também os direitos concebidos por tradição como negativos acarretam encargos econômicos e financeiros para o poder público, necessitando, por exemplo, de um sistema eficiente de segurança pública e de administração judiciária para efetivar esses direitos, o que demanda considerá-los como positivos, como faz Holmes e Sunstein. Os direitos de defesa para sua efetivação demandam a adoção de tarefas positivas, representando direcionamento de recursos para a adequada garantia.

Em que pese à consideração de que todos os direitos exigem custo para sua tutela e efetivação, demandando uma destinação de recursos materiais e humanos, Sarlet (2009, p. 234-235) compreende que para efeito de se admitir a imediata aplicação pelo Poder Judiciário, a discussão do custo de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um fator, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. A eficácia jurídica e a efetividade dos direitos de defesa, em relação à possibilidade de efetivação pelo meio jurisdicional, não tem sido submetida à questão da relevância econômica. Entretanto, para os direitos sociais a prestações, o elemento custo apresenta notável relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, sendo dependente da conjuntura econômica a efetiva realização das prestações, pois há alocação direta de recursos em razão da decisão judicial, o que não ocorre nos direitos de defesa. Diz Sarlet (2012, p. 205), a situação de que um direito negativo também apresenta um custo como referido por alguns autores, o que assume destaque no quadro de sua efetividade, não afasta a possibilidade de sua imediata aplicabilidade e justiciabilidade, mas no caso da dimensão prestacional, em princípio, a controvérsia é manifesta.

É, a partir disso, que movimentos de desconstrução de algumas caracterizações estanques, cooperam para reflexão de que há relutâncias de natureza muitas vezes ideológica do que propriamente científica para efetivação de certos direitos e, não por acaso, persistentes naqueles imbricados a superação das desigualdades, naqueles imprescindíveis para indivíduos que não detêm meios financeiros satisfatórios para adquiri-los de forma autônoma, dependendo de uma intervenção estatal libertadora. As maiores oposições circundam justamente os direitos potencialmente relevantes para liberar o homem da asfixia causada pela forma inadequada de organização em sociedade.

Em verdade, são suscitados os problemas da dimensão objetiva, da fundamentalidade material, da indeterminação dos textos, do custo, do reconhecimento da dimensão positiva de um direito, atingindo decisivamente os direitos de índole prestacional e de concretude relacional, tendo em vista que a construção teórica, como sinalizado, não se encontra alheia ao contexto histórico e político. Assim, não se pode perder de perspectiva que o constitucionalismo confunde-se, no plano político, com o liberalismo e ambos caminham conjuntamente no século XIX e XX. As Constituições emergem sob o influxo do liberalismo político e econômico e, portanto, concebem todo um instrumental jurídico para a tutela e garantia dos direitos mais afeitos a esse paradigma, os direitos de índole individual. E nesse sentido marcham as construções teóricas apegadas ao desenvolvimento desses direitos, não se coadunando com eventuais objeções arribadas, mas refratárias aos direitos sociais e transindividuais, ainda permeados por amarras impeditivas da devida proteção, isso, mesmo diante de textos constitucionais especialmente protetivos e não vacilantes com essa realidade, como é o caso da atual Carta brasileira.

Nesse passo, o trabalho entende necessário enfrentar na teoria dos direitos fundamentais o aspecto teórico circunscrito ao denominado regime jurídico reforçado, especialmente no que toca ao artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, para complementar as construções empreendidas.

2.4 Eficácia e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais

Como delineado, a constitucionalização dos direitos fundamentais defere a esses direitos um regime jurídico-constitucional reforçado ou pleno, portanto, envolto de uma tonificada proteção jurídica, materializado pela nossa Constituição por meio do prescrito no artigo 60, § 4º, IV e no artigo 5º, § 1º, ou seja, trata-se, no caso brasileiro, especificamente da compreensão da previsão das cláusulas pétreas e do princípio da aplicabilidade imediata das

normas definidoras de direitos fundamentais, disposições, portanto, contempladas formalmente no texto constitucional, mas permeadas de grande testilha científica.

Ao se fortalecer o reconhecimento da dupla fundamentalidade, parte do pensamento jurídico passa a centrar suas energias na impossibilidade de se aplicar o referido regime a uma parcela dos direitos fundamentais formais e materiais.

Alçar os direitos fundamentais a aplicação de um regime jurídico reforçado é, em verdade, os tornar protegidos em face da ab-rogação ou supressão parcial abusiva pelas maiorias eventuais e os assegurar de completa normatividade.

O processo de constitucionalizar os direitos fundamentais carrega como fundamento a necessidade de compelir o Estado a respeitá-los e promovê-los, assegurando um regime de reforçada proteção e demarcando o abandono desses direitos como meros desejos e simples exortações morais. O ingresso na posição constitucional tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, especialmente porque se revela o modo de subtrair o seu reconhecimento e sua proteção à competência do legislador, no sentido trazido por Cunha Júnior (2008, p. 224).

O contexto da arquitetura constitucional positiva brasileira, esclarece Sarlet (2009, p. 224), exigiu do pensamento jurídico o reconhecimento da formulação de que os direitos fundamentais encerram posições jurídicas a tal ponto relevantes que seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente posto plenamente à disposição das maiorias parlamentares simples. E por esse sentido, os direitos fundamentais, para garantia da posição preferencial, devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, dito de outro modo, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica uma fundamentalidade formal e material, a partir das contribuições de Alexy (2008, p. 446).

Adentrando ao debate no primeiro espectro, o das cláusulas pétreas, a tendência afirma que o regime jurídico reforçado somente se aplica aos direitos fundamentais individuais, tendo em vista a redação literal da Constituição, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV. São afastadas, portanto, todas as outras espécies de direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, não sendo estes limites materiais ao poder de reforma constitucional, portanto, o que abre a possibilidade de retrocesso normativo em direito social já consolidado e estabelecido e esgarça sua força de vinculativa. A contratendência assevera que a interpretação, mais alinhada ao constitucionalismo contemporâneo e ao próprio Estado Democrático de Direito, na linha dos aportes trazidos por este trabalho, mais propícia de novas perspectivas, é no sentido de que todas as espécies de direitos fundamentais encontram

agasalhadas na cláusula e não somente os direitos e garantias individuais, como uma apressada e não autorizada leitura poderia supor.

Não obstante o artigo 60, § 4º, da Constituição da República registrar direitos e garantias individuais, é inegável que a proteção alcança todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os de natureza coletiva, difusa e os direitos sociais, consubstanciando limitações materiais. É de se registrar que as matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial não podem ser objeto de deliberação legislativa, nem por proposta que efetivamente propugna a retirada, nem por proposta tendente a abolição, segundo obtempera Cunha Júnior (2014b, p. 204).

Convém não olvidar que o fundamento de legitimidade dos limites materiais se assenta na ideia de que a elaboração de uma Constituição impõe a instituição de outra ordem jurídica, alicerçada em uma nova concepção de Direito, marcando a identidade da própria Constituição. Assim, para alterar essa identidade a exigência é de nova constituinte e não de reforma, é preciso nova manifestação do titular da soberania. Outro fundamento de legitimação é a defesa da democracia, considerando que no Estado constitucional de direito os limites ao poder de reforma se desenvolve no exato ponto de interseção entre constitucionalismo e democracia, o que revela uma inerente tensão. A forma de superar essa tensão se estrutura na convicção de que a democracia não se esgota na afirmação reducionista da vontade majoritária, mas tem outros aspectos substantivos e procedimentais de observância obrigatória. Nesse sentido, é que os limites materiais retiram do poder de disposição das maiorias parlamentares construções tidas como indispensáveis ao Estado constitucional democrático, significando uma forte manifestação de vinculação, limitadora dos interesses e das contingências da maioria quando tendentes a afetar a democracia, conforme cooperação de Barroso (2009a, p. 161-162). Conseguir impor essa construção em Estados que reiteradamente descumprem os desejos constitucionais, como o caso brasileiro que não logrou cumprir sua Constituição, representa, ainda, avançar na história.

Como diz Machado (2011, p. 65) a Teoria da Constituição vincula democracia e Constituição, impondo a democracia como princípio que legitima a Constituição além de ser um princípio jurídico que integra a Constituição o que manifesta dois aspectos distintos, entretanto contextualizados nos instrumentos positivados, sendo conceito de filosofia política e conceito jurídico.

Para prosseguir, é necessário dizer que a leitura constitucionalmente adequada da abrangência das cláusulas pétreas no que toca aos direitos fundamentais não autoriza uma exegese cingida à expressão literal do dispositivo da Constituição, como diz Sarlet (2009, p.

229). A interpretação de que somente está contemplado na cláusula os direitos e garantias individuais do artigo 5º, levaria a exclusão não só dos direitos sociais, como também dos direitos de nacionalidade, dos direitos políticos, exceto o direito de voto, e até dos direitos coletivos do próprio artigo referido. Esse tipo de visão desconsidera que direitos vitais não ostentariam o mesmo regime jurídico reforçado, na linha de análise de Sarlet (2009, p.227).

Ainda, há oposição direta aos direitos sociais, no pensamento constitucional brasileiro, como integrantes das cláusulas pétreas, pelo fato de não poderem ser equiparados aos direitos de liberdade do artigo 5º e que caso fosse mesmo o desejo constitucional dotar os direitos sociais com a garantia de não supressão, o texto teria expressamente mencionado esta categoria no artigo 60, § 4º, IV, ou teria utilizado uma referência genérica aos direitos e garantias fundamentais. Essas construções e outras alinhavadas no mesmo sentido tropeçam, inicialmente, na inexistência de diferença geral e expressa dos direitos de liberdade e os direitos sociais, realizada pela Constituição do Brasil, como acontece em outros textos constitucionais como o português, inclusive não há referência de primazia dos individuais sobre os sociais. Posteriormente, nem todos os direitos sociais podem ser caracterizados como direitos a prestações materiais estatais, em razão de poder desempenhar função e apresentar estrutura dos direitos de defesa, e, por fim, esbarra na, já referida, inconcebível exclusão das demais espécies de direitos fundamentais, como bem costurado por Sarlet (2009, p. 228).

Concepções que insistem em restringir a cláusula aos direitos e garantias individuais se revelam míopes face aos pressupostos sociais de realização material e plena dos direitos fundamentais e em descompasso com o hodierno modelo de Estado, laçado ao projeto de redução concreta das desigualdades sociais e econômicas, em busca de evitar o solapar de seu próprio fundamento, a dignidade da pessoa humana. Assim, a insuficiência dessas visões atinge a base de legitimação e justificação do nosso próprio Estado e do nosso sistema constitucional.

Ao se defrontar com a Constituição brasileira, a partir da perspectiva sistemática, Sarlet (2009, p. 229), revela que já no preâmbulo encontramos menção expressa no sentido de que a garantia dos direitos sociais e individuais, da igualdade e da justiça constitui objeto permanente do nosso Estado. E aqui recorro para destacar a simbólica precedência dos direitos sociais aos direitos individuais. Insiste o autor na impossibilidade de negligenciar o fato do pacto pela consagração do Estado democrático e social de direito, manifestado pelos princípios fundamentais, notadamente os do artigo 1º, incisos I e III, bem como os do artigo 3º, I, III e IV, não restando dúvida da imbricação dos direitos fundamentais sociais com o Estado, lembrando que o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais

constitui a identidade da nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais, assim como os princípios fundamentais, poderiam ser considerados, mesmo não estando expressamente consignados na lista das cláusulas pétreas, verdadeiros limites materiais implícitos.

Em que pese outras considerações que se possa revelar a partir de uma percuciente análise, a afirmação é que todos os direitos fundamentais encontram agasalho no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição da República de 1988, pois suprimir alguns direitos fundamentais implica em afetar os fundamentos do próprio Estado, a indivisibilidade desses direitos e em retroceder em uma das mais importantes etapas da nossa construção jurídica.

É momento de enfrentar no regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais a determinação constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, prevista no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988. Convém adiantar que não obstante a previsão expressa sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais o assunto é permeado de divergências teóricas e ideológicas que complica uma abordagem homogênea.

O estudo da eficácia e da aplicabilidade dos direitos fundamentais é decisivo para compreender a possibilidade de concretização desses direitos na atual conjuntura jurídica-constitucional, lembrando que vivemos tempos de concretização.

Mas, antes de adentrar especificamente na análise da referida previsão constitucional é relevante realizar alguns apontamentos teóricos sobre a eficácia jurídica em sede constitucional. É de se ressaltar, por ora, que não se trata da eficácia social, real obediência e aplicação da norma em sociedade, mas da eficácia que é condição para a eficácia social, a jurídica, não olvidando que, em termos de atual teoria constitucional, o Direito não está alienado da eficácia social, pelo contrário, está atrelado a ela, na medida em que oferece mecanismos jurídicos eficientes para efetivação das normas constitucionais, especialmente de direitos fundamentais.

Partindo da eficácia jurídica, é sabido que toda norma constitucional possui essa eficácia, ou seja, tem capacidade para produzir efeitos, como preceitua Silva (2004, p. 81), mas o grau dessa eficácia varia de acordo com o grau de normatividade. Nem todas as normas constitucionais possuem o mesmo alcance e significação normativa.

Para esclarecer essa variação eficaz das normas constitucionais e rumar para uma adequada compreensão é imprescindível referenciar a classificação trazida por Silva (2004, p. 82), que pressupõe que não há norma constitucional sem eficácia e aplicabilidade, mas existem aquelas que não produzem a plenitude dos efeitos jurídicos esperados, pois dependem de regulamentação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Dessa forma, o autor apresenta três modalidades de normas constitucionais, identificadas como normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são assim consideradas por possuírem normatividade suficiente para sua incidência imediata, não dependendo de qualquer imposição infraconstitucional, sendo, portanto de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação. Reconhece Silva (2004, p. 82) uma virada de entendimento, sendo que a orientação hodierna é prevalente em reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo em se tratando de normas de caráter sócio-ideológico, tornando-se mais concreta a outorga dos direitos sociais das constituições. Movimento que se coaduna com as bases apresentadas pelo constitucionalismo contemporâneo de força normativa da Constituição e de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais e dos transindividuais.

A despeito disso, são enunciadas as normas de eficácia contida que pouco diferem da plena, pois possuem aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, lembrando Silva (2004, p. 103) que não necessitam de integração legislativa, entretanto pode ocorrer a edição de uma lei com intenção de reduzir sua eficácia ou impor limites. Essas normas não são integrais, pois podem ter restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limita sua eficácia e aplicabilidade. Como observa Cunha Júnior (2008, p. 96), o exercício dessa faculdade de limitação de efeitos não autoriza o legislador infraconstitucional negar a própria norma constitucional, operando seu esvaziamento. Sem olvidar que são de eficácia plena, enquanto não sobrevier norma de contenção, como alerta Silva (2004, p. 104).

Propõe, ainda, a referida classificação um terceiro tipo que são as normas de eficácia limitada que dependem de integração legislativa para produzirem seus efeitos, sendo, portanto, caracterizadas como de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. São subdivididas em normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático. As de princípio institutivo, preceitua Silva (2004, p. 96), manifestam representações gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, merecendo do legislador ordinário a estruturação definitiva, por lei. Já as normas de princípio programático são apresentadas como normas que o constituinte limitou-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, buscando atingir as finalidades sociais do Estado, conforme Silva (2004, p. 138). Tem eficácia limitada, dependendo sua aplicabilidade plena de interposição legislativa, necessária para

integrar sua eficácia. A despeito disso, Silva (2004, p. 164) prevê também um mínimo de eficácia, podendo reger situações e condicionar os órgãos dos Poder Público.

A partir dessa referência é de se caminhar com a inteligência apontada no sentido de que todas as normas constitucionais, apesar da possibilidade de variação da eficácia, a ensejar a dedução de que algumas possuem eficácia plena, outras contível e ainda outras limitadas, são aplicáveis, pois são integradas por meios legislativos, administrativos e judiciais. As normas constitucionais, por serem dotadas de eficácia, podem ser diretamente aplicadas pelo mecanismo judicial, mesmo que carente de legislação, segundo escólio de Cunha Júnior (2008, p. 104).

É necessário, de imediato, demarcar que as normas consideradas programáticas, responsáveis por impor fins vinculativos ao Estado, normalmente contemplando direitos sociais e prestacionais, possuem eficácia jurídica. Deve se afastar do entendimento doutrinário que nega a esse tipo de norma qualquer eficácia e que não a considera como norma jurídica, mas simples conselhos e meras diretrizes futuras.

Essas normas, mesmo as atribuidoras de direitos sociais e econômicos, devem ser compreendidas como diretamente aplicáveis e o fato de exigirem prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo não subtrai sua eficácia jurídica, conforme ressalta Cunha Júnior (2008, p. 106).

A adequada leitura da categoria jurídica das normas programáticas, assentada na Constituição de 1988, repudia a concepção ortodoxa segundo a qual não são dotadas de eficácia, consoante as lições de Grau (2014, 319-320), pensando o autor “já ser tempo de abandonarmos o uso dessa expressão, ‘normas programáticas’, que porta em si vícios ideológicos perniciosos”. Essas normas denominadas de programáticas são seguramente normas dotadas de eficácia normativa, afirma Grau (2014, p. 357).

Na análise das normas constitucionais definidoras de direitos, especialmente nos entraves que por vezes são impostos, sobretudo aos direitos sociais, Barroso (1993, p. 100) é preciso ao afirmar que:

É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação.

Não é diferente a análise de Mello (2010, p. 28-29) ao dizer que a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade, sendo

“puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos”, destacando que a invocação do questionamento de atuação do Poder Judiciário no reconhecimento das fronteiras dos conceitos fluidos jamais circundou o direito privado, penal ou processual. Continua o autor:

Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação -, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? [...] A explicação é simples. Ainda aqui comparece uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconsciente de que nada mais representa senão reminiscência de uma autocracia privilegiadora do Estado, mera reverberação enaltecida de prerrogativas regalias.

Assim, como arremata Cunha Júnior (2008, p. 110-111), é inafastável a eficácia jurídica das normas constitucionais, observando que o único problema da eficácia dessas normas, especialmente das programáticas, está na forma de jurisdição constitucional exercida em cada país. Uma jurisdição desassombrada, progressista, tendente a aproximar a norma da realidade, contribuirá para a eficácia e efetividade das normas constitucionais. No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve cumprir sua destacada tarefa, em razão da expansão dos direitos e de sua afirmação em juízo ser medida do progresso da democracia. Na omissão dos órgãos de direção política, na realização das tarefas sociais, notadamente das deflagradoras de direitos sociais, deve ocorrer um sensível deslocamento do centro de decisões desses órgãos para o âmbito da jurisdição constitucional.

Para que o novo texto constitucional não represente apenas um avanço nominal, não se pode aliar a desídia do Executivo e do Legislativo com a fragilidade e subserviência do Judiciário. Nesse sentido, o papel a ser cumprido pelo Judiciário é de extrema importância, pondera Grau (2014, p. 325).

Portanto, com as considerações realizadas, é preciso tratar do próprio reforço do texto constitucional brasileiro ao prever a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais em seu artigo 5º, §1º.

Não obstante a menção direta e objetiva dessa disposição inúmeros debates são travados pela doutrina em torno de sua significação. Aqui a dificuldade imposta reside na negação de um tratamento uniforme da matéria, restringindo esse regime reforçado somente aos direitos individuais. A tentativa, inicialmente, é de refreamento, é da não incidência, por óbvio, desse regime aos direitos sociais, aos direitos prestacionais.

A resistência impondo a limitação do alcance não merece subsistir, pois, em que pese à localização topográfica, tal postura não se coaduna com a própria expressão literal do artigo 5º, § 1º, e com uma leitura sistemática da Constituição, especialmente com a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. Assim, de saída, é preciso superar esse limite para defender a aplicação dessa disposição para todas as espécies de direitos fundamentais, inclusive para aqueles que encerram uma prestação.

Diz Leão Júnior (2014, p. 41) que o § 1º, do artigo 5º, da Lei Máxima, faz referência aos direitos e às garantias fundamentais não procedendo qualquer especificação. Assim, não está autorizada uma exegese restritiva pela localização topográfica desses direitos ou de determinada categoria de normas, na medida em que a imposição de restrições às normas estipuladoras de direitos e garantias fundamentais manifestam a sua redução ou equiparação às demais normas constitucionais.

Como vimos, as normas constitucionais possuem variação de eficácia e assim, portanto, também se comportam as normas de direitos fundamentais. Mas o constituinte, envolvido pelo contexto de severo descumprimento desses direitos, avança para impor aplicação imediata dessa categoria, o que significa asseverar que essas normas possuem eficácia plena, não sendo dependente de qualquer interposição legislativa para lograrem a efetividade, como assegura Cunha Júnior (2008, p. 269).

Considerar as diversas funções desempenhadas pelos direitos fundamentais e suas formas de positivação não podem ensejar uma desvalorização do que disciplina o inovador artigo 5º, § 1º e, logo, da determinação constituinte, como parece fazer as posições que declaram que as normas somente são aplicadas imediatamente na situação de completude da sua hipótese e de seu dispositivo, consoante propugnado por Ferreira Filho (2002, p. 102). Posições que declaram essa necessidade caminham por perspectivas que atribuem pouca relevância ao referido artigo, na medida em que não se atribui a ele capacidade para emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação. E sem considerar a alegação de que outra interpretação, a de imediata aplicação, afronta à natureza das coisas, o que implica em rememorar que as relações em sociedade são estabelecidas pelo princípio da contingência e não da necessidade.

É visível a incompatibilização dessa posição com as exigências do constitucionalismo contemporâneo, além de desalinhada com as necessidades nacionais, pois o escopo desse revolucionário artigo é evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais e empurrar a história nacional para além da consagração desses direitos, assegurando a plena produção de seus efeitos e sua concretização.

Por isso, é preciso assegurar uma interpretação que se apresenta em contraposição, que expressa a defesa da imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais.

Como observa Grau (2014, p. 311), no novo texto, a partir do artigo 5º, § 1º, os direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis e dizer que um direito tem aplicabilidade imediata significa que o preceito no qual está inscrito é dotado de autossuficiência, na medida em que o preceito não reclama qualquer ato do poder legislativo ou do poder executivo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. E, complementa Grau (2014, p. 312-313), como o Poder Judiciário é o aplicador último do Direito, caso a Administração Pública ou um particular ou mesmo o Legislativo não o aplique, pode o Judiciário ser acionado para operar a aplicação. Assim, o Judiciário está vinculado aos preceitos imediatamente aplicáveis, em última instância. O juiz está vinculado a um dever-poder, ao exercício de uma função, e nesse exercício a ele incumbe, sempre que se imponha como indispensável à efetividade do Direito, integrar o ordenamento jurídico e, até mesmo, caso necessário, realizar a sua própria inovação primariamente. Nesse sentido convém destacar a conclusão de Grau (2014, p. 314):

Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* Direito evidentemente retido pelos princípios jurídicos (grifado no original).

Quando a inexistência de interposição legislativa ou de uma medida administrativa significar o impedimento da aplicabilidade imediata de um direito fundamental, o Poder Judiciário deve suprir essa ausência.

O arrojado do artigo 5º, § 1º, não é desconsiderado por Barroso (1993, p. 143) que destaca a importância dessa inclusão no Texto face à realidade de não efetivação da Constituição, afirmando a competência do Poder Judiciário para aplicar as normas constitucionais quando descumpridas por seus destinatários. A não existência de norma integradora não pode frustrar a aplicação de preceito constitucional pelo magistrado, o que, aliás, há muito já determinado pelo Direito brasileiro nas hipóteses de lacunas.

Há lucidez na manifestação de defesa da imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, mesmo as de índole programática, podendo ser imediatamente realizados os direitos subjetivos nelas assegurados, sem a necessidade de interposição legislativa.

Submeter a efetividade dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, dos prestacionais, somente à vontade do legislador, como espelho dos interesses sociais,

representa um erro de cálculo histórico e uma alegoria de uma ingenuidade cruel e desmerecedora da inteligência de qualquer observador.

Como diz Grau (2014, p. 318), o artigo 5º, § 1º, da Constituição exige que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da feitura de qualquer ato legislativo ou administrativo, além, de ordenar ao Estado o dever de prontamente aplicá-las, decidindo pela determinação do seu atendimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2008, p. 276), em aprofundada pesquisa extraída do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, acrescenta que em votação plenária na referida Assembleia, o Deputado Ulysses Guimarães explicou o sentido dado ao artigo 5º, § 1º, afastando a necessidade de lei complementar para aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais. E, complementa, a seguir, o mencionado autor (2008, p. 277):

Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.

Portanto, diante da Constituição brasileira de 1988, compromissada com os anseios do Estado social democrático, outra não deve ser a interpretação. Aliás, a inviabilização do desenvolvimento pleno do homem que permeia o Brasil faz emergir no Constitucionalismo contemporâneo a premente necessidade de evolução nas formas de proteção dos direitos fundamentais.

Superar os impedimentos teóricos e ideológicos se revela decisivo para o processo de respeito e efetivação dos direitos fundamentais, afastando a caracterização de vício atávico. A constitucionalização dos direitos fundamentais e sua correspectiva efetivação devem servir, na atual quadra de dismantelamento político e jurídico em face do interesse do mercado, como ferramental não só de limitação do poder, mas de monitoramento da legitimação do poder estatal, na medida em que só se justifica pela realização dos direitos do homem. Serve de parâmetro de aferição de legitimidade e de um caminho estratégico a ser percorrido para a

condução ao objetivo de darmos um passo civilizacional em busca de uma nova forma de convivência.

Assim, inserido na realidade econômica e social de intensificação das contradições fundamentais, prenhe de tensões, é que se identificam as lutas imediatas. E no quadro da teoria dos direitos fundamentais, enfrentar essas amarras teóricas expostas representa contribuir para o processo de estancamento do profundo desrespeito e de afirmação do reposicionamento desses direitos.

Amparado no desenho do novo modelo de Estado, na perspectiva do Constitucionalismo contemporâneo e na superação das amarras da teoria dos direitos fundamentais é que se passa a realizar contribuições sobre o direito à comunicação no Brasil.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À COMUNICAÇÃO

3.1 Os meios de comunicação de massa na contemporaneidade

Inicialmente pensar o direito à comunicação carrega a necessidade de aclarar sua importância para o próprio perfazimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que ao expor um direito fundamental que deve ser efetivado ao cidadão está também se reforçando as bases para um constitucionalismo em que exista maior participação do cidadão e para que se alcance uma nova forma de convivência em sociedade. Portanto, em primeiro plano e nas perspectivas presentes a luta é pela afirmação do direito fundamental à comunicação, sem perder de vista que sua efetivação carrega com si potencialidades para afirmação de outros direitos fundamentais, na medida em que se nutrem os cidadãos de maior aptidão para se organizar em sociedade e definir os rumos da vida política do Estado.

Mas, é preciso considerar o direito à comunicação em um cenário de debilidade democrática e de dificuldades de construção de um espaço público voltado ao debate de diversas vozes, tendo em vista o processo de concentração dos meios de comunicação.

Assim, como assevera Saraiva (2006, p. 7), diante da realidade cotidiana dos meios de comunicação urge pensarmos em novas e necessárias concepções no âmbito da sociedade atual, tendo em vista que as decisões políticas perpassam pela opinião pública, que, do modo como pode e deve tem ocupado o espaço público. É tempo de questionar a direção da sociedade política sem a permanente participação popular.

Como esclarece Comparato (2000-2001, p. 7) uma das grandes certezas, colocadas em pauta pela reflexão histórica e política dos últimos duzentos anos, é que o exercício estável do poder social, em qualquer de suas modalidades, política, econômica, religiosa, intelectual, depende inexoravelmente de sua aceitação voluntária por parte das pessoas sobre as quais ele se exerce. Não é suficiente que um grupo social detenha os chamados recursos de poder, como a força militar, a propriedade territorial ou o controle empresarial, para garantir, para sempre, a estabilidade de sua posição de mando, pois toda relação de poder se manifesta de forma bilateral, no sentido de que se alguém pode mandar, é porque outrem está pronto a obedecer.

A obediência é sempre uma manifestação livre e racional de vontade e é por isso que os detentores de poder desde sempre e em qualquer ambiência social, lançam esforços para obter a submissão voluntária e pacífica, senão convicta, de seus subordinados. Procuram o reconhecimento social de sua legitimidade. Sendo que nenhum titular de dominação se satisfaz

com a simples obediência de seus subordinados. Em verdade, buscam inculcar na consciência dos sujeitos passivos a convicção da legitimidade da ordem social, na qual estão inseridos, realizando um esforço de justificação, continua Comparato (2000-2001, p. 8).

Identifica Comparato (2000-2001, p. 9) que os grupos dominantes no Estado de regime concentrado de poder e a classe empresarial no Estado de capitalismo liberal, ao invés de contratarem profissionais autônomos, no sentido gramsciano, para essa tarefa de legitimação da ordem estabelecida, passam a assumir diretamente esse ofício, pela criação dos grandes órgãos de comunicação de massa, sob a forma de entidades estatais ou privadas.

Em tempos de capitalismo liberal e de privatização do espaço público, os meios de comunicação tomam um espaço que é público e que deveria ser preenchido com amplitude de debates.

O pensamento liberal anuncia que a esfera pública deveria constituir um espaço de livre discussão, dotando os indivíduos da capacidade de apresentar, com igualdade de chances, os seus pontos de vista, resultando do confronto de ideias a denominada opinião pública. A evolução do modo de comunicação conduz para um ambiente restrito de debate, marcado pelo bloqueio do acesso às diversas compreensões de mundo, pelo desenvolvimento de publicidade manipulativa e pelo consenso artificialmente fabricado. O modelo de grande empreendimento capitalista adotado pela imprensa e sua submissão à dinâmica da receita publicitária não propicia maior independência, criando, em verdade, um sistema de censura privado, com efeitos mais eficazes que os estatais vivenciados, conforme Curran e Seaton (2001 apud Rezende, 2014, p. 51).

A vida política, como todas as demais formas de relacionamento social, pressupõe a organização de um espaço próprio de comunicação, sendo que no regime democrático, esse espaço é necessariamente público, porque o poder político supremo pertence ao povo, pois é ele que titulariza, em última instância, o poder de decidir sobre as grandes questões da organização política. Mas na era da comunicação de massas, com a evolução e transformação das vias de comunicação, a organização do espaço público de comunicação, não somente em matéria política, como também econômica, cultural ou religiosa, é realizada com o alheamento do povo ou com a sua transformação em elemento de manobra dos setores dominantes. Assim, o espaço de comunicação social deixa de ser público, conforme o retrato dos países ditos democráticos, alerta Comparato (2000-2001, p. 10), para se tornar majoritariamente objeto de oligopólio da classe empresarial.

No contexto de evolução das condições de comunicação, Araújo (2011, p. 21-22), esclarece que a imprensa moderna surge como ferramenta de controle do poder e durante o

processo de centralização estatal, os dirigentes utilizam a comunicação impressa como meio de controlar a informação e dar conhecimento ao público de suas decisões. A partir da desenvoltura do comércio, ambientado no capitalismo comercial e financeiro, as decisões do governo atingem a vida daqueles que integram a produção econômica e da população em geral que consome nesses mercados. Em compasso, aumenta a relevância pública da atividade privada de produção, pois a atividade e os recursos da administração se mostram dela dependentes. Nessa dinâmica, aumenta o interesse dos atores da produção econômica em participar, de forma mais presente, na regulamentação de suas atividades, realizando esse desígnio por meio da imprensa, mecanismo vital para não se sujeitarem passivamente às decisões da Administração.

Nesse sentido, os meios de comunicação se revelam aptos para o acompanhamento e a fiscalização dos atos do poder público pela sociedade civil, além de funcionar como mecanismos de transmissão para as autoridades públicas dos seus anseios, de suas críticas e de suas demandas. Emerge a imprensa moderna atrelada, portanto, à ideia de fiscalização do poder e de via transmissora das demandas da sociedade civil. Ladeando esse fenômeno se desenvolvem as condições que atribuem maior liberdade à imprensa, com o arrefecimento da censura e o reconhecimento da liberdade de expressão, relata Araújo (2011, p. 22).

A diferenciação dos subsistemas sociais - político, econômico, científico, artístico - em face do sistema religioso, fortalecem as reivindicações por maior liberdade de expressão do pensamento, condizente com a propagação liberal de restrição do poder do Estado. É condizente com esse fenômeno o reconhecimento dos direitos de comunicação como direitos fundamentais a partir das primeiras manifestações constitucionalistas, conforme Rezende (2014, p. 46). Como identifica Dahl (2001, p. 99), liberdade de expressão e fontes de informação diversificadas são exigências de uma democracia, compõem as instituições políticas do moderno governo democrático.

Do movimento de concentração advindo dos Estados absolutista, como delineado nesse trabalho, é que se vivenciam, inicialmente, limitações à comunicação e na virada para o Estado liberal, influenciado pelos ditames do constitucionalismo liberal, que surgem os pleitos por maior liberdade de expressão.

É preciso lembrar linhas já expostas no desenvolvimento do trabalho que a análise do Direito não pode estar desacoplada da história, não sendo demais alertar que o processo histórico se caracteriza inexoravelmente em movimentos de afirmação e reafirmação, em movimentos de idas e vindas. A característica da historicidade não se desprende da

investigação de um direito, sobretudo fundamental. E no caso da liberdade de expressão não pode ser diferente.

A marcha inicial é por uma atividade da imprensa estruturada no acompanhamento e na divulgação das informações referentes ao exercício do poder público, das informações que interessa a sociedade, portanto, relativas às atividades comerciais e industriais e das opiniões de figuras representativas de diversos setores da sociedade. O papel da imprensa na democracia está centrado no controle e na fiscalização do poder público e da iniciativa privada e na transmissão dos desígnios da sociedade civil. A imprensa, portanto, carrega a importância de viabilizar a participação da sociedade civil no exercício do poder público, consoante apontamentos de Araújo (2011, p. 22-23).

O processo histórico de limitação do poder que permeia a construção do Estado moderno cria condições para a estruturação da liberdade de comunicação e com o processo de maior respeito pelo Estado das liberdades comunicativas é reafirmada a autonomia dos subsistemas políticos, econômicos, científicos, conforme aponta Rezende (2014, p. 46).

Segundo Araújo (2011, p. 47) as condições para o desempenho da atividade de comunicação e conseqüentemente para o exercício do direito à liberdade de expressão são modificadas desde o século XVIII, conforme se verifica das experiências inglesas, francesas e dos Estados Unidos.

É preciso se desvencilhar da censura do Estado e de barreiras impostas no campo da comunicação para que a imprensa possa desempenhar sua tarefa.

Na Inglaterra para que fosse possível avançar, especialmente para acompanhar as negociações, as decisões parlamentares e para conseguir levar seus pleitos, a burguesia se vale da imprensa. Mas, para isso se mostra necessário enfrentar a censura prévia e a falta de publicidade dos atos do parlamento. O contexto inglês é de censura prévia iniciada por meio da criação de associação detentora do monopólio real da impressão de livros, sob o mando da Coroa Inglesa, sendo ampliada essa censura por uma série de atos, conforme desenvolve Araújo (2011, p. 24).

Rezende (2014, p. 46) relata que na Inglaterra, John Milton, em sua *Areopagitica*, propugnava a revogação da *Licensing Order* do Parlamento, que previa a censura prévia de obras, expondo que a verdade triunfa no confronto de ideias. O fim da censura prévia e do controle sobre os impressos exercido pela Stationers' Company foi estabelecido em 1695 pelo Licensing Act, conforme Briggs e Burke (2004 apud Araújo, 2011, p. 24).

A partir daí emerge o jornalismo autônomo na Inglaterra, permeado pelo ingresso das discussões políticas na imprensa, passando a se configurar como um meio de

desenvolvimento de ideias sobre a vida política. Os partidos políticos percebem a necessidade de difundir as discussões em pauta no parlamento e criam uma série de jornais, tendo até mesmo o partido opositor comprado o jornal de maior tiragem, o London Journal. A grande imprensa aparece pela primeira vez com a oposição, o que favorece um contraponto crítico. É incrementada, com importância, na disputa política a opinião pública e os órgãos de direção do Estado passam a se esforçar para a manutenção da legitimidade, pois são provocados a debater e a justificar suas decisões perante o público, a partir do relato de Briggs e Burke (2004 apud Araújo, 2011, p. 24).

Não obstante o avanço na autonomia jornalística e no encerramento da censura prévia permanecia o regime tributário de colocação de selos nos impressos, conforme relata Rezende (2014, p. 47). Subsistiam, ainda, limitações à expressão, como a falta de publicidade dos atos do governo, o imposto do selo, as perseguições e ações por difamação pelo governo. Mas, ainda assim, a imprensa inglesa detinha uma liberdade maior do que a exercida em outras experiências na Europa, retrata Araújo (2011, p. 25).

A experiência francesa demonstra que no século XVIII, atingida pela vigência da censura, não se encontram condições necessárias para vivenciar um jornalismo com autonomia e com a presença das pautas políticas. O período pré-revolucionário, aponta Pool (1983 apud Araújo, 2011, p. 25), foi marcado por inúmeras prisões de editores, autores e comerciantes de livros. Tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, mas como afirma Rezende (2014, p. 48), não obstante a consagração da liberdade de manifestação do pensamento, a realidade demonstra alternâncias entre período de censura e de maior liberdade. A partir da lei de imprensa de 1881 que se instaurou um regime com mais liberdade.

No caso dos Estados Unidos, a opção política é distinta da adotada na Inglaterra, assim, ficam afastadas a exigência do licenciamento, a determinação do pagamento de tributos e a estratégia dos processos por difamação. Nessa conjuntura de maior liberdade, a imprensa adquire possibilidades de novos caminhos, inclusive influenciando no processo de independência do país, identifica Pool (1983 apud Araújo, 2011, p. 26).

O *Bill of Rights* da Virgínia de 1776 trouxe a liberdade de imprensa como um dos baluartes da liberdade, mas como assenta Pereira (1979 apud Ferreira, 1997, p. 127), a Constituição dos Estados Unidos que surge posteriormente silencia sobre os meios que deve dispor a imprensa para funcionar como guardião do povo. Entretanto, a Emenda à Constituição n. 1, ratificada em 15 de Dezembro de 1791, estabelece que não é possível se restringir a liberdade da palavra e de imprensa.

Interessante incursão histórica, além de demonstrar a estratégia para o crescimento da imprensa, ratifica a ideia de que o Estado, mesmo em tempos liberais, atua positivamente, conforme alertado nesse trabalho. Especificamente no campo da comunicação, Araújo (2011, p. 28) esclarece que não é certa a ideia de que a liberdade de expressão se revela incompatível com a atuação positiva do Estado. A garantia da liberdade de expressão acompanha a obrigação do Estado de expandir a infraestrutura do sistema postal que subsidia a circulação da imprensa, tendo inclusive os próprios jornais exigido a intervenção do Estado no setor da comunicação. Araújo (2011, p. 28) sinaliza que não se pode alegar que a tutela da expressão e da comunicação nos Estados Unidos se limitavam ao afastamento do Estado, a partir da investigação que se faz do papel desempenhado pelo sistema postal para a coesão e a interdependência social e do conseqüente reconhecimento da obrigação do Estado no desenvolvimento de sua infraestrutura.

Em verdade, Araújo (2011, p. 27) destaca o papel central do sistema postal para a esfera pública estadunidense. Muitos dos responsáveis pelo serviço de postagem formulavam seus próprios jornais, tanto que em razão do potencial de influência, esses responsáveis eram indicados politicamente. Confecciona-se um estímulo público a partir da não cobrança de taxas para o responsável pelo serviço postal entregar seu próprio jornal. Assim, se forma um sistema de subsídio público do serviço postal para o fornecimento de jornais, conforme Pool (1983 apud Araújo, 2011, p. 27).

Difundir a omissão do Estado no setor de comunicação, sob a defesa de que, originariamente, a liberdade de expressão não aceita intervenção estatal demonstra desconhecimento histórico do desenvolvimento da imprensa nos Estados Unidos, reafirma Araújo (2011, p. 29).

Tais elementos cooperam no desmonte das verdades aparentes e reiteradamente reproduzidas sem maior esforço investigativo, além de ajudar a compreender o papel que o Estado pode desempenhar para o avanço de um determinado direito. A conjuntura inicial bem demonstra que não se podem desconsiderar as atuações positivas do Estado quando a realidade demanda a tomada de decisão de impulso em um determinado setor, ainda mais em setores estratégicos para o desenvolvimento do homem, como o da comunicação.

O princípio da liberdade de imprensa inserido na Constituição dos Estados Unidos, além das práticas sociais, permeadas por um cenário de retirada dos abusos por parte das autoridades aliado ao estímulo estatal de um setor, propiciam condições inegáveis de desenvolvimento.

Em um ambiente regulatório mais livre do que vivenciado na Inglaterra e França, além do estímulo dado pelo sistema postal, da maior tolerância governamental, da menor desigualdade social, foi possível o desenvolvimento de uma esfera pública estadunidense mais descentralizada, ampla e diversificada, com o conseqüente maior número de jornais do mundo, consoante exposição de Araújo (2011, p. 29).

De toda sorte, a experiência da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos, no período da metade do século XVIII até as primeiras décadas do século XIX, demonstram o acesso aos meios de comunicação de maneira razoavelmente equitativo em relação aos cidadãos, considerando o acesso ao conteúdo produzido, além da perspectiva de produção do conteúdo. O financiamento dos jornais advém da venda dos exemplares e não se verifica a produção de resultados econômicos atrativos ao grande capital. Por isso, as dificuldades da época na comunicação se circunscrevem a censura e as demais limitações à expressão trazidas pelos Estados, o que justifica a importância atribuída para a dimensão negativa da liberdade de expressão, como apresenta Araújo (2011, p. 30).

Ocorre que esse momento de avanço é refreado por novas manifestações do processo histórico, levando a configuração de maior concentração da imprensa e de problemas advindos da preponderância econômica.

O processo de industrialização interfere na comunicação, alterando o setor por meio do desenvolvimento tecnológico, configurando uma avançada linha de produção. Conseqüentemente sobe o gasto com a produção inicial, mas acompanhada da forte economia de escala, típico do capitalismo. A grande imprensa influenciada pelas novas tecnologias vai se modificando, sendo especialmente afetada pelo considerável aumento do custo da produção. Portanto, as empresas passam a depender de investimento da publicidade que se transformam em principal fonte de receita, substituindo a venda de jornais. A estrutura das empresas jornalísticas se tornam mais complexas e mais dependentes do capital. Acompanha esse processo a popularização do conteúdo, dinamizada pela lógica da publicidade, exigente por maior alcance de mercado e condizente com o poder aquisitivo de seu público, tudo atrelado ao aumento de tiragem e logo da renda. É realizada a transição da imprensa politizada e informativa para uma imprensa de conteúdo mais popularizado, abastecido de entretenimento, em razão da necessidade de ampliação do público, desenvolve Araújo (2011, p. 31-32). Está aberto o espaço para sedimentação da mídia de massa.

O processo de esvaziamento do homem político se aprofunda junto com o avanço do capitalismo. A imprensa desempenha um importante papel nesse processo, pois não se mantém preocupada com a informação e com a politização da sociedade.

A partir do momento em que a publicidade se torna o principal meio de manutenção e passa a sustentar a produção, há uma alteração no processo concorrencial, pois as empresas com dificuldade de conquistar os investimentos publicitários, geralmente ligadas ao povo e com circulação representativa, perdem a condição de permanecer no mercado, segundo Herman e Chomsky (2003 apud Araújo, 2011, p. 34).

Assim, o aumento do custo da produção e da escala e a modificação do ambiente de mercado concorrencial, pela inexorável relação que se estabelece entre a imprensa e a publicidade influenciada pelo capitalismo, além da homogeneização das notícias advindas das poucas agências de notícias, geram um ambiente propício para a concentração da imprensa, aclara Araújo (2011, p. 34).

O contexto de origem da liberdade de imprensa, tomando por base os principais países nesse processo, é profundamente alterado. É sabido que a Inglaterra, a França e os Estados Unidos e outros que os seguiram, absorveram, em graus e momentos distintos, os ditames do liberalismo que varria a monarquia absolutista do ocidente. A liberdade de imprensa surge com o mesmo germe do liberalismo e, portanto, porta elementos intrínsecos como o respeito absoluto à propriedade privada, o individualismo exacerbado, a inexistência de controle da sociedade e controle estatais que reduzem o Estado a mero garantidor do esquema de poder, e a não importância com o coletivo, decisivamente valendo a vontade individual do dono do jornal, conforme registra Carvalho (2003, p. 192).

Para Carvalho (2003, p. 192) o fortalecimento da imprensa, inicialmente, advém do processo histórico liberal e por conta dos princípios informadores desse processo que consegue resistir ao poder político daquele tempo, mas a imprensa liberal é permeada por profundos e reconhecidos problemas.

Nesse sentido, resume Araújo (2011, p. 34) que:

Desde a época em que as esferas públicas se consolidaram na Inglaterra, França e nos Estados Unidos, as condições para a atividade de comunicação se alteraram radicalmente. Com a industrialização, mercantilização e massificação da comunicação, aumentaram os custos e a complexidade da organização administrativa para se abrir um meio de comunicação. Os veículos de imprensa se concentraram em poucas mãos, que passaram a deter um grande poder de comunicação e de influência política face aos demais indivíduos, carentes de acesso a esses meios. Desapareceram, assim, as condições equitativas de comunicação que caracterizaram o período de consolidação das esferas públicas nesses países.

A imprensa comercial conquista espaço, destituindo a imprensa política. É constituída a partir de então uma opinião pública imposta pelos meios de comunicação de

massa e não formada em decorrência dos debates travados para a decisão política sobre os rumos da sociedade. Esvai-se o cenário apto para fomentar as discussões e se construir as opiniões, confirma Rodrigues (2010, p. 56 e 60).

O domínio da lógica empresarial e da concepção privada e concentrada nos meios de comunicação provoca a perda do caráter público da esfera pública, que se amplia, mas impede o público de se comunicar. É retirado o espaço para os debates das questões sociais relevantes. A esfera pública não fornece mais circunstâncias equilibradas de comunicação aos cidadãos, perdendo a autonomia diante do Estado e perante os autores privados, como constata Araújo (2011, p. 35).

O início do século XX intensifica essa situação, afirmando Rodrigues (2010, p. 60) que “as novas técnicas se ampliaram sob o mantra das corporações líderes da expansão capitalista, tornando-se simultaneamente um motor ideológico do sistema e uma atividade econômica com forte potencial para a acumulação financeira”.

A radiodifusão surge, segundo Araújo (2011, p. 47), com o potencial para enfrentar o modelo de comunicação de massa, com o propósito de estabelecer uma esfera de comunicação plural e com espaço para comunicação não comercial. Mas, os formatos de negócios e de regulamentação desenvolvidos, confirmam o processo da imprensa escrita, consolidando, rapidamente, a radiodifusão como um meio de comunicação privatista, mercantil e concentrado.

O desenvolvimento do rádio nos Estados Unidos, como sistema de comunicação coletiva de informação, portanto, mesmo direcionado à comunicação de massa, vivencia um período em que o mercado não é dominado pelo sistema comercial e nem é concentrado. Há um grande número de estações operadas por universidades, igrejas, sindicatos, jornais e lojas de departamentos, além das estações pertencentes às grandes empresas de telecomunicação. Há uma diversidade na composição da programação. Os aparelhos transmissores e receptores não possuem um valor que impossibilite o acesso dos cidadãos. Mas, o processo econômico nos Estados Unidos encaminha o sistema de rádio para um modelo privado, financiado pela publicidade, retrata Araújo (2011, p. 37 e 42).

Para disciplinar o uso do rádio em função do interesse público é aprovado pelo Congresso nos Estados Unidos, inicialmente, a Federal Radio Commission transformada, em 1934, na Federal Communications Commission, com competência regulatória alicerçada na imposição de exigências para emissoras, especialmente a reserva de uma parcela significativa do tempo para discussão de questões controvertidas de interesse social e a necessidade de

franquear a exposição de diversos pontos de vista sobre o tema discutido, evitando a direção da opinião pública, conforme apresentado por Rezende (2014, p. 130).

Não obstante os esforços para tentar diminuir a concentração em favor das grandes indústrias de radiodifusão, a decisão política prevaleceu sobre os aspectos da diversidade e pluralidade.

A televisão formada a partir das principais redes de rádio, nos Estados Unidos segue a experiência do rádio no que toca ao modelo de negócio e utilização social, tendo, portanto, optado pelo modelo privado e com financiamento publicitário. Na Europa, seguindo o modelo público do rádio, a televisão se estrutura no modelo público monopolista e posteriormente, na segunda metade do século XX, com a abertura dos monopólios públicos, o modelo privado se expande. O modelo privado comercial é o que, aliás, influencia o Brasil e outros países da América Latina, como informa Araújo (2011, p. 46).

Poucos grupos empresariais alinhados aos mesmos interesses e posicionamentos ideológicos controlam os meios de comunicação e se beneficiando da abolição de instrumentos regulatórios para a promoção da diversidade e de um sistema político plutocrático mais blindado e restritivo da participação de grupos que não detém apoio dos grandes financiadores provocam um progressivo afastamento dos ideais democráticos, afirma Rezende (2014, p. 179).

Há a intensificação do processo de perda das condições equilibradas para a comunicação. O espaço para comunicação deixa de ser público, afastando o povo dos debates políticos, econômicos e culturais. E, como diz Comparato (2000-2001, p. 11), o Parlamento, palco privilegiado de deliberação e decisão pública das questões políticas, na linha do que prega o constitucionalismo liberal, sofre com a ausência da participação popular no acompanhamento desses debates, além de se identificar na maior parte dos países o controle das sessões parlamentares pelo governo, o que o torna o centro das decisões políticas. Portanto, as decisões ocorrem nos gabinetes fechados, cumprindo o parlamento o papel de ratificador da vontade do Executivo. Por isso, os veículos de comunicação de massa passam a oferecer, contemporaneamente, o verdadeiro espaço público de deliberação política. Seus controladores estabelecem a agenda política e propõem o encadeamento das questões relevantes a serem discutidas.

Assim, assevera Comparato (2000-2001, p. 12):

Nos países em que vigora claramente o regime oligárquico sob aparências democráticas, como é o caso do Brasil, a exploração dos mais importantes

órgãos de comunicação de massa é feita por grupos empresariais privados, estreitamente afinados com os interesses de sua classe, que controla o governo nacional e o Parlamento. [...] Temos, portanto, que o debate público sobre as grandes questões da vida política e econômica da nação é estruturalmente falseado. Um debate autêntico, assim como a verdadeira dialética enquanto processo de exame da verdade, pressupõe a liberdade e a capacidade de proposta das questões a serem discutidas. Em Atenas, a democracia fundava-se muito mais na *isegoria*, isto é, na igualdade de palavra nas assembleias públicas, do que na isonomia.

Não se pode olvidar que os meios de comunicação são ferramentas para o exercício do poder ideológico, poder esse que assume a forma de manipulação no momento que seu possuidor influencia o comportamento de outrem sem que a pessoa influenciada perceba o condicionamento de sua conduta. Tanto a omissão quanto a distorção, além do silêncio sobre determinados temas nas pautas e da veiculação incessante de determinadas informações, atentando contra a capacidade de reflexão crítica do cidadão, perfazem a manipulação da informação. Os veículos de comunicação produzem consensos sobre matérias de seu interesse ou daqueles que os financiam, sendo latentes os efeitos dessa influência sobre a formação da vontade estatal, aclara Rezende (2014, p. 91-92).

A cultura de não politização representa, em verdade, uma postura ideologicamente política dos meios de comunicação, inclusive impondo diretrizes aos próprios programas dos partidos políticos. Nesse contexto, emerge a necessidade de que os meios de comunicação se sujeitem às exigências de natureza semelhante a que é aplicada ao poder estatal, na medida em que mesmo o jornalismo político deve estar circunscrito a determinação democrática de ser abertamente público, tendo em vista a influência privilegiada que desempenha na esfera pública, na linha de Habermas (2003 apud Rezende, 2014, p. 92).

Explica Lima (2001, p. 93) que em tempos de globalização contemporânea, a consequência mais explícita da convergência tecnológica no setor de comunicações é a enorme e sem precedentes concentração da propriedade, que ocasiona a consolidação e a emergência de um número pequeno de megaempresas mundiais.

No Brasil o novo padrão universal de concentração da propriedade não altera o histórico domínio do setor por poucos grupos familiares e pelas elites políticas locais e regionais. Assim, as mudanças em direção ao mercado, além da retirada das empresas públicas e do ingresso de vários *global players*, não implicaram em acentuadas modificações na consolidada estrutura hierárquica dos grupos que controlam o setor de comunicações, orienta Lima (2001, p. 96).

A uniformidade que caracteriza a mídia no Brasil denuncia o cenário de monopólio midiático, o que acarreta, segundo indicadores de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas e Organização dos Estados Americanos, risco a liberdade de expressão e, inevitavelmente, a democracia, retrata Mielli e Damasceno (2015, p. 33). É inegável a crescente relação entre informação e conhecimento, sendo o conhecimento verdadeiro fator de poder nas sociedades contemporâneas, representando uma questão estratégica nacional e para as empresas o controle da informação. Ademais, é reconhecido o poder da mídia na construção da realidade por meio da imagem que faz dos diversos aspectos da vida humana. As sociedades contemporâneas são dependentes da mídia para a construção do conhecimento das questões públicas relevantes, muito mais do que da família, da escola, das igrejas e dos partidos. Nesse sentido, minimizar a relevância das comunicações e circunscrever o seu valor apenas à transmissão de informações representa um equívoco histórico. As comunicações não são canais neutros, ao inverso, são construtoras de significação, o que autoriza uma preocupação para além da esfera econômica, reforça Lima (2001, p. 113).

Assim, a formação de oligopólios na comunicação e o acesso não igualitário aos meios de comunicação, na proporção de sua influência sobre o jogo eleitoral e as próprias definições do governo, abalam a legitimidade do sistema político, na medida em que comprometem a formação da vontade estatal, como manifestação democrática. A concentração de propriedade que gera monopólios ou oligopólios exterioriza o problema e limita a diversidade de vozes da sociedade, comprometendo a soberania popular influenciada por uma única visão, conforme Hidalgo (2005 apud Rezende, 2014, p. 93-94).

Os malefícios atuais da comunicação capitalista são provenientes da liberdade de imprensa liberal, aponta Carvalho (2003, p. 192), pois a concepção liberal abandona o compromisso social. A liberdade de imprensa não passa, na verdade, de liberdade de empresa, detendo e exercendo unicamente essa liberdade os donos dos meios de comunicação, conforme Ekmekdjian (1992 apud Carvalho, 2003, p. 192). A visão liberal consagra unicamente o direito do informador, manifestando uma visão unilateral e mutilada, nos dizeres Coloma (1987 apud Carvalho, 2003, p. 193).

É preciso revisitar a liberdade de imprensa, pois hoje é exteriorizado e defendido somente um lado da moeda. Essa liberdade veicula somente um dever de abstenção de todos em relação a ela, não obrigando a nada. A realidade política não permite que continue o processo de omissão frente à liberdade de expressão, exigindo um novo componente que possa representar um mecanismo de implementação do Estado Social, na medida em que não

basta assegurar uma imprensa livre, sem considerar o dever de informar e sem o direito do público de participar do processo informativo. Trata-se de uma exigência condizente com a ultrapassagem do Estado liberal para o Estado social. A construção do Estado social carrega a determinação de seguir adiante e garantir a livre informação sob uma dimensão participativa e pluralista, marchando no propósito de construção da democracia, fincada não só na liberdade, mas na igualdade e na dignidade, consoante exposição de Carvalho (2003, p. 82 e 193).

A formação dos grandes grupos empresariais de comunicação modifica o cenário liberal do Estado como a força onipotente com capacidade de dominar os meios de comunicação, reforça Rezende (2014, p. 94), trazendo, ainda o autor para corroborar a ideia, a leitura do ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF 130 no sentido de que:

O poder da imprensa hoje é quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve que “hoje não são tanto os *media* que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é manipulado pelos *media*”.

A captura pelos proprietários dos meios de comunicação do princípio jurídico da liberdade de expressão acarreta a imposição de uma compreensão deturpada de sua significação inicial, impondo seu esvaziamento e determinando, de maneira hegemônica, seu entendimento como total ausência de regulamentação da atividade e de qualquer restrição aos seus interesses econômicos. Permanece a ameaça à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa circunscrita ao Estado, desconsiderando por completo a ambiência do Estado de Direito e o aprimoramento do funcionamento das instituições democráticas. Prevalece a estratégia discursiva, ao mesmo tempo política e jurídica, dos proprietários dos grandes meios de comunicação comerciais. Os interesses privados nacionais e internacionais determinam a prática dos serviços de comunicação, permanecendo a circulação de informação regida pelos monopólios e oligopólios privados. Os proprietários jogam um papel decisivo na cena política nacional, perpetuando um sistema de privilégio à maximização dos lucros e de intransigente defesa de interesses políticos determinados, assevera Rodrigues (2010, p. 96)

Por isso, não é preciso muito esforço para perceber que com o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa a antiga liberdade individual de expressão se torna obsoleta. Emerge uma lamentável confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de empresa. A

dinâmica da atividade empresarial, no sistema capitalista de produção, está arquitetada no lucro e não na defesa da pessoa humana. Não é possível escamotear que uma organização econômica inserida na lógica de produção de lucro e conseqüente repartição entre capitalistas e empresários não pode, pois, apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. A liberdade de expressão não se confunde com a liberdade de exploração empresarial, não sendo, aliás, garantida por ela. Utilizar o direito fundamental à liberdade de expressão para perpetuar um oligopólio nos mercados é uma aberração construída pelos grandes grupos de comunicação com o evidente propósito de interferir sobre a opinião pública com a certeza de não ser controlado socialmente, ressalta Comparato (2000-2001, p. 12).

Assim, é preciso não descolar da realidade na análise jurídica e é política e cientificamente mais correto reconhecer a inviabilidade de se construir um espaço de debates das questões nacionais no paradigma individual, liberal e negativo da liberdade de expressão.

Portanto, junto com o poder do Estado de restringir a comunicação, o processo de concentração do poder privado de comunicação representa um verdadeiro desafio que é imposto à liberdade de expressão. As alterações provocadas nas condições de comunicação não autoriza que o conteúdo do direito à liberdade de expressão permaneça intocável, assenta Araújo (2011, p. 47-48).

A passagem do Estado liberal para o Estado social demanda uma releitura do que se concebe por liberdade de expressão. Países, como o Brasil, que não vivenciaram o Estado social e não sedimentaram o Estado democrático permanecem aferrados à concepção liberal e negativa da liberdade de expressão. É tempo de enfrentar os interesses privados comerciais no campo da comunicação e lutar pela construção de um espaço plural com olhos direcionados à consolidação de um Estado social e democrático, necessário para o avanço civilizacional do país. A necessidade e a possibilidade desse passo estão vinculadas a superação de barreiras e de desates de nós, entre eles, o de desvencilhar o Estado do controle financeiro, o de superar a dependência econômica, o de enfrentar as disparidades regionais e as desigualdades sociais. A alteração da prática na comunicação está inserida no processo de emancipação nacional que passa por um projeto de construção de uma nação soberana, democrática e integrada regionalmente. Cumprir as normas constitucionais relacionadas à comunicação é estratégico, pois o direito à comunicação é fundamental para construção da democracia e para o fortalecimento da cidadania ativa, portanto, imprescindível à viabilidade do projeto nacional.

3.2 Contribuições internacionais ao direito à comunicação

O caminhar do direito à comunicação se confunde com as lutas históricas feitas pelos homens para atingir a consagração e efetivação de sua dignidade e liberdade em face do poder estabelecido e com a sua concomitante e paulatina aquisição de consciência da necessidade de convivência com outros homens para romper os obstáculos sociais, além da necessidade natural de exteriorização e projeção a partir da comunicação com os outros e de construção do mundo. Pela lógica da dominação, os detentores do poder empreendem esforços para influenciar os outros, realizando para isso a monopolização dos conhecimentos e informações, tarefa bem sucedida até o momento em que as pressões dos dominados ou despossuídos exigem diminuição ou ruptura da ordem vigente. Essa reação se dá a partir da elaboração e da comunicação dos pensamentos, em função das condições concretas de existência e do estado de amadurecimento dos sistemas sociais, reflete Ferreira (1997, p. 113-114).

A trajetória dos direitos fundamentais é visualizada a partir de documentos políticos, não obstante possa se afastar de qualquer rigidez, pois os direitos se iniciam bem antes do seu registro em documentos, como alerta Ferreira (1997, p. 114).

Nesse sentido, a caminhada por alguns documentos históricos ajudam a compreender os processos de atualização e de exigência que circundam a liberdade de expressão e desembocam no direito à comunicação.

Para isso, no esforço teórico desenvolvido por Araújo (2011, p. 49), na compreensão da evolução do direito à liberdade de expressão, é destacado seu progressivo reconhecimento ao longo dos séculos XVII e XVIII com a suplantação da censura prévia na Inglaterra em 1695, com a previsão da liberdade de expressão nos Estados Unidos pela Constituição da Virgínia, de 1776 e pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, e na França, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, depois sendo prevista na Constituição de 1791.

Esses documentos, como identificados no item anterior, representam no caso inglês a abolição do Licensing Act, reforçado por Ferreira (1997, p. 119-120), como a possibilidade de publicar periódicos escritos, afastando-se das restrições dos monarcas e do regime de privilégio. Identifica o autor que são os legisladores do Estado da Virgínia que, em verdade, realizam a positivação jurídica da liberdade de expressão, especificamente no que se refere a sua manifestação por meio da imprensa, tendo no Virgínia's Bill of Rights, de 1776, em seu artigo 12, previsto "Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e

jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico”, extraído de Ferreira (1997, p. 122).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 reafirma a liberdade de imprensa consagrada na carta da Virgínia, dispondo no artigo 10 que “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”, garantindo, assim, o direito à liberdade de consciência e de crença e o direito à liberdade de manifestação de opiniões, sem proibições e imposições por parte do Estado ou de quem quer seja, podendo no caso da liberdade de manifestação de opiniões encontrar limites legalmente impostos. Ainda, a Declaração determina que “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, sob condição de responder pelos abusos desta liberdade nas hipóteses previstas na lei”, previsão do artigo 11 que manifesta um aprofundamento no sentido de que por liberdade de opinião deve-se considerar a contemplação da liberdade de pensamento e de expressão do seu pensamento, decorrendo também da liberdade de expressão a liberdade à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. A Constituição francesa de 1791 reforça os direitos previstos na Declaração de 1789, acrescentando o direito de petição e a liberdade de reunião, conforme apresentado por Ferreira (1997, p. 124-126).

No transcurso da história cabe grifar a Primeira Emenda à Constituição Americana que afasta o silêncio da Constituição dos Estados Unidos de 1787. Essa Constituição não traz nenhuma proteção à liberdade de imprensa, mas em 1791 é ratificada a primeira emenda suprimindo a omissão ao prever que: “É vedado ao Congresso estabelecer qualquer religião de Estado ou proibir o livre exercício de qualquer culto e restringir a liberdade de palavra e de imprensa, o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e o de apresentarem petições ao Governo para reparação de injustiças”, segundo Ferreira (1997, p. 127).

Esses documentos concebem a liberdade de expressão como produto da luta contra a censura que o Estado imprime para coibir concepções oposicionistas, para restringir a liberdade de religião e para manter o poder político. O movimento por essa liberdade se desenvolve no ambiente de valorização do indivíduo, na crença da igualdade do valor moral de todos os homens, no respeito às concepções religiosas e no aumento da atividade econômica. Assim, a liberdade de expressão emerge como uma liberdade negativa, ou seja, um direito que exige o afastamento do Estado. Trata-se de um direito que impõe ao Estado o dever de não agir de forma intervencionista na expressão individual, devendo resguardar os indivíduos de eventuais ameaças à expressão, explica Araújo (2011, p. 49-50).

As referidas constituições escritas, sob influência do constitucionalismo liberal, concebem os direitos de comunicação na perspectiva de positivação de direitos de defesa. A proteção se dirige a obstaculizar ações do Estado que tem por intuito limitar a liberdade de expressão, especialmente no que tange à atividade da imprensa, encarada como verdadeiro instrumento viabilizador do controle e da crítica ao governo. A imprensa encarna a função de porta-voz da opinião pública, de mediação entre Estado e sociedade. O *laissez-faire* na comunicação se revelaria suficiente para efetivar a liberdade de imprensa como um espaço público de debates apto à construção da opinião, doutrina o liberalismo. A informação é produto natural da imprensa livre e nada se discute sobre o acesso aos meios de comunicação, reforça Rezende (2014, p. 49).

A formulação inaugural, portanto, dos direitos de comunicação como direitos de defesa é explicada a partir da compreensão de que as ameaças à liberdade de expressão residem nas restrições impostas pelo Estado, conforme Rezende (2014, p. 49).

Assim, estão demarcadas as características do campo da comunicação, alertando Araújo (2011, p. 50), entretanto, que no século XVII e XVIII a liberdade de expressão reconhecida determina que o Estado não pode restringir o conteúdo e a circulação das informações, mas não impede que o Estado desenvolva uma tarefa de fomentador da comunicação, desempenhe um papel ativo, como ocorre no Estados Unidos no sistema postal. O estímulo advinha do Estado que podia atuar no setor. Por isso, não se autoriza olhar para o século XVIII e trazer a ideia liberal de liberdade de expressão restrita ao aspecto negativo e a impossibilidade de qualquer atuação do Estado nos meios de comunicação. Essa construção mais restritiva de direito de defesa advém em momento seguinte, situação em que a teoria liberal da liberdade de expressão é apropriada para que se construa a doutrina do livre mercado de ideias, no início do século XX, essa sim contrária a qualquer intervenção estatal, principalmente para regulamentar a estrutura dos meios de comunicação, conforme contribuição de Nordenstreng (2007 apud Araújo, 2011, p. 50), em um cenário de objeções trazidas em face das empresas de comunicação.

Essa avaliação trazida não pode causar nenhum tipo de espanto, tendo em vista que quando se estudou o Estado Liberal, não obstante a sua marca central ser a da não atuação, é perceptível o atuar do Estado em certos campos, claro, em defesa dos interesses da burguesia e dos desígnios do mercado econômico. Os questionamentos em relação à atuação estatal, a sua não possibilidade de intervenção, sistematicamente, são verificados quando o Estado busca resguardar os direitos da camada mais necessitada e, não raras vezes, colidentes com os interesses das classes dominantes da sociedade. Assim, em um primeiro momento se estimula

e se subsidia o desenvolvimento do campo da comunicação e depois quando se formam os grandes grupos de comunicação e o mercado se apresenta altamente concentrado e desigual prega-se a impossibilidade de qualquer atuação e questionamento estatal.

Aliás, a doutrina liberal, ressalta Xifra-Heras (1974 apud Ferreira, 1997, p. 130-131), não se apresenta em compasso com a realidade, na medida em que:

Não se deve esquecer, porém que a imprensa não deixou de ser tributária da sociedade burguesa que lhe deu vida. Durante mais de um século, a informação esteve a serviço dos únicos que poderiam manter a imprensa. Como todas as liberdades, a de expressão camuflava, no mundo burguês, uma evidente desigualdade econômica que conservava a maioria do povo distanciada das reivindicações liberais. A liberdade de imprensa era privilégio de uma minoria.

As empresas jornalísticas apresentam as mesmas virtudes e os mesmos problemas capitalistas, compreendidos na busca por maior espaço no mercado, o que leva ao fenômeno da concentração, na redução de custos e no aumento de lucro, com a consequência da impossibilidade de sanar os danos de seus excessos ou omissões, danos que repercutem não só na esfera individual como também coletiva, de prejuízo da própria nação, no sentido abordado por Ferreira (1997, p. 131). Problemas, relatados no item anterior desse trabalho.

Passa a se publicar, como inclusive se faz atualmente, apenas o que interessa às empresas, aos anunciantes e aos donos, e a omitir ou não colocar em pauta o que não coaduna com os interesses deles, podendo, ainda, distorcer e criar fatos para se beneficiarem ou sedimentarem posições privilegiadas, em acordo com os detentores do poder político, reforça Ferreira (1997, p. 131).

Não só os empresários usam seus meios de comunicação sem pensar no cidadão como os Estados, em determinados períodos, se utilizam de todos os meios de comunicação para legitimar regimes arbitrários e totalitários, realizando verdadeira doutrinação da própria comunidade, explica Ferreira (1997, p. 134).

As insuficiências que acometem a liberdade de expressão exigem seu aperfeiçoamento. Por isso, identifica Araújo (2011, p. 51), que ao longo dos séculos XIX e XX, com os processos de industrialização, mercantilização e massificação da comunicação, responsável pela concentração da atividade e encerramento das condições igualitárias de comunicação, é que emergem novas reivindicações sobre o direito à liberdade de expressão. A exteriorização mais clara se dá após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do direito à informação.

O pensamento deixa de estar aferrado à ideia de que a liberdade de expressão se revela um direito absoluto e que não necessita ser rediscutido. As circunstâncias históricas demonstram que a liberdade de expressão não é um direito inalterável e não é uma liberdade negativa somente. Desmistifica, assim, a liberdade de imprensa como algo intocável, pois pode não contemplar os interesses dos cidadãos. A modificação no cenário da comunicação, a partir da concentração e da impossibilidade de se ter voz, exige que se progrida para uma verdadeira liberdade de expressão e para isso é preciso que se avance no trato da liberdade de imprensa. O exercício da liberdade de expressão não se dá sem superar desafios, sendo que só pensar em combate à censura parece ser insuficiente para a garantia dessa liberdade. Há a necessidade do pertencimento ao grupo que possui ou financia os meios de comunicação, tendo em vista que a voz que sai precisa ser condizente com seus interesses. É preciso compreender que os assuntos discutidos na sociedade são impostos por aquilo que os meios de comunicação publicam, na medida em que são eles que escolhem os temas e trabalham sua incidência.

O surgimento do direito à informação está ligado ao enfrentamento da forte manipulação da vida cotidiana e da propaganda de caráter ideológico realizada no período da guerra pelos meios de comunicação. Assim, o pleito social está centrado na busca por maior publicidade e transparência dos atos do Estado acoplado a indispensável instituição de um controle público sobre os meios de comunicação, reflete Araújo (2011, p. 51).

A evolução da clássica liberdade de expressão está em contemplar o direito de saber sobre o fato, de acessar o fato, sendo que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, manifestada pelas Nações Unidas em 1948 foi a primeira a dispor em seu artigo 19: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, direito esse que inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber, e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”, conforme Ferreira (1997, p. 138). A leitura é, portanto, de um avanço da Declaração, na medida em que complementa a liberdade ativa de dizer com o direito passivo de saber, ressalta Xifra-Heras (1974 apud Ferreira, 1997, p. 138).

Nesse sentido, também Araújo (2011, p. 52), que ressalta, ainda, a Encíclica *Pacem in Terris* de 1963, que estabelece o “direito à liberdade de investigar a verdade” e o “direito de ser corretamente informado sobre os eventos públicos”, documento responsável por espalhar o direito à informação mundialmente.

A compreensão desse direito reside na possibilidade do cidadão exigir informação do Estado e dos meios de comunicação, distinguindo da concepção liberal negativa de liberdade

de expressão, vinculada ao direito de não ser afrontado pela exteriorização de ideias e opiniões. Assim, a obrigação do Estado é dar acesso às informações públicas, dispondo os mecanismos para que isso ocorra e das empresas privadas é fornecer informações corretas e de qualidade e que representem questões relevantes da vida social, estimulando a partir disso a criação de critérios de atuação para as empresas de comunicação, conforme exposição de Araújo (2011, p. 53).

A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem é outro documento, posterior à Declaração Universal, que apresenta a consagração das liberdades e direitos relacionados ou constitutivos do direito à informação, sendo que em 04 de novembro de 1950, no seu artigo 10, ficou contemplada a “liberdade de receber ou comunicar informações ou ideias”, prevendo ainda a possibilidade, em razão do exercício dessas liberdades gerarem deveres e responsabilidades, de se estabelecer certas formalidades e restrições, previstas na lei, como intrínseca a uma sociedade democrática, segundo Ferreira (1997, p. 139-140).

Para Araújo (2011, p. 68 e 284), o direito à informação é um direito individual e difuso e considerando o aumento do volume e da relevância da informação e a ameaça de sua concentração ou manipulação pelo Estado, é inegável o avanço propiciado por esse direito no setor da comunicação, na medida em que traz a exigência de transparência e de amplo acesso às informações públicas. O avanço propiciado pelo direito à informação é verificado também, face à concentração dos veículos de comunicação de massa e a consequente concentração e manipulação das informações pelos meios de comunicação, na determinação de se reconhecer a responsabilidade social desses meios, da imprescindível estipulação de regras direcionadas a garantir que o serviço da imprensa seja desenvolvido em consonância com o interesse público, e do reconhecimento da possibilidade de atuação positiva do Estado na regulamentação da imprensa e na concretização dessas regras.

Carvalho (2003, p. 83-84) entende que o dogma negativo da livre imprensa é afastado para se conceber um postulado positivo do direito de informação. Diz o autor que o receptor da informação não permanece como um sujeito passivo da relação de informação, inserido na massificação dos meios de comunicação, restabelecendo-se como sujeito ativo, titular do direito de ser informado e, na verdade, de ser adequadamente informado. O pluralismo político passa a incidir no processo de informação para imputar aos veículos de comunicação a responsabilidade de permitir o acesso às várias concepções ideológicas vigentes na sociedade, de atender as várias classes sociais, de se afastar de qualquer postura tendenciosa a um determinado setor social e, sobretudo, não monopolizar a informação pública. Assim, um desejo da sociedade passa a ser contemplado e positivado.

Em que pese o reconhecimento do avanço do direito à informação, Araújo (2011, p. 68-69), entretanto, tece uma análise crítica a esse direito e demonstra sua insuficiência. É precisa a consideração do autor no sentido de que não se nega a prerrogativa que esse direito confere ao titular que é a de poder exigir a informação, mas, como reconhece o cidadão como mero receptor da informação, o direito à informação se revela um direito passivo. Aponta o autor que esse direito surge relacionado à ideia de consumidor, portanto, insere o cidadão em uma posição de dependência e hipossuficiência perante o Estado e as próprias empresas de comunicação. Assim, o objeto do direito à informação não é garantir ao cidadão o poder de comunicar, pois o reconhece como submetido ao poder do Estado e das empresas que exercem o poder de comunicar, cabendo somente ter a informação de como o poder é exercitado.

Ademais, com o direito à informação a responsabilidade pela produção da informação é centrada nos veículos de comunicação, especialmente privados, concentrados e altamente dependentes do poder econômico, dizendo Araújo (2011, p. 69):

O reconhecimento da imprensa como a principal produtora das informações permitiu que ela se tornasse o principal beneficiário do direito à liberdade de expressão. Isso é preocupante já que, a partir da concentração que marcou sua evolução histórica, proteger a liberdade da instituição imprensa não mais significa proteger a liberdade dos cidadãos. O espaço dos grandes veículos de comunicação passou a ser reconhecido como o próprio espaço público – equiparou-se a ele. Legitimou-se, assim, o poder da imprensa de selecionar os fatos e as vozes autorizadas a entrar nesse espaço público. Até mesmo a sua concentração foi admitida como um elemento necessário para a sociedade moderna.

O direito à informação ingressa nesse contexto de concentração dos meios de comunicação e não altera o problema da seleção dos temas realizados por eles e que passam a repercutir na sociedade. Não se pode desconsiderar que os meios de comunicação ao realizar um processo de escolha do que será divulgado obstaculiza temas que não lhes convêm, levando muitos temas a insignificância e por consequência a inexistência social. Nesse sentido, é que se identifica o processo de imposição dos temas a serem discutidos na sociedade construídos pelos meios de comunicação. E, em um contexto de despolitização do homem e de baixa densidade cultural, os efeitos para quem recebe a informação são perigosos, pois a recebe sem nenhuma preocupação, naturalizando o fenômeno. Os temas sociais circulam sem peias e o que é selecionado e entregue vai moldando a consciência coletiva, não raras vezes, compreendendo a realidade com certa miopia, ou melhor, com as

concepções que lhe são entregues. E assim vai se forjando os consensos e se afastando dos ideais da liberdade de expressão e, portanto, da construção da democracia.

O direito à informação, em verdade, cumpre o papel de ir sedimentando a necessidade de atuação positiva do Estado e de revelar o misticismo engendrado pelo liberalismo de conceber a liberdade de expressão somente sob o aspecto defensivo, de não interferência.

Como apresenta Rezende (2014, p. 51) a compreensão liberal dos direitos fundamentais é baseada em uma sociedade pensada como de livre troca material e intelectual entre pessoas, sem a existência de relações de dominação e na qual exista igualdade de oportunidades. A concepção é gestada, portanto, em um ambiente em que é possível aceitar o caráter negativo desses direitos, como garantias que reclamam a não intervenção estatal. Mas, as alterações estruturais provocadas na esfera pública não permitem aceitar o modelo liberal como explicativo da realidade, se apoiando em Habermas (2003 apud Rezende 2014, p. 51-52) que entende que os direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e opinião, liberdade de imprensa, entre outros, que garantem uma esfera pública politicamente ativa, devem ser compreendidos não apenas como negação, mas positivamente como garantias de participação, caso eles queiram cumprir seus objetos, complementando:

Desde que as próprias instituições jornalístico-publicitárias se tornaram um poder social, que se adéqua ao gesto de privilegiar ou de boicotar os interesses privados que afluem à esfera pública, adequadamente também à mediatização de todas as opiniões meramente individuais, então a formação de uma opinião pública em sentido estrito não é garantida efetivamente pelo fato de que qualquer um poderia expressar livremente a sua opinião e fundar um jornal. O público não é mais um público de pessoas formal e materialmente com os mesmos direitos. [...] A liberdade de exprimir a opinião através da imprensa não pode mais ser considerada como parte das tradicionais manifestações de opinião dos indivíduos enquanto pessoas privadas. Pois a todas as demais pessoas privadas, só através da garantia da estrutura do Estado é que se assegura uma igualdade de chance de acesso à esfera pública; uma mera garantia de não intromissão do Estado não basta mais para isso.

Nesse sentido é que se prega a necessidade de direitos a prestações estatais para que se possa exercitar as liberdades comunicativas, especialmente na forma de estabelecimento de regras para evitar a formação de oligopólios no campo da comunicação e para assegurar direitos de acesso aos veículos de comunicação, explica Rezende (2014, p. 52).

Por isso o direito à informação ainda se mostra insuficiente, pois é passivo, circunscrito ao direito de ser informado. Ao aprofundar no estudo desse direito, Araújo (2011,

p. 69-70) identifica que em um cenário de necessidade de controle dos meios de comunicação, esse direito não desconcentra o poder de comunicar que subsiste como concentrado nos meios de comunicação e sujeita o cidadão plenamente a esse poder, aviltando, em tempos democráticos, a titularidade do poder soberano pelo povo. Assim, esse direito estabelece regras de funcionamento para os meios de comunicação, como, por exemplo, a separação de fato e opinião, a obrigação de cobertura dos fatos importantes para o interesse público e a inserção de concepções conflitantes, mas não adentra na estrutura e nem questiona a concentração.

Aliás, nem mesmo essas determinações que formam o objeto do direito à informação são cumpridas pelos meios de comunicação em tempos hodiernos.

É a partir de todas as contextualizações sobre a modificação da forma de exercer a comunicação e das considerações sobre os meios de comunicação que se convence da necessidade do direito à comunicação. É a partir do transcurso que se aclara o surgimento desse direito.

O cidadão, revela Araújo (2011, p. 71-72), com o direito à informação, ainda, não detém o direito de informar e não está contemplado com um direito capaz de enfrentar a concentração do campo comunicacional. “Ao legitimar a titularidade do poder de comunicar dos meios de comunicação, um poder constitucional que faz parte da soberania popular, ele torna o cidadão submetido a esse poder – e não titular dele”.

Emerge, assim, a necessidade de exigir da liberdade de expressão uma conotação mais alinhada às urgências da contemporaneidade para que não continue a representar somente um direito simbólico. É preciso efetivar a liberdade de expressão que foi perdendo seu sentido com a constatação de que os meios de comunicação não desempenham adequadamente suas tarefas. Urge atualizá-la.

É preciso, diante do contexto exposto, conceber a liberdade de expressão como uma garantia da existência de condições equilibradas para que os cidadãos consigam se comunicar, reclamando para isso a atuação do Estado para sua adequada efetivação. É isso, por muitos, denominado de direito à comunicação, noção construída na década de 1950, mas que ganha repercussão a partir da década de 1970, explica Araújo (2011, p. 82).

A identificação desse direito remonta a atividade da Organização das Nações Unidas (ONU) no setor das comunicações, depois se concentrando na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a partir da compreensão da vinculação entre desenvolvimento e comunicação. Os estudos se encaminham para a constatação do problema de aviltamento da identidade cultural dos países em

desenvolvimento, na medida em que a informação mundial advinha de poucas agências ocidentais que não se harmonizavam e não correspondiam a outras partes do mundo e que existia um número limitado de fontes de material para televisão, livros e filmes, o que levava a ênfase em valores estrangeiros, segundo Fischer (1984 apud Ferreira 1997, p. 142).

É debatido, portanto, problemas de afirmação nacional, em tempos de sobreposição cultural, de dominação cultural, viabilizado pela concentração que afeta o mundo e que se manifesta na área da comunicação.

O momento histórico é de descolonização, caracterizado pelos países que adquirem a independência, período pós-guerra, e de aliança desses com os países em desenvolvimento do hemisfério sul, propiciando um quadro favorável para se levantar óbices em relação à permanência da dependência em sentido econômico e cultural. Insere, assim, na pauta de discussões a comunicação, retrata Araújo (2011, p. 82). O grande número de países em subdesenvolvimento propicia a adoção de posturas mais críticas e de enfretamento dos países dominantes dentro da Organização das Nações Unidas.

Mais especificamente, o quadro de desenvolvimento na área da comunicação é marcado pela transição da concepção de “tráfego unilateral de informações”, que caracterizava o período de sobreposição, para uma concepção que passou a ser trabalhada nos organismos internacionais como de “livre fluxo de informações”, sendo esta última ideia substituída pela de “fluxo de informação livre e equilibrado”, incorporado pela UNESCO em 1974, segundo Ferreira (1997, p. 143).

O livre fluxo de informação exprimia que a informação deveria circular em um ambiente livremente estabelecido, portanto, sem limites e sem regulamentação estatal, o que se revelava maléfico diante da desigualdade entre países que possuíam a infraestrutura para a comunicação e os que a não possuíam, levando a um fluxo desigual e em um único sentido, reforça Araújo (2011, p. 82). Esse conceito de “livre fluxo de informação”, representativo do conceito de liberdade individual de expressão aplicado aos meios de comunicação, leva à concentração dos meios, à unidirecionalidade e à dominação cultural, diz Ferreira (1997, p. 143), além de apresentar a contribuição de Schiller (1979 apud Ferreira 1997, p. 144) no sentido de que existe diferenciação de toda ordem entre as nações, econômica, populacional, de dominação político-econômica, o que leva, inexoravelmente, com o livre fluxo de informações, “a um fluxo de mão única – dos ricos e poderosos do interior de uma sociedade para os fracos e pobres tanto do interior quanto do exterior dessa sociedade”.

Aliás, antes de seguir, cabe trazer a contribuição de Paulo Freire para a comunicação, trabalhando a ideia de processo e afastando a ideia de unilateralidade. Como diz Lima (2001,

p. 51), Freire desenvolve o modelo da comunicação como diálogo, significando novas possibilidades para o campo enfrentar a comunicação unidirecional e centralizada, e, por isso, atual e com função de servir como um ideal para a plena realização da comunicação humana.

Freire ao perceber o ser humano como um Sujeito que está em relação com o mundo constrói uma concepção das relações entre os homens que fundamenta a compreensão de seu conceito de comunicação, por Lima (2001, p. 61). Trabalha Freire a visão da natureza humana, tornando clara a distinção entre os homens e os animais no relacionamento que é estabelecido com o mundo. Os homens podem criar e inovar no mundo, o que os diferenciam dos animais. A relação do homem com o mundo, denominada por ele de práxis, é permeada por uma pluralidade e por uma criticidade, pois a captação que faz da realidade é essencialmente reflexiva. Os homens são seres de relações com o mundo e interagem com ele na práxis e estão com ele, enquanto os animais são seres de contatos que se adaptam ao mundo e estão neles, conforme apresentado por Lima (2001, p. 58-60, passim).

Portanto, os homens não são objetos, mas Sujeitos criativos, concluindo Lima (2001, p.61) a partir da construção de Freire:

Eles podem ser tratados como *objetos* por sistemas sociais opressivos, isto é, podem ser desumanizados, porém isso não altera a “vocaç o ontol gica” do homem, que   a de ser Sujeito, consciente de si mesmo e que interage com o mundo e com os outros homens.

Nesse sentido, que para Freire a “comunica o   a co-participa o de Sujeitos no ato de conhecer”, conforme Lima (2001, p. 57). Os homens somente s o humanos com a comunica o, ou seja, se retirada o leva a condi o de coisa, segundo Freire (1977 apud Lima, 2001, p. 62). Ora, a  est  o fundamento do conceito de comunica o, entendendo o homem como um sujeito criativo em rela o com o mundo e um ser comunicativo em rela o com o outro, diz Lima (2001, p. 62).

Assim, a natureza da comunica o   pensada a partir da reflex o de Freire (1971 apud Lima 2001, p. 63) no seguinte sentido:

O Sujeito pensante n o pode pensar sozinho. N o pode pensar acerca dos objetos sem a co-participa o de outro sujeito. N o existe um ‘eu penso’, mas sim um ‘n s pensamos’.   o ‘n s pensamos’ que estabelece o ‘eu penso’ e n o o oposto. Esta co-participa o dos Sujeitos no ato de conhecer se d  na comunica o. [...] A comunica o implica uma reciprocidade que n o pode ser rompida.

Diz Lima (2001, p. 64) que Freire entende a comunicação como a situação social em que as pessoas formulam conhecimento *juntas*, mudando e humanizando o mundo, o que é diferente de simplesmente transmiti-lo, dá-lo ou impô-lo. A comunicação se revela em um processo de interação que deve estar fundada no diálogo. E esse diálogo deve ser desenvolvido no plano social. Aliás, a análise de Freire segundo Lima (2001, p. 66) não desconsidera o contexto da realidade concreta, considerando que, especialmente em “sociedades dependentes” ou “alienadas culturalmente” o próprio pensamento se encontra alienado, pois dissociado da ação, o que gera “palavras falsas”. O tema do Terceiro Mundo é a “conquista de seu direito à voz” e o homem que “tem voz” é “um homem que é sujeito de suas próprias opções, um homem que projeta livremente o seu próprio destino”, traz Lima (2001, p. 66).

Em suma, a comunicação em Freire é talhada em um primeiro espectro a partir da natureza humana, considerando o ser humano como um ser essencialmente comunicativo e em um segundo espectro a comunicação é entendida como uma relação social transformadora, conforme Lima (2001, p. 68-69), que ainda assevera:

Comunicação implica um diálogo entre Sujeitos mediado pelo objeto de conhecimento que por sua vez decorre da experiência e do trabalho cotidiano. Ao limitar a comunicação a uma relação entre Sujeitos, necessariamente iguais, toda “relação de poder” fica excluída. O próprio conhecimento gerado pelo diálogo comunicativo só será verdadeiro e autêntico quando comprometido com a justiça e a transformação social. A comunicação é, portanto, por definição, *dialógica*. Fora dessas premissas não haverá comunicação, não se produzirá cultura.

Assim, com base nesse aporte teórico podemos compreender melhor o que esse direito exige e representa e podemos seguir a análise da necessidade de um novo tratamento para a comunicação, com mais lucidez no ideal a perseguir.

Araújo (2011, p. 82-83) explica que após adoção do fluxo de informação livre e equilibrado pela Unesco e depois da análise do tema da comunicação e da percepção da necessidade de um novo tratamento, é aprovada pela Conferência Geral da Unesco e pela Assembleia Geral da ONU a ideia de uma Nova Ordem Mundial da Informação e Comunicação (NOMIC) em 1978.

O Relatório MacBride é proveniente dessa preocupação. Quando se adota o conceito de “fluxo de informação livre e equilibrado” é estabelecida uma Comissão Internacional de Estudo de Problemas da Comunicação, que se notabiliza como Comissão MacBride, conforme Ferreira (1997, p. 146). É considerado um documento de referência sobre liberdade

de expressão entendida sob seu conteúdo positivo, ou seja, é central na construção do direito à comunicação. Trata-se de um paradigma que afirma a incompletude da formulação da liberdade de expressão em sentido negativo e da formulação do direito à informação como direito de receber informação, formulações que não contemplam a comunicação como um processo bidirecional, equânime e democrático, apresenta Araújo (2011, p. 83 e 87). Reforça a necessidade do diálogo pelos participantes da comunicação e não a ideia do monólogo.

O relatório indica desequilíbrios no campo da comunicação, constatando a unidirecionalidade mundial, manifestamente do norte para o sul, a verticalidade, expressa no sentido de que o conteúdo da comunicação é criado por poucos e entregue a um grande público para consumo de forma passiva, portanto, muito afastado do objetivo de comunicação entre iguais. Constata, ainda, o domínio do mercado na comunicação e o conseqüente impedimento para o ingresso da comunicação não comercial, com a determinação do conteúdo sendo ditada pelo aspecto do lucro, além das distorções e insuficiências de informações geradas pelo processo de concentração das estruturas de comunicação. Essas constatações demonstram que o desenvolvimento da mídia a tornou incapaz de informar satisfatoriamente o público e integrar esse público nas discussões e definições das questões que interessam a sociedade, retrata Araújo (2011, p. 84) a partir do relatório MacBride.

O direito de comunicar, assenta Ferreira (1997, p. 146), já conta com o reconhecimento em diversas declarações de direito e, por isso, identifica que a pretensão do relatório MacBride, e o que se estabelece, é a democratização dos sistemas, meios e processos de comunicação social. Araújo (2011, p. 85-87) esclarece que a democratização é o processo identificado com o indivíduo sendo sujeito ativo da comunicação, com o aumento da variedade de mensagens trocadas e com o aumento da extensão e qualidade da participação social. O Relatório não desconsidera as tentativas de avanço para a concretização da liberdade de expressão prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mas, deixa claro que essas tentativas estão centradas na efetivação da dimensão negativa da liberdade de expressão, ou seja, na previsão “o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões” e do direito à informação, representado na Declaração pela expressão “direito de receber [...] informações e ideias”, não tendo grandes movimentos para a efetivação da dimensão positiva da liberdade de expressão, contemplada na passagem “direito de procurar, [...] e difundir [...] informações e ideias”. Esses esforços restritos acentuam a concentração do poder privado e as desigualdades existentes, sendo, por isso, vital superar a trava da não intervenção na comunicação.

O desnudamento das objeções invisíveis existentes no campo da comunicação realizado pelo Relatório contradiz uma renitente negligência, explicando Araújo (2011, p. 86), que os obstáculos não evidentes representam as barreiras estruturais à liberdade de expressão e dizem respeito à liberdade de expressão em sua dimensão positiva, ou seja, garantia de participação em igualdade de condições no processo de comunicação.

O Relatório prega, portanto, a necessidade de reciprocidade na comunicação, entendida como um processo bidirecional, em que os conteúdos sejam selecionados de forma mais plural, em que os cidadãos tenham acesso aos fatos e às compreensões diversificadas e em que o público tenha maior participação, para se pensar em uma comunicação democrática, identifica Araújo (2011, p. 87).

É exigida a liberdade de expressão em sua dimensão positiva, interpretada como o direito à comunicação, afirma Araújo (2011, p. 87).

Adere o trabalho a postura da desnecessidade de se formular um novo direito para contemplar as exigências no campo da comunicação. Como diz Araújo (2011, p. 90), as novas posições jurídicas reconhecidas pelo direito à comunicação devem ser incorporadas ao direito à liberdade de expressão, entendida agora sob seu aspecto positivo e objetivo.

Segundo Araújo (2011, p. 88), existem autores, que defendem a necessidade da criação de um novo direito, chamado de direito à comunicação, como, por exemplo, Jean D'Arcy, que utilizou essa expressão pela primeira vez em 1969. Ferreira (1997, p. 145) cita afirmação de D'Arcy no sentido de que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem que [...] estabeleceu o direito do homem à informação, um dia terá que reconhecer um direito mais amplo: o direito do homem à comunicação”. Fischer, para enfrentar o livre fluxo de informação e o discurso de que os esforços em busca de mais equilíbrio para o fluxo de informação consistem em censura e controle, prega também a emergência de um novo direito, denominado por ele de direito de comunicar, relata Araújo (2011, p. 88-89).

Fischer e o relatório MacBride, por entenderem como um novo conceito, temem que o seu reconhecimento possa ser dificultado ou necessitar de inclusão em textos legais para efetivo cumprimento. Mas, como dantes já delineado, não são necessários o reconhecimento e a consagração, pois as novas posições previstas no direito à comunicação devem ser integradas ao direito à liberdade de expressão, conforme Araújo (2011, p. 90).

O direito à comunicação está, portanto, contemplado na liberdade de expressão, mas agora atualizada com as novas exigências. A utilização da expressão direito à comunicação é para deixar clara a adoção da concepção positiva, pois ao se falar em liberdade de expressão, por força da tradição dominante e visão dos vencedores do processo histórico, é comum sua

relação simplesmente com a concepção negativa, garantidora da comunicação sem censura do Estado e sem nenhuma intervenção. É sempre preciso estar preparado para construções que procuram escamotear as obviedades e que usam de subterfúgios para evitar ou postergar a efetivação de direitos fundamentais que estão sendo agredidos pelas manifestações de poder. É o que acontece com o direito à comunicação.

Para o gozo da liberdade de expressão é preciso construir um cenário de trânsito efetivo da informação, devendo o Estado atuar para remover os desequilíbrios do campo da comunicação, garantindo, assim, maior igualdade. É preciso efetivar o direito à comunicação.

3.3 O direito à comunicação à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988

Refletir o direito à comunicação, nos termos propostos, é enfrentar a realidade pós-moderna que está imbricada ao neoliberalismo. Como diz Duarte (2013, p. 86) há uma indissolúvel relação entre as formas do pensamento pós-moderno e o capitalismo atual, defendido pelo pensamento neoliberal. Saviani (1991 apud Duarte, p. 87) visualiza uma relação entre o pós-modernismo e o neoliberalismo, nos seguintes termos:

Se a cultura foi impulsionada e teve um grande avanço nas origens da época moderna, no início da sociedade moderna, da sociedade capitalista, isto devia-se ao fato de ter a burguesia se constituído como uma classe revolucionária e, nesse sentido, portadora de uma nova fase da humanidade que envolvia também um avanço cultural. Mas à medida que vai se consolidando no poder ela se esteriliza do ponto de vista cultural. Surge um período em que a cultura se padroniza, perde sua criatividade, perde também seu vigor, a sua sistematicidade e se torna fragmentada. É uma das características da chamada pós-modernidade esta fragmentação, esta superficialidade.

Portanto, o direito à comunicação lida com a resistência desse influxo, estando imerso em um cenário em que há o enfraquecimento da cultura como emancipação humana, em que há a total descrença na objetividade, na ideologia e em que há a dispersão da luta pela igualdade. Não se pode olvidar que o direito à comunicação é gestado com características mais abrangentes, coletiva da sociedade e imbuído por maior igualdade.

O anseio pelo direito à comunicação é condizente com a constatação de que a mídia de massa opera suas atividades aferradas aos interesses econômicos. Os meios de comunicação organizados de forma concentrada e sem participação do cidadão deixa de

realizar sua tarefa de fiscalizar e de levar as demandas ao poder público, além de reproduzir seus interesses privados.

Os controladores dos meios de comunicação, por serem atores de elevado poder, interessados e que participam ativamente do debate público, filtram e definem o conteúdo de acordo com suas conveniências, utilizando para isso a estrutura da imprensa. A cobertura ampla, diversa e objetiva não subsiste perante os filtros dos controladores, diz Araújo (2011, p. 80).

É dentro desse contexto que se prevê um direito que garante o trânsito de uma pluralidade de ideias e concepções de uma sociedade, um direito, portanto, dependente da atuação estatal.

Nesse sentido, Araújo (2011, p. 81) demarca a liberdade de expressão ou o direito à comunicação como direito com conteúdo positivo que demanda a atuação do Estado para sua concretização, além de sua identificação como uma garantia objetiva da Constituição, ou seja, reconhecido na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que, apesar dos direitos subjetivos dos cidadãos, o Estado se encontra obrigado a propiciar condições razoavelmente equilibradas para que os indivíduos e grupos desenvolvam a capacidade de expressão.

O processo histórico revela a alteração dos meios de comunicação e exige o consequente reconhecimento de novas interpretações no campo da comunicação. Araújo (2011, p. 284) é cirúrgico ao proclamar a alteração do conteúdo concreto do direito à liberdade de expressão. Garantir a expressão impõe reunir as tutelas do direito à liberdade de expressão, o direito à informação e do direito à comunicação, assim, em síntese lapidar, diz:

Nesse sentido, o direito à liberdade de expressão, em todas suas dimensões, que se condicionam e se sustentam mutuamente, compreende: (i) o direito à manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição do Estado ou de particulares. Trata-se aqui de um direito subjetivo (direito individual), com caráter negativo, isto é, de liberdade perante o Estado; (ii) o direito à informação, um direito individual e difuso, com caráter positivo, que exige contraprestações positivas do Estado (transparência) e dos meios de comunicação (cobertura ampla, correta e diversificada dos fatos e informações relevantes e das opiniões representativas da diversidade de ideias e de grupos que compõem a sociedade); (iii) o direito à comunicação, que consiste na garantia da existência de condições equilibradas para que os cidadãos e a diversidade de grupos sociais possam se comunicar. Trata-se aqui de um direito difuso, que possui caráter positivo, pois sua concretização depende da atuação do Estado. Possui dimensão objetiva, na medida em que passa a ser reconhecido como uma garantia objetiva da Constituição, isto é, independentemente dos direitos subjetivos dos cidadãos, o Estado é obrigado

a garantir, de forma objetiva, a existência das condições razoavelmente equilibradas para que os indivíduos e grupos sociais possam se expressar.

Araújo (2011, p. 90, 92 e 285) explica que direito à comunicação é um *nomen juris* mais apropriado, mas afirma não se tratar de um novo direito. É a liberdade de expressão com conteúdo positivo e dimensão objetiva, ou seja, atualizada e expandida em seu conteúdo concreto a partir do reconhecimento das novas tarefas que a ela incumbe para atender seu objetivo no texto constitucional. Portanto, não há a necessidade de alterações constitucionais e novas declarações para que esse direito seja reconhecido e concretizado. O caráter vinculante e as novas posições reconhecidas pelo direito à comunicação advêm e se incorpora ao direito à liberdade de expressão.

Aliás, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, retrata Araújo (2011, 93-95, passim), caminha no sentido da desnecessidade de modificação das cartas constitucionais e de tratados para que haja o reconhecimento e a concretização do caráter positivo e da dimensão objetiva do direito à liberdade de expressão ou direito à comunicação. O Tribunal proferiu decisões admitindo o caráter positivo e a dimensão objetiva da liberdade de expressão, condizente com os parâmetros do direito à comunicação, como, por exemplo, a organização da radiodifusão deve viabilizar que “Os produtores de programas de radiodifusão devem estar, portanto, de tal sorte organizados que assegurem a todas as forças sociais que venham ao caso uma possível tomada de influência em seus órgãos [...]” (BVERFGGE 12, 205, DE 28.02.1961. SCHWABE; MARTINS, 2005 apud ARAÚJO, 2011, p. 94). Outra manifestação importante é a “[...] livre formação de opinião completa-se em um processo de comunicação. Por um lado, pressupõe a liberdade de expressar e divulgar opiniões; por outro lado, a liberdade de tomar conhecimento de opiniões expressadas, de se informar” (BVERFGGE 57, 295, de 16.06.1981. SCHWABE; MARTINS, 2005 apud ARAÚJO, 2011, p. 94). E, por fim, a liberdade da radiodifusão deve ser exercida em face do Estado para formação de uma opinião livre e ampla, mas “[...] esta tarefa não tem como ser cumprida somente mediante uma conformação negatória [...] Muito mais necessária é uma ordem positiva que garanta que a diversidade das opiniões existentes seja expressa na radiodifusão [...]” (BVERFGGE 57, 295, de 16.06.1981. SCHWABE; MARTINS, 2005 apud ARAÚJO, 2011, p. 95).

Assim, não há um novo direito, mas uma leitura constitucionalmente adequada sobre a liberdade de expressão, leitura condizente com o Estado Democrático de Direito e com as superações realizadas na teoria dos direitos fundamentais. Adotar a expressão direito à comunicação revela a preocupação em espancar os óbices que circundam a compreensão

limitada da liberdade de expressão. Expressa a estratégia utilizada para que não paire dúvidas sobre o objeto que se está a tratar.

A nossa Constituição de 1988, influenciada pelos ditames do constitucionalismo contemporâneo e fundante do Estado Democrático de Direito, não vacila na previsão do direito à comunicação. Fruto do avanço das lutas democráticas reconhece as inconveniências do campo comunicacional, trazendo previsões que enfrentam tais distorções e representam horizontes de transformação.

Em verdade, as previsões constitucionais reconhecem e asseguram a liberdade de expressão nas dimensões negativa e subjetiva, além da dimensão positiva e objetiva. Assim, veda à censura à expressão individual, prevê o impedimento de lei que cause embaraço à liberdade informação jornalística e proíbe a exigência de licença para publicação de veículo impresso, conforme se infere dos artigos do artigo 5º, IX e 220, *caput*, e parágrafos 1º, 2º e 6º. Mas, também, manifesta preocupação com a promoção de condições equilibradas na comunicação ao prever o artigo 5º, V, XIV e XXXIII, o artigo 220, §5º, 221, 223, 21, XII, “a”, 224, 215, ressalta Araújo (2011, p. 97).

Há, portanto, o reconhecimento do direito à comunicação no Brasil pela Constituição, especificamente, nos artigos 5º, V, 21, XII, “a”, 215, 220, § 3º e § 5º, 221, 223 e 224, plexo de regras e princípios voltados ao maior equilíbrio na comunicação, guiado pelos princípios do pluralismo político, da cidadania e da soberania popular instaurados no artigo 1º, da Constituição. Sem olvidar que a liberdade de expressão de caráter subjetivo e negativo encontra assento no artigo 5º, IX, e 220, *caput*, e §§ 1º, 2º e 6º e o direito à informação no artigo 5º, XIV e XXXIII, a partir de Araújo (2011, p. 285).

Aliás, como percorrido por este trabalho, a Constituição brasileira dá guarida ao reconhecimento da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais ao adotar a cláusula de abertura material no artigo 5º, § 2º. Assim, não obstante a previsão do direito à comunicação é, também, admitida a interpretação no sentido de seu reconhecimento, por se tratar de um direito indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Seu conteúdo expressa a sua essencialidade para a sobrevivência e convivência digna do homem em sociedade. Explicita, portanto, a dignidade da pessoa humana. Há a necessidade de rememorar, inclusive, a postura desse trabalho em firmar posição pela unidade de tratamento jurídico dispensado aos direitos fundamentais, forjada com a clareza de sua contribuição, em especial, com os direitos sociais e os transindividuais.

Ademais, compreender o conceito de um direito fundamental demanda olhar para a Constituição, mas sem esquecer a realidade social que o circunda. Essa leitura se dá no

contexto do que abordamos, em linhas pretéritas, a partir de Hesse (1991, p. 15), que é tempo de incidência e vinculação constitucional em condicionamento recíproco com a realidade histórica. Há sempre um movimento de coordenação que não impede, inclusive, como assentado nesse trabalho, a imposição constitucional. Tal reflexão é importante para não perceber a Constituição alienada de seu tempo e de suas exigências, pois deve estar atenta à realidade e subsidiada por uma teoria que permita retirar dos textos todas suas potencialidades, possibilitando avançar nos desejos sociais, especialmente, consignados nos direitos fundamentais.

A partir desses pressupostos teóricos é possível entender as contribuições de Hesse na análise específica sobre direitos fundamentais, conforme trazido por Araújo (2011, p. 91), no sentido de que a mudança da realidade social deve ser considerada para a atualização do significado e o conteúdo concreto de um direito fundamental.

Empós, prossegue Araújo (2011, p. 91) no sentido de que um direito inicialmente concebido como de significação negativa, de direito de defesa, pode receber um significado positivo, de direito de participação. Hesse (2009 apud Araújo, 2011, p. 91) assevera que isso ocorre com a liberdade de expressão: “ao sentido negativo ou de defesa se acrescenta uma significação positiva não menos importante: trata-se, também, de que a pessoa faça uso dessa liberdade”. Complementa o autor, a verdadeira participação na organização da sociedade e na vida política depende dessa releitura no direito à liberdade de expressão. Depende, portanto, do direito à liberdade de expressão compreendido pela constância de debates, o que leva à conclusão de que: “em tal sentido, esse direito fundamental pode adotar o caráter de direito de acesso ou participação”.

Portanto, o Estado deve propiciar condições para realização dos direitos fundamentais, nas palavras de Hesse (2009 apud Araújo, 2011, p. 91) deve exercer a “obrigação positiva de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais” e, no caso, diz o autor, para concretizar a liberdade de expressão há que se ter atuação estatal para garantia de acesso, para o fornecimento de informações livres, íntegras e verdadeiras e a criação de novas emissoras, entre outras medidas.

A concretização de uma liberdade, em tempos de novas exigências sociais e de viragem do modelo de Estado, pressupõe a sua real possibilidade de gozo. Para isso é necessário conceber os direitos fundamentais como liberdades e como direito de crédito.

A construção e a compreensão de um direito fundamental, além de todas as considerações, não podem estar desapegadas dos princípios que informam a matéria e dos princípios fundamentais que sustentam o próprio Estado brasileiro. É preciso rememorar que

“não se pode interpretar o Direito – e, pois, menos ainda, a Constituição – em tiras. Assim, como jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo”, conforme Grau (2014, p. 270). Assim, a obrigação do Estado garantir condições equilibradas para o exercício da comunicação encontra amparo, em especial, no princípio fundamental do pluralismo político e da democracia.

É preciso não desconsiderar que a atuação do Estado advém dos pressupostos do Estado liberal, entendido como uma entidade que garante as liberdades individuais sem a interferência no seu exercício, mas, como delineado, restou superado pela necessidade de enfrentamento dos desequilíbrios sociais. O Estado passa a intervir nos setores econômicos e sociais da sociedade, alargando as pautas estatais para atender demandas outrora esquecidas, como é o caso da comunicação.

Acreditar que a liberdade de expressão está resguardada pela compreensão da proibição de ações estatais encerra uma “visão romântica” dos direitos de comunicação, desacoplada das profundas alterações sociais que permeiam os últimos dois séculos. Os grupos controladores dos veículos de comunicação podem restringir essa liberdade da mesma forma ou mais do que o próprio Estado, com base em recusas na veiculação de determinadas notícias e ideias. Tal risco não é eliminado quando há a existência de diversos meios, mas com linhas editoriais coincidentes. Assim, alterar a concepção sobre a liberdade de expressão se harmoniza com o conjunto de transformações que caracteriza a passagem do Estado liberal para o social, nos termos de Rezende (2014, p. 54).

Diz Rodrigues (2010, p. 96-98, *passim*) que fruto da ressignificação do conceito, operada a partir da sua captura pelos controladores dos meios de comunicação, a liberdade de expressão é entendida, hegemonicamente, como total ausência de interferência na atividade. Prevalece a estratégia discursiva, ao mesmo tempo política e jurídica, dos proprietários dos meios de comunicação, mantendo a regulação do setor atrelada aos interesses privados. Para evitar qualquer regulação estatal e interditar o debate procuram associar as iniciativas estatais aos fantasmas autoritários, trazendo a liberdade de expressão sob o aspecto de um direito individual em face do Estado. O direito à comunicação é que se apresenta como superação à limitação imposta para a liberdade de expressão e para o direito à informação, tendo em vista que não nutrem mais às aspirações de dignidade humana.

Os ensinamentos teóricos de Amorim (1986 apud Rodrigues 2010, p. 106) contribuem para a compreensão do direito à comunicação:

Estas circunstâncias fazem com que se passe a ver a comunicação na perspectiva de um direito e não apenas de liberdade, e na perspectiva de outros direitos fundamentais do cidadão, como o direito à educação, à saúde, à habitação e ao trabalho. A mudança está que a palavra direito implica em obrigações de a sociedade, através do Estado, oferecer as condições para que este direito seja atendido. O conceito de liberdade de expressão não tem como pressuposto essa obrigação, na medida em que permite ao Estado se situar numa posição passiva, deixando a tarefa de realizar a comunicação democrática entregue ao livre jogo das forças sociais.

Viabiliza, portanto, o entendimento do direito à comunicação em harmonização com a concepção de um Estado, segundo Mello (1982, p. 65), preocupado com o resultado do bem estar e que “não deixa, como dantes, que tal resultado desponte – se despontar – como simples fruto do livre jogo das forças privadas atuantes na sociedade”.

Ademais, é preciso repisar, a partir da teoria dos direitos fundamentais, que normas de direitos fundamentais podem encetar a assunção simultânea das funções de defesa e de prestação. Os direitos de defesa podem assumir uma dimensão prestacional. Não há que se estranhar, portanto, a possibilidade das diferentes funções dos direitos fundamentais se encontrarem reunidas na mesma norma que os consagra, aliás, o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos de defesa denunciam a imbricação ao processo histórico de suas consagrações. É da esfera do inexorável a necessidade de revisitação dos direitos fundamentais à luz da alteração da concepção do Estado e dos influxos do avanço do movimento do Constitucionalismo.

No cenário internacional a perspectiva de direito positivo foi adotada, segundo Rezende (2014, p. 59-60) por constituições e tribunais, trazendo o autor a interpretação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em relação ao artigo 5º, I, da Lei fundamental de Bonn, que prevê “todos têm direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar sem impedimentos, em fontes de acesso geral”. O produto desse texto, que inicialmente apresentariam apenas direitos de defesa, garantem, conforme entendimento do Tribunal:

(i) direitos de proteção da liberdade de expressão pelo Estado, em face do uso, por particulares, de meios de pressão econômicos para silenciar alguém. (*Blinkfuer*, *BVerfGE* 25, 256); (ii) direitos do público de obter informações abrangentes e verdadeiras (3. *Rundfunkentscheidung*, *BVerfGE* 57, 295); (iii) direitos à prestação, com alcance em todo o território nacional, de serviços básicos de radiodifusão por emissoras estatais, considerados essenciais para o regime democrático e a vida cultural do povo (4. *Rundfunkentscheidung*, *BVerfGE* 73, 118; 5. *Rundfunkentscheidung*, *BVerfGE* 74, 297; 6. *Rundfunkentscheidung*, *BVerfGE* 83, 238); (iv) direitos à edição de normas de organização e procedimento que assegurem

aos diversos grupos políticos, ideológicos e sociais a participação nos órgãos de controle dos meios de radiodifusão públicos ou privados, bem como vinculem as emissoras aos princípios do equilíbrio, da objetividade e do respeito mútuo na determinação do conteúdo da programação (3. *Rundfunkentscheidung, BVerfGE 57, 295*; 4. *Rundfunkentscheidung, BVerfGE 73, 118*); (v) direitos à adoção de medidas estatais com o objetivo de conter “a influência fortemente desproporcional de alguns produtores ou canais sobre a formação da opinião pública” (4. *Rundfunkentscheidung, BVerfGE 73, 118*). (REZENDE, 2014, p. 60).

A corte italiana, conforme Rezende (2014, p. 61-63, passim), em face inércia do poder legislativo, segue na mesma direção. A partir de poucos e abertos dispositivos construiu regras sobre a comunicação social, com a ideia da existência de direitos de natureza prestacional, como o direito à informação caracterizado pela pluralidade de fontes, envolvendo a vinculação do poder legislativo ao dever de impedir a constituição de posições dominantes e a possibilidade de acesso a diversidade de vozes no sistema, previsão da sentença n. 112 de 1993, conforme Rezende (2014, p. 63-64).

A Constituição portuguesa de 1976 assegurou direitos positivos no âmbito da comunicação, podendo citar para exemplificar o direito de resposta, o reconhecimento do conteúdo da liberdade de imprensa não relacionado somente às faculdades consagradas pelo liberalismo, mas ao resguardo da independência dos jornalistas, o direito deles intervir no posicionamento editorial dos meios de comunicação, além de imputar ao Estado o dever de garantir a liberdade e independência dos meios de comunicação frente os poderes políticos e econômicos, retrata Rezende (2014, p. 64).

A Constituição brasileira de 1988 não foi omissa ao prever o acesso gratuito ao rádio e à televisão, o direito de resposta, a vedação dos monopólios e oligopólios no setor, a observância de princípios para a programação das emissoras, além de conceber a complementariedade dos sistemas público, privado e estatal, relata Rezende (2014, p. 68).

É preciso reavivar que o Estado Democrático de Direito, previsto no Brasil, carrega o propósito de concretizar na vida social os desejos de maior igualdade, harmonizando os ideais democráticos com as garantias legais. Trata-se de um Estado que exige a participação pública para a construção do projeto social, em verdade, para cumprir o seu desígnio de transformação da realidade. O campo da comunicação está embebido por essa finalidade, devendo o direito à comunicação ser compreendido dentro dos pressupostos desse Estado, e que, por certo, não admite a permanência da liberdade de expressão em termos restritivos.

A Constituição brasileira de 1988 afirma o conteúdo desse Estado ao prever suas finalidades sociais e econômicas em seus princípios fundamentais, compreendidos como

verdadeiros regentes intangíveis da atuação estatal. É preciso não rejeitar o papel dos princípios fundamentais e adotar a postura condizente com suas manifestações, na medida em que representam política e juridicamente a sociedade.

Nesse sentido, deve o Estado atuar para superar as desigualdades que permeiam o setor, desempenhar seu papel desenvolvimentista em direção ao cumprimento da sua função social. É vital a interferência para assegurar melhores condições para o exercício da comunicação. Portanto, no Brasil, como demonstrado no primeiro capítulo, a exigência é pelo desenvolvimento do seu papel interventor para corrigir as distorções sociais e não para manutenção da indistinção entre o patrimônio público e privado que sempre privilegiou as elites, no caso específico, os controladores dos grandes meios de comunicação.

Reflete o ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130:

[...] penso que nem sempre o Estado exerce uma influencia negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns.[...] É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso. (STF – ADPF 130/DF, Voto Ministro Joaquim Barbosa, p. 109-111, DJE 06/11/2009).

A tutela não pode estar circunscrita à censura do Estado, mas à censura exercida, também, pelos meios de comunicação.

Aliás, o reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais contribui para compreensão desses direitos não somente como posições jurídicas subjetivas, mas também como valores objetivos básicos de um Estado Democrático de Direito. Representam, assim, parâmetros de atuação do próprio Estado e dos particulares. O Estado deve desenvolver suas atividades de forma condizente com a concretização desses direitos, deve construir situações aptas ao cumprimento de suas expectativas, além da incidência desses direitos na própria esfera privada.

No Brasil, o ministro Gilmar Mendes, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, aponta a dimensão subjetiva e objetiva que circunda a liberdade de expressão, ou seja, a face individual e comunitária, dizendo:

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, por outro, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades. [...] O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna verdadeira *garantia institucional* (STF – ADPF 130/DF, Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 217 e 223, DJE 06/11/2009).

O reconhecimento da dimensão objetiva da liberdade de expressão pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão é delineado nos seguintes termos:

[...] o Art. 5º GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo. Ele garante o instituto da “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras consequências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião (BVERFGE 20, 162. Spiegel-Urteil. 05.08.1966. SCHWABE; MARTINS, 2005 apud Araújo, 2011, p. 82).

Ele [o artigo 5 I GG] fundamenta, até aqui, direitos subjetivos e, nesse contexto, regulamenta a liberdade de expressão como princípio objetivo da ordem jurídica geral, sendo que os elementos de direito subjetivo e objetivo se condicionam e sustentam mutuamente. (BVERFGE 57, 295, de 16.06.1981. SCHWABE; MARTINS, 2005 apud Araújo, 2011, p. 94).

Com relação à liberdade de expressão, independentemente dos direitos subjetivos da pessoa, o Estado deve assegurar, a partir do reconhecimento da sua dimensão objetiva, condições razoavelmente equilibradas no campo da comunicação, afirma Araújo (2011, p. 81).

No âmbito da comunicação social os direitos a prestações são justificados tanto sob o espectro subjetivo, de concretização de direitos fundamentais, quanto sob o espectro objetivo, de realização dos valores constitucionais. O aprisionamento do conceito da liberdade de expressão pelos controladores dos meios de comunicação induz ao total afastamento da possibilidade do Estado estabelecer condições para o exercício da atividade, o que deve ser rechaçado, pois do outro lado existem direitos fundamentais a serem preservados, nos termos

de Rezende (2014, p. 124). O entendimento da liberdade de expressão “deve ser construído, a partir de seu caráter bifronte (i.e. enquanto direito subjetivo individual e garantia da existência de um pluralismo sem o qual não seria possível a estruturação de um Estado democrático)”, conforme Faraco (2002 apud Rezende, 2014, p. 124).

Fundamenta, portanto, um direito subjetivo do particular, mas, também, investe o particular na coletividade, ao se constituir em um elemento objetivo fundamental da ordem jurídica democrática, portanto, apto a delimitar e proteger a própria pessoa de acordo com o conteúdo fundamental nela reconhecida. Há que se lembrar, com Bonavides (2004, p. 587), que a dimensão jurídico-objetiva representa uma incontestável variação qualitativa na interpretação dos direitos fundamentais, na medida em que há o rompimento e a mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado para uma relação, mais ampla, pluridimensional e plurifuncional, por meio do qual se reconciliam cidadão, Sociedade e Estado.

O direito à comunicação como dimensão objetiva da liberdade de expressão representa um elemento objetivo fundamental que condensa um valor básico da sociedade brasileira e imprime ao Estado o dever de atuar no seu atendimento em busca do aprimoramento democrático do país, a partir do enfrentamento da sobreposição dos interesses econômicos, da desconstituição dos monopólios e oligopólios e da fiscalização do cumprimento dos desígnios constitucionais e legais por parte dos meios de comunicação privados e do Estado.

Nessa senda, merece o direito à comunicação sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais uma análise sobre sua aplicabilidade. De partida e amparado nas construções empreendidas é lançada a defesa pela sua aplicabilidade imediata.

O Estado brasileiro para assegurar o direito à comunicação precisa atuar de forma permanente em benefício do cidadão e da sociedade, sendo obrigado a garantir-lhes condições razoáveis para o exercício da comunicação, fornecendo meios indispensáveis para o exercício da expressão e enfrentando as anomalias impeditivas de seu gozo, como providência reflexa típica da Constituição de 1988 e do modelo de Estado Democrático de Direito por ela encetado.

O alinhavar desse trabalho considera que, além dos aspectos políticos, econômicos e sociais, as incompreensões e resistências teóricas levam a não efetivação deste direito. Nesse momento é hora de continuar a importar ideias já delineadas no contexto de superação das amarras teóricas da teoria dos direitos fundamentais, especificamente, a eficácia e aplicabilidade imediata do direito à comunicação.

A naturalização do poder dos grandes meios de comunicação não pode contaminar e paralisar os poderes públicos responsáveis por materializar o texto constitucional. Urge afirmarmos a Constituição frente aos interesses privados nacionais e internacionais que determinam a prática da comunicação e inviabilizam a construção de um espaço público, verdadeiramente amplo e plural.

No Brasil o processo de concentração dos meios de comunicação e de indisfarçável aquisição de poder não é desconsiderado pela Constituição de 1988. O contexto histórico autoritário anterior a sua promulgação obstaculizou a formação de um sistema de comunicação adequado e contemplador dos ideais democráticos, ensejando a preocupação constituinte, nitidamente manifestada em seu texto.

O direito à comunicação expressa essa preocupação, tendo a Constituição estabelecido determinações e diretrizes para sua implementação. Há como assentado um conjunto de regras e princípios constitucionais que exigem cumprimento. Nesse sentido é que se propõe um sobrevoos sobre as disposições constitucionais.

A realidade que permeia a radiodifusão, marcada pelo alto poder de influência, pela desigualdade do poder de comunicar e pelo descomprometimento com os interesses do público confirmam a relevância dessa atividade, indispensável para a realização da coesão social, e a necessidade de regulamentação para contemplar o interesse público. Dentro de tais circunstâncias, a decisão política da sociedade é de seu reconhecimento como um serviço público, nos termos trazidos por Araújo (2011, p. 112).

Para Grau (2014, p. 134-135) a atividade desenvolvida pelas empresas de radiodifusão, na vigência da Constituição de 1988, é atividade de serviço público. A comunicação social representa uma atividade que promove a universalização da identidade sociocultural brasileira, portanto é um instrumento de concreção da soberania nacional. Assim, indispensável para o desenvolvimento da sociedade.

Dessa decisão, o aceno constitucional, previsto no artigo 21, XII, “a” e 223, é que a prestação do serviço da radiodifusão está dissociada das ideias de prestação de um serviço privado, não podendo, portanto, ser prestada sob a lógica da livre iniciativa, da livre busca por maiores resultados. As exigências constitucionais limitam a autonomia privada, conforme ensinamentos de Araújo (2011, p. 112).

A própria defesa da obrigação dos meios de comunicação prestar adequadamente a informação encontra suporte na caracterização da radiodifusão como um serviço público, impondo obrigações perante o usuário dos serviços. Em compasso com as determinações dos princípios a serem respeitados pela programação é possível inferir o direito a receber

informações verdadeiras. A veracidade se encontra implícita no direito a ser informado, lembrando que a informação falsa e que leva ao erro interfere nos julgamentos coletivos e nos individuais, assim, deve a veracidade servir como parâmetro considerando a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos relacionados à comunicação, observa Rezende (2014, p. 205-207, *passim*).

Não se está, por óbvio, impondo uma vedação à divulgação de informações que, posteriormente, venham a ser comprovadas inverídicas. O que se está a defender é o sentido talhado pelo Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença n. 6/1988, ao se debruçar sobre o exposto texto constitucional garantidor do direito de receber informação veraz, ou seja, o de impor ao informador o dever de diligência, exigindo que o que for veiculado tenha sido objeto de prévia comparação com dados objetivos, o que, portanto, retira da guarida constitucional o informador que atue negligentemente e com desprezo à veracidade do que está sendo informado, violando o direito de todos à informação, conforme apresenta Rezende (2014, p. 208). “Não resta a menor dúvida em relação à relevância da liberdade de imprensa, que, na verdade, não é da imprensa, é do povo. O direito de expressão não é do dono do jornal, nem do acionista, mas do povo, pertence a ele, que merece ser informado adequadamente”, afirma Grau no RE 447.584, citado por Rezende (2014, p. 208).

Os meios de comunicação desenvolvem uma atividade de serviço público, expondo Rezende (2014, p. 207 e 209) que a jurisprudência do Tribunal Alemão reforça a ideia de que a liberdade de imprensa é uma “liberdade que serve”, tendo declarado expressamente a uma “função pública” da imprensa no caso BVerfGE 20, 162. A exigência da veracidade, além de prevista expressamente em Constituições, encontra reconhecimento nas Cortes Constitucionais, como é o caso da alemã, que obriga a cobertura verdadeira por parte da imprensa. No Brasil, há o direito de obter informações dos meios de comunicação, além de estar garantido o direito à informação verdadeira, assevera Rezende (2014, p. 212-213) a partir da Constituição e de sua interpretação.

Os poderes públicos a partir dessas determinações devem fiscalizar o efetivo cumprimento, cabendo, inclusive ao Judiciário, afastar qualquer omissão tanto dos outros poderes como dos meios privados.

No empreendimento de investigação constitucional é relevante considerar o artigo 220, §5º, como contributo ao perfazimento do direito à comunicação.

A história da radiodifusão brasileira é marcada pela timidez dos limites impostos à concentração da propriedade no mercado. Entretanto, a Constituição de 1988, buscando equilibrar os interesses na radiodifusão, proíbe que os meios de comunicação social sejam

objeto de monopólio e oligopólio. O direito à liberdade de expressão e o direito à cultura são protegidos, na medida em que se impede a concentração do poder de comunicação e a iniciativa cultural circunscrita a poucos, conforme Araújo (2011, p. 113).

Para compreender o poder de mercado das emissoras de televisão deve ser verificada a parcela de recursos publicitários que são controlados. No sistema de comunicação vigente as receitas publicitárias representam a principal fonte de renda e, assim, o principal critério utilizado, além dos índices de audiência, a cobertura geográfica do sinal e o número de outorgas próprias e de afiliadas para definir o poder de mercado, apresenta Araújo (2011, p. 116), citando, ainda, a aceitabilidade desses critérios por parte do Instituto de Direito de Mídia Europeu e a Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça.

Assim, a partir do levantamento de dados, subsidiados por Donos da Mídia, Mídia Dados 2009, Observatório da Imprensa e Empresa Brasil de Comunicação, sobre a televisão aberta no Brasil, Araújo (2011, p. 118-119) relata que:

As cinco principais redes de televisão controlam 99,1% das verbas publicitárias, são responsáveis por 82,5% da audiência nacional e controlam, direta ou indiretamente, 65% das emissoras (284 emissoras). Por outro lado, as outras 147 emissoras de televisão, que correspondem a 35% do total de emissoras, dividem a porcentagem de 0,9% restantes da receita publicitária, apesar de serem responsáveis por 17,5% da audiência. [...]

Não obstante a latência da concentração da propriedade e controle das comunicações, o levantamento citado reafirma a percepção nacional. Há uma clara concentração no setor de comunicações e um conseqüente desrespeito ao texto constitucional.

No Brasil a televisão é o melhor exemplo de concentração horizontal, ou seja, de oligopolização ou monopolização produzida dentro de uma mesma área do setor, afirma Lima (2001, p. 98). Manifestam no país, ainda, os problemas de concentração vertical, verificado quando um grupo controla os vários aspectos da cadeia de produção e distribuição e da propriedade cruzada, quando o mesmo grupo detém diversos tipos de mídia do setor de comunicações, complementa Lima (2001, p. 101). Como destaca Araújo (2011, p. 121), as redes de televisão são centrais nesses processos.

Percebe-se que as normas infraconstitucionais, Decreto-Lei 236/67 e Decreto 52.795/63, que limitam o número de outorgas não são atendidas. As empresas de radiodifusão contornam os limites pelo sistema de afiliação contratual e não cumprem a restrição para formação de cadeias ou associações, assevera Araújo (2011, p. 122-123). A propriedade

cruzada e a formação de redes consolidam a concentração no campo da comunicação, como se verifica na radiodifusão, entendem Lima e Araújo (2015, p. 8).

Não podemos nos afastar da compreensão que o espaço público é construído por meio dos meios de comunicação, sendo nele exercido a liberdade de expressão individual e formada a opinião pública. Em ambiência democrática, não se admite o controle desse espaço por monopólio ou oligopólio, pois, inexoravelmente, deve contemplar a pluralidade de concepções existentes na sociedade. Nessa senda, os meios de comunicação não são apenas atividade econômica, são instituições essenciais às democracias, refletem Lima e Araújo (2015, p. 1).

Os meios de comunicação constituem instrumentos para o debate das questões da sociedade, sendo imprescindível para consecução de suas finalidades constitucionais a inexistência da obstrução da multiplicidade de vozes.

Para enfrentar a realidade nacional de alta concentração e desinterditar o debate a Constituição apresenta a opção constitucional pelo princípio da complementariedade previsto no seu artigo 223.

A exigência, portanto, é pelo fortalecimento do sistema público e estatal de radiodifusão frente ao domínio do poder pelo sistema privado. Há a necessidade de um movimento de contrabalanço, prevê Araújo (2011, p. 124).

Inserida na defesa do direito à comunicação a luta pela democratização dos meios de comunicação não comporta omissões. É estratégica a luta por mudanças no setor frente ao poder da mídia hegemônica que manipula informações e deforma comportamentos. O fortalecimento da radiodifusão pública faz parte dessa estratégia, pois, no Brasil, o modelo público nunca prosperou, conforme Borges (2009, p. 91-94, passim).

Não se trata de uma tarefa de fácil cumprimento por todas as razões expostas neste trabalho, entretanto verifica Araújo (2011, p. 124) que houve progressos na concretização do princípio da complementariedade a partir da criação, em 2007, do sistema público de radiodifusão. A Empresa Brasil de Comunicação (EBC) inicia as atividades da TV Brasil, perfazendo a rede pública de televisão. Para Borges (2009, p. 95) a EBC sinaliza uma mudança de cenário, pois constitui o início da construção de uma emissora sem fins lucrativos, com conselho curador e ouvidoria. Mas, claro esse movimento não se faz sem resistências dos controladores dos grandes veículos de comunicação e dos próprios governantes, havendo sempre um risco inerente a sua proposta democratizante. Permanecem os discursos com o propósito de confundir o sistema público com o sistema estatal.

Fruto da ascensão democrática, o artigo 223 da Constituição Federal possibilitou a Empresa Brasil de Comunicação (EBC), verdadeira conquista das forças progressistas na luta contra a realidade do setor de comunicações. Mas, urge caminharmos no sentido de seu fortalecimento e aperfeiçoamento, pois, seu desenvolvimento não se dá sem problemas inerentes às incompreensões do próprio poder público e às pressões do próprio mercado, sendo necessário a instalação de um conselho representativo com maior participação da sociedade civil, o respeito à diversidade no conselho, o incentivo à produção independente, a maior aplicação de verba do orçamento público e a transmissão em sinal aberto, relaciona Borges (2009, p. 95-96).

Propostas de inerente incômodo ao setor privado dominante necessitam sempre de reafirmação, pois permanecem em constante ameaça. É preciso vencer os entraves para a construção da comunicação voltada ao interesse público, sem o propósito de forjar consensos ligados às elites econômicas e sem baixar a densidade cultural. E, mais, fiscalizar o cumprimento dos ideais públicos, não se permitindo ingerência abusiva dos governantes.

Como diz Araújo (2011, p. 124-125) o caminho é longo e permeado pela aridez do baixo orçamento, cobertura geográfica e audiência, ainda mais quando comparado com outros países no mundo em que essas características não se confirmam e o sistema público goza de expressiva representatividade.

Outro pilar da complementariedade é o estímulo à radiodifusão comunitária, que compõe o sistema público, sendo um serviço desenvolvido por fundações e associações comunitárias sem finalidade lucrativa em que não se aceita o financiamento por meio de publicidade. No Brasil, as normas de regulamentação, influenciadas pela pressão do sistema privado, impuseram limites e diferenciações que não se conformam com o princípio da complementariedade, como, por exemplo, o limite da potência, da cobertura, prazo de outorga diferente do serviço comercial de rádio, entre outros, conforme apresentado por Araújo (2011, p. 126).

Há, ainda, uma nítida omissão e ineficiência do Poder Executivo nos processos de outorga das autorizações para o serviço comunitário, constata Araújo (2011, p. 127), dizendo o autor, para corroborar, que o Ministério Público Federal ao investigar a situação desses processos de outorga de autorização, de 2005 a 2007, com auxílio da sociedade civil, entendeu que o Ministério das Comunicações “obsta ilegalmente o andamento de milhares de pedidos de autorização de funcionamento de rádios comunitárias em todo o Brasil”, a partir de Suizama; Martins; Ariento; Vazzoler (2007 apud Araújo, 2011, p. 127).

Aliás, o Ministério Público Federal, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis incorpora na sua atuação a proteção do direito fundamental à comunicação. No caso da radiodifusão comunitária, embora não se desconheça a existência de ações repressivas, tem o Ministério Público Federal promovido audiências públicas e atuado judicialmente em defesa da perspectiva do direito à comunicação, como, por exemplo, no ajuizamento da ação civil pública nº 2007.61.00.010459-7, intentada em conjunto com outras entidades, em que consignaram:

Em matéria de comunicação social, é dever do Estado reconhecer e proteger a pluralidade de opiniões e fortalecer a radiodifusão pública, no caso em exame, a radiodifusão comunitária. O direito à comunicação, consubstanciado no suporte material das rádios comunitárias de baixa potência, consiste no convívio com diferentes perspectivas de mundo, na valorização da comunicação como serviço público, no incentivo à organização da ação coletiva, na importância da pluralidade de visões como fator fundamental para a construção de princípios que privilegiem a tolerância e alteridade. [...] Em matéria de radiodifusão, a realização do direito fundamental à comunicação depende, primordialmente, da organização do uso do espectro público de radiofrequência pelo Poder Concedente, no caso, a União. É dever da Ré organizar o espectro de forma a assegurar a complementariedade entre os sistemas público, comercial e estatal (art. 223 da CR), o cumprimento dos princípios constitucionais do art. 221 e o acesso dos usuários do serviço a múltiplas fontes de informação (inclusive comunitárias), garantindo, desse modo, a realização de um dos valores fundantes do regime democrático, qual seja, o pluralismo de ideias na *pólis* (art. 1º, V, da CR). (Ministério Público Federal - Inicial Ação Civil Pública nº 2007.61.00.010459-7, de 24.05.2007, p. 7 e 11).

Como acentua Araújo (2011, p. 133), o retrato do sistema público, da radiodifusão comunitária e do sistema estatal confirma a não concretização do artigo 223. Não obstante a existência de alguns avanços, a falta de complementariedade é verificada pelo domínio do sistema privado, o que denota a relação entre o artigo 223 e 220, pois a concretização da complementariedade e da vedação ao monopólio e oligopólio caminham juntas.

É tempo de se desenhar uma atuação mais vigorosa do Executivo, do Legislativo e, também, do Judiciário. A Constituição não pode permanecer não cumprida, especialmente por leituras inapropriadas.

Não é diferente o cenário que permeia o artigo 221, outra importante previsão constitucional para a composição do direito à comunicação, trazendo importantes diretrizes para a adequada formação do cidadão, para o exercício da cidadania, para preservação da soberania nacional e para a promoção da cultura nacional.

No Brasil prevalecem os programas de entretenimento em detrimento das programações educativas e informativas, tendo, também, o problema da publicidade que adquire considerável espaço na programação. A programação regional é deficitária e as manifestações culturais regionais não são devidamente exploradas. Em relação à programação independente não há espaço nas principais redes comerciais de televisão, em razão da concentração vertical, sem considerar o equívoco de compreensão por parte do sistema de radiodifusão que considera independentes programas religiosos e de televentas que compram espaço nas emissoras, configurando venda de espaço, portanto, publicidade, violando o limite de 25% do tempo total de transmissão, e não desenvolvimento de programação independente, conforme panorama trazido por Araújo (2011, p. 137). Inclusive, nesse particular, Lima (2001, p. 110-111) aponta a nova tendência da presença da igreja na radiodifusão, com expressivo crescimento, muitas vezes, pela compra de espaços.

O artigo 221 estabelece, ainda, a necessidade do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Mas, as violações persistem no campo da comunicação social. Varjão (2015, p. 8-9) identifica diversas violações de direitos na mídia brasileira, apontando o descumprimento à presunção de inocência, a incitação ao crime e à violência, a exposição indevida de pessoa, o discurso de ódio e preconceito de raça, cor, etnia, religião, entre outros, em frontal desrespeito às leis brasileiras e as legislações internacionais. Araújo (2011, p. 138) observa que casos de violação aos direitos da criança e adolescente, discriminação em razão de orientação sexual, preconceito contra idoso, ofensa à liberdade de crença, violência contra mulher, veiculação de matéria ofensiva à moral perpetrados nos meios de comunicação confirmam a prevalência do interesse comercial na programação, além da indevida representação de grupos sociais.

Na linha de compreensão do direito à comunicação como um exercício de diálogo e não de monólogo, o Conselho de Comunicação Social precisa exercer suas prerrogativas constitucionais, por se constituir em um importante instrumento de participação social. Trata-se de outra previsão constitucional que merece respeito.

Retrata Araújo (2011, p. 138), aliás, que nos embates da constituinte as atribuições do Conselho formuladas pelas sociedades não empresariais da sociedade civil contemplavam o poder de outorga, renovação e fiscalização de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão, além de competências para discutir e definir políticas públicas para o setor. Entretanto, esses anseios foram rejeitados, prevendo o artigo 224 o Conselho como um órgão consultivo e auxiliar do Congresso Nacional. Como diz Marx (2015, p. 117-118) a proposta do Conselho era além de estabelecer e fiscalizar políticas nacionais de comunicação era

exercer competência para a outorga, a renovação e revogação das autorizações e concessões para o uso de frequência, sendo um órgão autônomo, nacional e com seções estaduais, a partir de Lima.

Mesmo diante das dificuldades iniciais não se vislumbravam os longos anos de inação do Conselho, pois como informa Araújo (2011, p. 139) a Lei 8.389 de instituição e regulamentação, data de 1991, tendo determinado inclusive o prazo para eleição dos membros, 60 dias depois da publicação da lei, e instalação, 30 dias depois da eleição, mas somente em 2002 a lei e o artigo 224, da Constituição, são cumpridos, existindo, ainda, outros períodos em que ficou novamente sem funcionar.

O Conselho, que hoje está em funcionamento, mesmo sendo um órgão auxiliar, representa uma importante conquista para as discussões sobre a comunicação no Brasil, desde que seja assegurada independência para o desenvolvimento do trabalho, que se tenha a escolha de representantes legítimos de todos os setores e que os espaços reservados pela lei sejam devidamente compostos. Não é possível que se permita a não atuação do conselho e, mais, é vital possibilitar sua atuação de forma condizente com sua finalidade, ou seja, como um espaço de resolução das tensões e de construção de novos caminhos para a comunicação.

Para Farias (2004, p. 227) é significativo para a democratização dos meios de comunicação a instauração de um órgão administrativo autônomo para regular e fiscalizar o sistema de comunicação social, reforçando no sentido de que:

Basta evocar que a existência de uma instituição dessa natureza, com atribuição para outorgar concessões e permissões de serviço de radiodifusão (substituindo o atual mecanismo que tem favorecido a barganha política entre o Presidente da República e os parlamentares) e igualmente incumbida de fiscalizar o cumprimento dos princípios constitucionais atinentes à programação das emissoras de rádio e televisão, já possibilitaria um outro perfil para a comunicação social no Brasil.

Há que se discutir, por fim, no plexo de dispositivos constitucionais que fundamentam o direito à comunicação no Brasil, o artigo 5º, V, da Constituição. A exigência contemporânea é pela prática do direito de resposta, há muito já consagrado.

O direito de resposta é introduzido no país pela Lei 4.743, de 31.10.1923, conhecida como Lei Adolpho Gordo, como relata Costella (1976, p. 214-217, *passim*), explicando, ainda, que tratadistas de antanho entendiam como uma espécie de justiça privada ou uma legítima defesa, o que rechaça, considerando as proporções assumidas pelos meios de

comunicação. Entende, assim, como um instituto típico de um novo ramo do Direito, o Direito da Comunicação. Isso em obra de 1976.

O direito de resposta, para Costella (1976, p. 211), “é um corolário da livre manifestação do pensamento”. Emerge a partir da liberdade de imprensa, representando um dos contrapesos do sistema de “liberdade com responsabilidade” que busca a recomposição objetiva da verdade.

O direito à comunicação rompe com a unilateralidade que caracteriza a simples busca da informação e seu recebimento, pois no seu exercício, cada sujeito se comporta correspondendo a iniciativa ou pretensão do outro. Nesse sentido, o direito à comunicação pressupõe o reconhecimento do interesse geral da informação e implica a garantia para o interessado do domínio ou da disponibilidade do veículo de massa. O direito de resposta se insere nessa disponibilidade, conforme Ferreira (1997, p. 231).

Em razão da concentração dos meios de comunicação e do seu protagonismo assumido na mediação da realidade passa a ser relevante, ao cidadão ou, pelo menos, às organizações da sociedade civil, o direito de acesso a esses meios, possibilitando a utilização dos veículos existentes para transmitir opiniões ou comunicar notícias de transcendência pública. Não obstante o objetivo ser a liberdade de expressão e comunicação há quem se manifeste contrário aos direitos de acesso, impregnados pela proteção do direito de propriedade. Em verdade, os direitos de acesso são direitos positivos que demandam uma prestação e estão inseridos na compreensão de que a realização da liberdade de expressão não depende mais unicamente de uma abstenção do Estado, como pensavam os liberais, mas de uma ação do Estado para prover os indivíduos de meios para se comunicarem na sociedade de massas, diz Farias (2004, p. 230). Ao prever o uso de tempo por outrem não se verifica uma restrição da liberdade de expressão, mas da extensão da concessão, da dimensão do direito de uso de um bem público. Aliás, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a liberdade de expressão não inclui um direito ao uso de frequências com exclusividade, com o objetivo de promover diversificação nos meios (319 U.S. 190) e a Alemanha prevê uso de tempo da grade e da própria estrutura da concessionária, na situação de prevalência de poder de uma empresa para garantir o pluralismo na radiodifusão, consoante exposição de Rezende (2014, p. 226-227).

A justificativa para autonomia da decisão do que veicular não está na liberdade de expressão dos detentores dos meios, mas no direito de propriedade, que contemporaneamente deve cumprir função social. As finalidades sociais são atingidas com a oferta ampla e diversificada da informação para a população, propiciando condições não somente para o

desenvolvimento individual, mas para a autodeterminação popular, o que impõe o retrato pluralista da sociedade pelos meios de comunicação. Os fins previstos no artigo 221 da Constituição constituem parâmetros de atuação, conforme se extrai de Rezende (2014, p. 232).

O direito de resposta é um direito de acesso aos meios e apesar de previsto no capítulo dos direitos individuais e coletivos da Constituição, direitos que visam sobretudo a proteger o cidadão em face das arbitrariedades estatais, de *status negativus*, constitui um direito fundamental à prestação, de *status positivus*, na medida em que exige uma prestação de terceiro, pontua Farias (2004, p. 231).

A imposição ao veículo de comunicação do dever de divulgar uma mensagem apresentada denota a natureza prestacional do direito, configurando um direito de acesso aos meios de comunicação, mas que não está restrito a dimensão judicial, pois não se confunde com a tutela jurídica efetiva, manifestada em caso de violação, confirma Rezende (2014, p. 234-235).

Ainda, há que se destacar a não funcionalização do direito de resposta em direção de uma defesa específica dos direitos de personalidade, pois a opção constituinte é a caracterização de um agravo, podendo significar ofensa, injúria, mas, por vezes, prejuízo, dano. Há que se proceder a uma interpretação constitucional em consonância com a realização do princípio do pluralismo e do direito a ser informado, portanto não autorizadora da restrição do direito de resposta aos direitos de personalidade, na medida em que oxigena a esfera pública, empreende Rezende (2014, p. 236). O fundamento para não restrição do direito de resposta reside, é verdade, na dignidade da pessoa humana, mas na liberdade de expressão, que concede ao direito de resposta a natureza de limite a outro limite, pois a liberdade de imprensa é um limite a liberdade de expressão dos indivíduos, no direito de compor as realidades e contrarrealidades que formam por meio do discurso e do símbolo a vida social e na salvaguarda do fornecimento de informações plurais e verdadeiras à sociedade, conforme Machado (2002 apud Rezende 2014, p. 236-237). Rezende (2014, p. 237) cita, ainda, a compreensão de Binenbojm (2006, p. 12 e 14), na perspectiva desenvolvida nesse trabalho, no sentido de que a liberdade de expressão além da dimensão individual e defensiva ostenta a dimensão transindividual e protetiva, exteriorizando a preocupação constitucional no aumento da qualidade e da inclusão na esfera pública. Assim, o direito de resposta além possuir um conteúdo defensivo da honra das pessoas, cumpre a tarefa informativa e democrática de esclarecimento sobre as questões relevantes da sociedade. Além de recompor os ilícitos seu

exercício deve estar atrelado aos fatos de interesse público, como notícias lícitas, mas incorretas, portanto merecedoras de contraponto.

Insiste esse trabalho na necessidade da releitura dos direitos fundamentais ambientada em uma teoria dos direitos fundamentais em compasso com o Estado Democrático de Direito.

A percepção do direito de resposta transita, ainda, pelo seu elemento gerador, podendo ser afirmado que a provocação desse direito não está restrita a fatos, contemplando também as opiniões emitidas. Explica Rezende (2014, p. 244) que a aplicabilidade do direito de resposta no Brasil não se limita ao fato divulgado pelos meios de comunicação, abarcando também os juízos de valor.

O direito de resposta compõe, portanto, o movimento constitucional preocupado em equalizar as condições para o exercício da comunicação. E, para isso, sua compreensão precisa estar em consonância com o princípio do pluralismo político e com a concepção coletiva da sociedade.

Em razão de tudo que foi exposto e diante do caminhar pelo texto constitucional chega o trabalho no presente pórtico. E, voltando os olhos para trás, centrado na vereda percorrida, é possível afirmar que o direito fundamental à comunicação tem aplicabilidade imediata e precisa ser concretizado.

A compreensão adequada da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais revela importante subsídio para a concretização desse direito na hodierna conjuntura jurídica e constitucional, contribuindo para a transição de sua eficácia jurídica para a sua eficácia social.

As regras e princípios que compõe o direito à comunicação são, a partir da referenciada classificação de José Afonso da Silva, caracterizadas como normas constitucionais de eficácia limitada, geralmente, normas de índole programática, demandantes de integração legislativa.

Mas isso não afasta sua aplicabilidade imediata, como escrito em linhas passadas. A intelecção rumou para considerar que as normas constitucionais, mesmo carentes de legislação, são diretamente aplicáveis. Em verdade, mesmo diante do fato da norma exigir prestação positiva do Poder Executivo ou providências normativas do Legislativo não há subtração da sua eficácia jurídica, portanto, inclusive, às normas programáticas não se autoriza uma interpretação conservadora e desalinhada com o Constitucionalismo contemporâneo. Nas trincheiras das disputas doutrinárias devem prevalecer a juridicidade e imperar a vinculação das normas constitucionais a todos os poderes. As normas programáticas, especialmente, as consagradoras de direitos sociais e transindividuais devem

ser lidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes, pois como diz Barroso (1993, p. 100) “já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia”.

É preciso afastar da Constituição a imagem de aparência, tarefa que se revela árdua. A efetividade constitucional demanda a edificação de uma teoria jurídica e constitucional dotada de elementos capazes de proteger a Constituição da atuação prejudicial, mas, sobretudo da omissão indevida do poder público. Uma teoria compatibilizada com as transformações da realidade, que, no caso brasileiro, encontra o amparo de uma Constituição contemporânea a essa necessidade e às circunstâncias históricas, na medida em que exige a transformação da realidade a partir de um conteúdo centrado no resgate das promessas da modernidade, especialmente, perceptível nos direitos fundamentais e na ordem econômica e social.

Assim, assevera Cunha Júnior (2008, p. 267), perspectivado em uma dogmática jurídico-constitucional transformadora, progressista e emancipatória e em uma leitura constitucionalmente adequada do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, que se revela desnecessária.

Como desenhado, as resistências opostas à efetivação dos direitos fundamentais não merecem prosperar. O artigo 5º, §1º, da Constituição, constitui uma incensurável tonificação ao reconhecimento da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, sobretudo, dos direitos sociais e transindividuais. O que passa a significar que são imediatamente aplicáveis e vinculantes aos poderes públicos, portanto, os preceitos constitucionais que formam o direito à comunicação, que balanceiam as condições para o exercício da comunicação, são imediatamente realizáveis, sem a necessidade de interposição legislativa. O Estado tem o dever de prontamente aplicá-los, decidindo pela imposição do seu cumprimento.

Deixar o direito fundamental à comunicação à vontade do legislador representa uma inversão no plano jurídico-normativo e como alerta Cunha Júnior (2008, p. 282) incompatível com a viragem da concepção dos “direitos fundamentais dentro da reserva da lei para a doutrina da reserva da lei dentro dos direitos fundamentais”.

A não existência de lei integradora não autoriza a frustração da efetivação da Constituição, muito menos de um direito fundamental, como o direito à comunicação, intrinsecamente ligado ao aprimoramento democrático. É necessário vivenciar a Constituição

a partir da sua imposição a todos os seus destinatários, sobretudo da imposição de seu âmago compromissado com as promessas do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a leitura adequada do artigo 5º, §1º, autoriza os direitos fundamentais a não ficarem à mercê das leis ordinárias para serem exercitados. A falta de norma regulamentadora não impede a efetivação desses direitos.

Araújo (2011, p. 146) entende que a não regulamentação de um direito fundamental, ainda que por omissão, representa uma verdadeira restrição a esse direito. Assim, a não realização ou regulamentação das normas relativas à radiodifusão constitui uma restrição. E diante da não justificativa constitucional para essa restrição, sua não concretização violenta a Constituição.

O não cumprimento, para Araújo (2011, p. 146-147), das normas infraconstitucionais que regulamentam aspectos do inciso I, do artigo 221, ou seja, o mínimo de 5 horas semanais para programas educacionais e o máximo de 25% da programação do dia para publicidade, não encontra justificativa constitucional, sendo, na verdade, obrigações presentes no Código Brasileiro de Telecomunicações, no decreto 52.795/63, nos contratos de concessão, mas que não são consideradas. Assim como entende não existir justificativa para a omissão do Executivo, no tocante ao artigo 223, em especial, para a omissão nas outorgas de autorizações para as rádios comunitárias, para os limites impostos e para a repressão. Ainda, expõe o autor a falta de fundamento na Constituição para o desatendimento do artigo 224, amparado pela legislação 8389/91, mas por muito tempo descumprido. Além da completa omissão legislativa, sem justificativa constitucional, em relação aos artigos 220, §5º, 221 e 223, considerando as décadas de vigência da Constituição. Portanto, há um nítido descumprimento às determinações constitucionais.

Em face da realidade que circunda o direito fundamental à comunicação, das flagrantes omissões e desrespeitos deve o Poder Judiciário cumprir sua tarefa histórica, garantido pela certeza de que a imposição da realização dos direitos fundamentais se encontra inserida na compreensão de que a Constituição busca organizar o Estado sob os fundamentos jurídico e político do respeito e do desenvolvimento desses direitos.

Os direitos fundamentais constituem a base de legitimação e justificação do Estado, pois vinculam, como normas que são, a atuação estatal. Assim, enquanto categoria jurídico-constitucional formal e material justificadora e legitimadora dos poderes estatais determina a obrigação desses poderes a efetivar a Constituição, conforme Cunha Júnior (2008, p. 162). Há que se ter intransigência no Estado Democrático de Direito, com o cumprimento da

Constituição, especialmente, com os direitos fundamentais, referenciais vinculantes da atuação estatal.

A Constituição para exercer a sua função motivadora, ordenadora e conformadora da vida do Estado e da Sociedade depende da conscientização dos partícipes do processo político-constitucional, sobretudo do Judiciário, por meio da jurisdição constitucional, do papel de tutores das expectativas sociais e da responsabilidade da transformação do texto em uma realidade viva e democrática. A efetivação da Constituição, assim, exige a consciência do poder público em concretizar as atividades, os programas imputados ao Estado para a realização da satisfação das demandas coletivas, no domínio econômico, social e cultural, mas exige também o controle pela via jurisdicional das omissões do poder público, nas reflexões de Cunha Júnior (2008, p. 49).

Tarefa inarredável em tempos obtusos, de reiterado descumprimento dos desígnios constitucionais e de estrangulamento democrático. Os ventos são de resistência à construção e à vivificação do Estado Democrático de Direito. Assim, o Direito, como porção da realidade social e tendo a Constituição como sua expressão máxima, assume o papel de implantar o respeito aos direitos fundamentais, manifestos da igualdade e da justiça social. Nessa empreitada e nessa direção é que deve se manifestar o Poder Judiciário.

A consagração de um Estado voltado à transformação da realidade, submetido ao ideal de uma democracia substantiva e material, compromissado com os propósitos da justiça social, autoriza, nos casos de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, na realização das tarefas sociais, o deslocamento do centro de decisões destes órgãos para a jurisdição constitucional, afirma Cunha Júnior (2008, p. 110).

O movimento histórico, determinado pelas relações sociais, trouxe o desenho de um novo modelo de Estado, dotado de novas tarefas. Os Poderes, no exercício de suas funções, são, portanto, responsáveis por essas implantações. Assim, diante do desprezo com a Constituição, outra não deve ser a postura de quem cabe, em última instância, concretizá-la. Como diz Grau (2014, p. 312-313), caso a Administração Pública, um particular ou mesmo o Legislativo, não aplique o Direito, o Judiciário, como último aplicador, poderá ser acionado para tal finalidade. Portanto, preceitos imediatamente aplicáveis vinculam o Judiciário à imposição de sua pronta efetivação.

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais ocorre não somente pelo dever de respeito a esses direitos por parte desse poder, mas, especialmente, pela imposição de uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação abusiva dos outros poderes que afetam os direitos fundamentais, quando os contrariem ou não os realizem totalmente ou

parcialmente, consoante observação de Cunha Júnior (2008, p. 227), que lembra, ainda, ser o Judiciário a “última trincheira de defesa dos direitos fundamentais”, além da legitimidade de sua atuação estar ancorada nesse contexto, sob pena de perder o fundamento histórico que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional.

Assim, é tempo de se cumprir a Constituição no campo da comunicação, interpretando os dispositivos constitucionais como um todo. Pelas veredas percorridas se demonstrou o descompasso das concepções restritivas da liberdade de expressão, encarnadas como direitos de defesa, com a atual ordem constitucional, contempladora de uma concepção alargada dessa liberdade, contempladora do direito à comunicação.

O poder Judiciário deve tornar vivos os dispositivos constitucionais. Deve atuar para recompor os desequilíbrios do campo comunicacional, garantindo espaço e igualdade para as diferentes vozes. A partir da caracterização da radiodifusão como serviço público precisa considerar a necessidade de prestação de informação adequada, verdadeira e plural, condizente com as determinações dos princípios da programação. Esses princípios, aliás, não podem permanecer silenciados pela inadequada compreensão da liberdade dos controladores dos meios de comunicação, mesmo porque vitais para o funcionamento hígido do sistema democrático, devendo preponderar o caráter educativo e informativo e não o entretenimento, a publicidade e a violação de direitos humanos e fazendo valer a programação regional e independente.

O poder Judiciário deve suprir o estado de paralisia diante da flagrante concentração nos meios de comunicação, efetivando a determinação constitucional da vedação ao monopólio ou oligopólio. Deve atuar para afastar a concentração horizontal quando verificado o desrespeito aos limites das normas infraconstitucionais, mas, sobretudo, reconhecer e enfrentar os prejuízos causados pelo sistema de afiliação, pela concentração vertical e pela concentração cruzada, como uma violação ao dispositivo mencionado, aos princípios da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, ao princípio do estímulo à produção independente, além do princípio fundamental do pluralismo político. Ainda, não deve Judiciário reiterar a postura omissiva em relação ao sistema público de radiodifusão, por meio do impedimento da distribuição dos subsídios estatais centrados nos grandes veículos, materializando o princípio da isonomia, tornando os subsídios um importante instrumento de combate à concentração, por meio da garantia da participação plural e independente do conselho curador e por meio da obediência ao princípio da razoabilidade na aplicação da

verba orçamentária no sistema público, considerando o gasto com publicidade, dando densidade ao princípio da complementariedade.

Ainda no desiderato de combater a concentração e efetivar a complementariedade dos sistemas, deve no sistema comunitário suprir, sobretudo, as omissões nos processos de outorga, como se verifica da decisão do Superior Tribunal de Justiça, *leading case* do tema, citado, na inicial da ação civil pública nº 2007.61.00.010459-7:

[...] Déficit na estrutura administrativa, com excessiva demora na apreciação dos pedidos de autorização, ensejando o excepcional consentimento judicial para o funcionamento. [...] Por outro ângulo, o funcionamento das rádios comunitárias é de importância à sociedade, especialmente às comunidades mais carentes, devendo o Estado, pelo Poder Executivo, prestar contas de um serviço que lhe está atribuído. Em outras palavras, a competência exclusiva de um órgão não lhe outorga o direito de fazer ou não fazer, a seu bel prazer. Ao contrário, a competência exclusiva impõe ao órgão o dever de prestar os serviços que lhes estão afetos, ao tempo em que outorga aos destinatários do serviço o direito de exigí-lo, a tempo e modo. [...] A autorização estatal é obrigatória, por força de lei, mas não depende da vontade imperial do agente condutor do órgão autorizante. Daí a perplexidade quanto a omissão do poder concedente, podendo o Judiciário ser chamado a solucionar o engavetamento de pedidos. [...] Enfim, o Judiciário não pretende imiscuir-se na atividade precípua do órgão público. A intervenção que se pretende é em nome do princípio da eficiência e da moralidade, porque não se pode admitir que permaneça uma comunidade a aguardar solução, por mais de um ano. O que se espera é que haja uma resposta, uma informação, um reconhecimento, pelo menos. A era da pós-modernidade está a exigir da Administração Pública postura que a identifique com a sociedade à qual serve, superando a grave crise de identidade e de gestão, ambas escondidas no princípio da legalidade, retórico, formal, ocultando, sem dúvida, o intuito de manter-se no *status quo*. Não se apregoa aqui a quebra do princípio da legalidade. Afinal, é ele a expressão maior do Estado de direito. No entanto, pretende-se proclamar, sim que o princípio da legalidade não pode ser entendido como submissão absoluta à lei, deixando os Poderes da República a reboque do Legislativo. Neste início de século, a lei e o princípio da legalidade colocam-se em função dos ideais de Justiça. A nova proposta é para que se assente a legalidade, a que se submete a Administração, na dimensão global do ordenamento jurídico, no qual estão consagrados valores constitucionalmente inerentes ao modelo de Estado ali previsto. E, nesse modelo, a transparência, a eficiência e a moralidade transparecem como corolários da legalidade. (STJ - REsp 549.253/RS, rel. Ministra Eliana Calmon, DJU 15.12.2003, extraída da inicial da Ação Civil Pública, MPF nº2007.61.00.010459-7, p. 33-34 e 36-37).

Na comunicação o contexto é de plena desconsideração do modelo de Estado vigente e pleno desprezo pela Constituição, marcado pelo acanhamento dos poderes inicialmente obrigados.

Contribuí com o pernicioso estado de concentração a não atuação do Poder Judiciário na determinação do funcionamento do Conselho de Comunicação Social, do respeito à lei na sua composição, além, da preservação de suas prerrogativas constitucionais, amparado pela compreensão da construção de um órgão cada vez mais independente para balancear os interesses que circundam a comunicação, compatível com o pluralismo e, portanto, com o aprimoramento democrático, tendo como exemplo outras experiências internacionais.

O Poder Judiciário deve materializar a Constituição. No Supremo Tribunal Federal, defrontado com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-7, na discussão sobre o direito de resposta, em verdade do risco da inexistência de um regramento sobre o seu exercício naquele momento, entrou em cena a discussão da eventual ausência de lei sobre esse direito, tendo sido consignado:

O artigo 5º, inciso V, da Constituição brasileira, ao prever o direito de resposta, qualifica-se como regra impregnada de suficiente densidade normativa, revestida, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, a tornar desnecessária, para efeito de sua pronta incidência, a *interpositivo legislatoris*, o que dispensa, por isso mesmo, ainda que não se lhe vede, a intervenção concretizadora do legislador comum. Isso significa que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revelará obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação, cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação. [...] Vê-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. [...] Cabe mencionar, ainda, o fragmento da Opinião Consultiva nº 7/8, proferida, em 29 de agosto de 1986, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao ressaltar a essencialidade desse instrumento de preservação dos direitos da personalidade, entendeu que o direito de resposta deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica [...]. [...] O que me parece relevante acentuar, Senhor Presidente, é que a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do exercício concreto do direito de resposta não impedirá que o Poder Judiciário, quando formalmente provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou inexatas. É que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei, ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo, conveniente. (STF – ADPF 130/DF, Voto Ministro Celso de Mello, p. 41-43; 47-48 e 51-52, DJE 06/11/2009).

Portanto, a partir das premissas agitadas a compreensão é que deve o Poder Judiciário efetivar o direito fundamental à comunicação, amparado pelos dispositivos do

capítulo de direitos fundamentais, pelo capítulo da comunicação social, pelos princípios fundamentais do Estado brasileiro, pela interpretação, como insiste Grau (2014, p. 161), da Constituição como um todo e não em tiras.

A incompreensão da virada do modelo de Estado e a mansidão com a pressão dos poderes econômicos demandam da jurisdição uma atuação compromissada com a Constituição do Brasil. Feita a travessia do Estado de regime autoritário para o Estado Democrático Direito, a Constituição, como sinaliza Cunha Júnior (2008, p. 142), de puramente liberal e defensiva, de simples instrumento de governo, passa a servir de direção política, na medida em que incorpora os objetivos políticos, os fins e os programas necessários ao bem estar como normas jurídicas supremas, transformando-os, portanto, em questões jurídicas. Assim, em razão da sua imperatividade ficam os poderes públicos e privados juridicamente obrigados a implementá-los, sob pena de expor-se à censura jurídica da Constituição.

Nesse passo, os direitos fundamentais constituem parâmetros de atuação dos poderes públicos e privados. Assim, a inércia do legislador em realizar a contento uma determinação constitucional de concretização de direito fundamental configura ultrajante omissão que provoca a deflagração de um sistema de defesa da Constituição, em que a jurisdição constitucional exerce papel central, nos dizeres de Cunha Júnior (2008, p. 226).

É preciso não estar aferrado ao parâmetro liberal do Estado e do Direito para compreender que a separação dos poderes não pode continuar a desempenhar a interdição do avanço social. A exigida releitura se opera em articulação com, entre outros, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição. A doutrina da separação de poderes, entendida como uma partição rígida entre as funções não se harmoniza com o Estado Constitucional Social e Democrático de Direito, responsável por significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais funcionam como vetores para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais. Assim, na perspectiva do novo Estado encetado pela Constituição, uma revisão sobre o vetusto dogma da separação é irrecusável, para que ele não engendre, com sua força simbólica, como lastimavelmente vem engendrando, um estado de inação frente às reivindicações da sociedade e possa desempenhar seu objetivo originário de garantia dos direitos fundamentais em face do arbítrio e da omissão, na construção de Cunha Júnior (2008, p. 340-343, *passim*).

O juiz, compreende Grau (2014, p. 313-314), tal qual a autoridade administrativa e o membro do Poder Legislativo, está vinculado pelo exercício de uma função, ou seja, de um dever-poder. Cabe ao juiz nesse exercício, que é desempenhado em clima de interdependência e não de independência de Poderes, quando indispensável à efetividade do Direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. No processo de recriação e mesmo renovação do Direito, sob o manto do princípio da supremacia da Constituição cumpre ao Judiciário assegurar a pronta exequibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável, dever imposto e mercê do qual lhe é atribuído o poder, na autorização que para tanto recebe, de, em cada decisão que a esse respeito tomar, produzir Direito. No que toca ao argumento de violação do princípio da separação de poderes resta não olvidar que além do Legislativo não possui o monopólio do exercício da função normativa, mas sim da função legislativa, “já de há muito se tem por superada a concepção de que a razão humana seria capaz de formular preceitos normativos unívocos, nos quais antevistas, em sua integridade, todas as situações da realidade que devem regular”.

Na emergência da transformação social, as omissões do poder público exigem e reforçam a atuação do Poder Judiciário na efetivação direta das normas constitucionais, sobretudo das normas definidoras de direitos fundamentais. É do campo da inexorabilidade a tarefa do Judiciário na construção e implementação do Estado Democrático de Direito, o que exige, portanto, não somente a retirada das incompatibilidades comprometedoras da Constituição, mas também o preenchimento das incúrias impeditivas da sua efetivação.

A efetivação direta está amparada na compreensão de que a interpretação deve se dar dentro de uma nova hermenêutica, pois, com diz Bonavides (2004, p. 633):

[...] na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma; em a Nova Hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade.

O Poder Judiciário não deve estar alheado das urgências contemporâneas e deve compreender a necessidade do reforço democrático e da garantia dos direitos fundamentais, onde assume nota distintiva. O caminhar legítimo da jurisdição é ancorado no processo de imunização em face das maiorias descomprometidas com o cumprimento dos direitos fundamentais ou orientadas à asfixia das minorias.

Portanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, em que vige a soberania e supremacia da Constituição, não subsiste, como reforça Cunha Júnior (2014a, p. 47), a oposição encaminhada à legitimidade da justiça constitucional, sob o fundamento de que a atuação judicial viola o princípio da separação de poderes e restringe a “vontade nacional” manifestada pelas leis votadas no parlamento, pois, como diz Teixeira (1991, p. 374-375) na defesa da Constituição, na reflexão sobre os constantes perigos do arbítrio estatal, do desrespeito aos direitos individuais e coletivos, quer por meio das leis, quer por atos de agentes e autoridades públicas, a objeção à atuação do Poder Judiciário em razão da violação ao princípio da separação de poderes deve ser respondida a partir da seguinte compreensão:

[...] o órgão controlador não opõe sua própria vontade ao Legislativo, mas a *vontade mesma da Nação, expressa de modo mais elevado, mais vigoroso e mais solene, na Constituição*. Entre a vontade da Nação, estabelecida de modo irreformável por lei ordinária, na Constituição, e a vontade da Nação manifestada pelo Legislativo, através da lei ordinária, e em desacordo com a Constituição, é evidente que só à primeira cabe prevalecer.

Aliás, a legitimidade da atuação concretizadora da jurisdição constitucional está imbricada a própria noção do Estado Democrático de Direito, tornando-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos. A legitimidade da justiça constitucional repousa na capacidade de harmonizar os valores do Estado Democrático, consolidados no governo da maioria, e os valores do Estado de Direito, materializados na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a legitimidade formal da jurisdição constitucional está assentada na própria Constituição, que institui como fórmula o Estado Democrático de Direito e a legitimidade material na imposição de proteção dos direitos fundamentais. Ora, no vigente sistema jurídico-constitucional, a jurisdição constitucional, como mecanismo de controle das ações e omissões, está ligada a dinâmica da soberania popular, cuja expressão máxima é a Constituição, nas reflexões de Cunha Júnior (2014a, p. 48-49).

Nesta quadra é preciso não perder o passo na história e passarmos a considerar que o não atuar da jurisdição na efetivação constitucional representa lastimável impasse ao desenvolvimento nacional e ao cumprimento das opções político-ideológicas.

A justiça constitucional ao cumprir seu intento originário, ou seja, ao sobrepor os princípios fundamentais, não se resignando com os interesses ocasionais dos grupos políticos, ao propiciar a efetividade de toda a Constituição, ao possibilitar o exercício imediato de todos os direitos fundamentais, enfim, ao afirmar a Constituição como parâmetro vinculante e

obrigatório dos poderes públicos e privados, é uma justiça legítima e apta a construir coesão, assevera Cunha Júnior (2014a, p. 49-50).

Nas circunstâncias do presente, o Poder Judiciário não deve permanecer aferrado às teorias que o recolhem e comprimem suas finalidades institucionais. Em tempos de incumprimento das promessas, de inibição democrática, de latente omissão frente aos direitos fundamentais, o Judiciário se revela útil e historicamente necessário. Vivenciarmos o Estado Democrático de Direito pressupõe romper o estado de atamento dos poderes. Pressupõe materializar a Constituição nas situações concretas históricas do país, sem desconsiderar o necessário movimento de imbricação da Constituição com a realidade social.

Essas chaves devem servir à perspectiva de efetivação do direito fundamental à comunicação. Devem servir, por consequência, para contribuir com a construção das bases para o passo civilizacional, para os tempos do constitucionalismo cidadão, do protagonismo do povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da preponderância da leitura da liberdade de expressão em termos restritivos de direito individual, subjetivo e negativo entende a pesquisa que permanece no Brasil a dificuldade de proteção e efetivação do direito à comunicação.

Por isso, julga-se necessário enfrentar a análise dos motivos determinantes das dificuldades de implementação do direito à comunicação e da permanência dos estreitos limites, o que demanda trazer, inicialmente, para essa empreitada o estudo do Estado, demarcado como um produto histórico, concreto e ligado aos parâmetros vigentes em um determinado momento histórico.

Descortina, assim, que os questionamentos e a resistência à atuação estatal para a garantia do direito à comunicação estão imbricados à força que as construções do Estado Liberal de Direito, ainda, desempenham na atualidade, em especial, a leitura dos direitos em face do Estado, da garantia da liberdade negocial e da igualdade meramente formal. Portanto, subsistindo a ideia de que para o gozo da liberdade de expressão basta o desvencilhar da censura estatal.

Nesse sentido é que se procura demonstrar a insuficiência dessa conotação, aclarando as contribuições do Estado Social e a mudança da postura do Estado que passa a ser mais intervencionista e preocupado com pautas sociais dantes renegadas, o que implica a contemplação de novos direitos, agora, por meio do Estado e a revisitação dos direitos liberais individuais existentes, como a liberdade de expressão. Passa, em verdade, a ser um Estado atuante nos campos dos desequilíbrios sociais gerados, mas, ainda, com algumas limitações, o que exige o surgimento de um novo modelo identificado como Estado Democrático de Direito, tendo aclarado a pesquisa como um Estado que preserva o núcleo da preocupação social e incorpora a questão democrática.

Diante dessas investigações são percebidas as condições de possibilidade da Constituição brasileira de 1988, fundante do Estado Democrático de Direito que porta e impõe à ordem jurídica a transformação da realidade, afetando decisivamente os direitos fundamentais, em especial, os prestacionais. O estudo do Estado contribui para revelar a decisão da Constituição e a índole de suas determinações, não raras vezes, desprezadas por seus destinatários. É identificado que, em verdade, não obstante as imposições do Estado Democrático de Direito, o projeto de efetivação constitucional é atravessado pelos influxos do neoliberalismo e, portanto, pelos constantes questionamentos da intervenção estatal e da promoção de medidas que buscam o reforço da igualdade de condições na sociedade.

Assim, não deixa de asseverar a pesquisa a necessidade do enquadramento nacional, no sentido de que os efeitos da defesa da minimização estatal atingem decisivamente o Brasil, pois o Estado Social aqui não se manifestou, o que denota as dificuldades, também, do nosso Estado Democrático de Direito que contempla em seu conteúdo a observância da questão social. As circunstâncias presentes, portanto, colocam sob ameaça o Estado Democrático de Direito. Por isso, ainda, a reflexão sobre a preocupação com o processo de perda das condições equilibradas para a comunicação e a necessidade da atuação estatal para correção fica exposta a toda ordem de contestação.

Dentro dessa contextualização nacional a defesa é pela necessidade da resistência, justamente, por meio da afirmação da Constituição e da efetivação dos direitos fundamentais na contemporaneidade, sobretudo os de índole marcadamente positiva, como o direito à comunicação. Nessa linha, emergem, para o comprometimento com as imposições constitucionais, as contribuições do constitucionalismo contemporâneo, como um movimento assentado nos pilares da dignidade da pessoa humana, da centralidade dos direitos fundamentais, como parâmetros de atuação dos poderes públicos e da força normativa da Constituição, assegurando que a desconstitucionalização provoca a manutenção dos privilégios e das desigualdades, como se verifica no campo da comunicação.

Na perspectiva do esclarecimento do Estado vigente no Brasil e das determinações da Constituição de 1988, permeada pelos influxos do constitucionalismo contemporâneo, impõe-se a decisão, antes de analisar o direito à comunicação, de estudar os direitos fundamentais e de enfrentar as amarras teóricas que os circundam e que impede extrair deles todas as suas potencialidades. Portanto, o esforço é reconhecer a supremacia material da Constituição, firmar a dupla significação dos direitos fundamentais, ostentadores da dimensão subjetiva, mas, também, da dimensão objetiva, reforçar a fundamentalidade formal e material, analisar as funções, com a demarcação da possibilidade de uma norma de direito fundamental apresentar mais de uma função e, ainda, enfrentar o regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais, reconhecido pela Constituição, mas permeado por forte testilha na doutrina, tendo o trabalho indicado a inclusão de todas as espécies nas cláusulas pétreas e afirmado a aplicabilidade imediata, inclusive dos direitos carentes de interposição legislativa.

A pesquisa importa os aportes teóricos realizados para o direito à comunicação e diante da Constituição de 1988 o reconhece como um direito fundamental. Na tarefa de proteção e efetivação do direito à comunicação propõe, em verdade, uma leitura constitucionalmente adequada para esse direito. Firma a condição de um direito talhado em razão da necessidade de compreensão do papel que os meios de comunicação desempenham

na contemporaneidade, na medida em que constituem o espaço público, mas impedem a formação de um espaço plural, funcionando, assim, como instrumentos construtores de certa convicção conveniente aos seus interesses, não constituindo um espaço de estímulo as discussões. Um direito pensado a partir da mudança nas condições para o exercício da comunicação, especialmente pela preponderância econômica e pela imbricação da comunicação com a publicidade. Assim, um direito fruto do processo histórico, como típico dos direitos fundamentais que carregam a característica da historicidade. Aliás, são apresentadas as contribuições internacionais, tendo sido percorrido alguns documentos denunciadores da necessidade de novas exigências para o adequado exercício da liberdade de expressão, o que descerra o direito à comunicação.

Em verdade, o direito à comunicação advém da necessidade de revisitação da liberdade de expressão, premente de uma atualização condizente com os novos anseios sociais, para que não represente somente um conceito simbólico. É preciso não desconsiderar que o Estado Democrático de Direito determina a releitura dos direitos fundamentais, fincada no pressuposto da busca pela destituição dos desequilíbrios, na busca por maior igualização das manifestações sociais.

Adere o trabalho a ideia de que o direito à comunicação não é um novo direito, apenas um nome jurídico mais adequado para afastar conotações restritivas e limitadas à construção de um direito individual e de defesa. Portanto, trata-se de um direito contemplado na liberdade de expressão, entendido como um direito que demanda a atuação do Estado para remover os desequilíbrios do campo da comunicação, propiciando, maior igualdade para o exercício da comunicação pelos cidadãos, além de representar elemento objetivo básico de conformação do Estado, reconhecido como um parâmetro vinculativo da atuação estatal em defesa do cidadão, pensado coletivamente, ou seja, um direito positivo e de dimensão jurídica objetiva, além de ser dotado de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido é que se afirma a leitura constitucionalmente adequada do direito à comunicação, condizente com o Estado Democrático de Direito e contemplada pela Constituição brasileira de 1988, não vacilante na previsão desse direito, pois permeada por dispositivos constitucionais que reconhecem as inconveniências do campo comunicacional e enfrentam diretamente as distorções, representando verdadeiro horizonte de transformação, viabilizadora da abertura de perspectiva para a proteção e efetivação do direito fundamental à comunicação, considerando o dever e a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em razão da persistente omissão dos demais poderes. Por isso, em jeito de encerramento, assenta a legitimidade de atuação do Poder Judiciário que não deve estar alheado das urgências

contemporâneas e pode contribuir, em tempos de não cumprimento das determinações constitucionais, com o rompimento do estado de desrespeito da Constituição, sobretudo dos direitos fundamentais, dotando os cidadãos de potencialidades para um novo passo civilizacional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação do direito de minoria em tempos de transição paradigmática**. Jacarezinho, 2009. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009. Disponível em: <dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp114395.pdf>. Acesso em: 15.06.2017.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004.

ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. **A construção da esfera pública no Brasil a partir da Constituição de 1988**. São Paulo, 2011. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Editor Victor Civita, 1984.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. Ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

BARROS FILHO, Clóvis de. Curso Veduca de Ciência Política. Veduca, 2014. Informação verbal. *Online*. Disponível em: <veduca.org/p/ciencia-politica>. Acesso em: 02.09.2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. Agências reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>. Acesso em: 10.02.2017. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v229.2002.46445.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto.** 2012. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 05.02.2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003a.

_____. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar.** 2003b. Tese (Livre Docência em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003b. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>>. Acesso em 20.10.2016.

_____. “Constituição e Política: uma relação difícil”. In: **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>. Acesso em 20.05.2016.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Número 5, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em 20.04.2017.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea.** Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985.

_____. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Altamiro. **A ditadura da mídia**. São Paulo: Anita Garibaldi/Associação Vermelho, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF, Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, DJE 06 de Novembro de 2009.

CALDAS, Camilo Onoda. **O Estado**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

_____. **Perspectivas para o Direito e a cidadania: o pensamento jurídico de Cerroni e o marxismo**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARREIRO, C. H. Porto. **Notas sobre Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1970.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. “A democratização dos meios de comunicação de massa”. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001. Disponível em: <www.revistas.usp.br/revusp/article/view/32887/35457>. Acesso em: 02.05.2016.

COSTELLA, Antônio. **Direito da Comunicação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014a.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014b.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Democracia e justiça**. São Paulo: LTr, 1993.

DUARTE, Newton. **Vigotski e o “aprender a aprender”:** crítica às apropriações neoliberais e pós-modernas da teoria vigotskiana. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2012.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad. Leandro Konder. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 2. ed. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Os Pensadores).

KELLER, Arno Arnoldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentença por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.

LECHNER, Norbert. O significado dos direitos humanos para os países capitalistas desenvolvidos. In: Félix, Moacir. **Encontros com a civilização brasileira; v. 10**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

LIMA, Eusebio de Queiroz. **Teoria do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1947.

LIMA, Venício A. de. **Mídia: teoria e política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

_____; ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. Monopólio ou oligopólio? Contribuição ao debate. **Observatório da Imprensa**. 13.01.2015, edição nº 833. Disponível em: <mídia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/docs/concessao/publicacoes/regulação-em-debate-venicio-liame-braulio-araujo-jan-2015.pdf>. Acesso em: 05.04.2017.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamim: aviso de incêndio. Uma leitura das teses ‘Sobre o conceito de história’**. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2005.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARX, Ana Flávia. Conselhos de comunicação podem aprimorar a democracia. In: Mielli, Renata (Org.). **Direitos negados: um retrato da luta pela democratização da comunicação**. São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Barão de Itararé, 2015.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2002a.

_____. Sobre os direitos humanos e sua tutela. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 97, p. 267-278, 2002b. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67546/70156>. Acesso em: 02.12.2014.

_____. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013a.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013b.

_____. **Filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO, José Marques de. **Comunicação social: teoria e pesquisa**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: **Revista do Serviço Público**, v. 39, n. 4, p. 63-78, 1982. Disponível em: <<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239/1160>>. Acesso em: 05.03.2017.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MIELLI, Renata; DAMASCENO, Fernando. Combate ao monopólio midiático: entre a retórica e as ações concretas. In: Mielli, Renata (Org.). **Direitos negados: um retrato da luta pela democratização da comunicação**. São Paulo: Centro de Estudos da Mídia Barão de Itararé, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Inicial ação civil pública nº 2007.61.00.010459-7**, de 24 de maio de 2007. Disponível em: <midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/docs/radios-comunitarias/atuacao%20judicial/acp-200761000104597-sp-inicial.pdf>. Acesso em 20.05.2017.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509938>>. Acesso em 15.03.2017.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997.

_____. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RABELO, Renato. **Ideias e rumos**. Pedro Oliveira (org.). São Paulo: Anita Garibaldi, Fundação Maurício Grabois, 2009.

RAMOS, Murilo César; SANTOS, Suzy dos. **Políticas de comunicação: buscas teóricas e práticas**. São Paulo: Paulus, 2007.

REBELO, Aldo; PAULINO, Luís Antonio. Reforma tributária: atravessar o rio pisando nas pedras. **Princípios Revista Teórica, Política e de Informação**, São Paulo: Editora Anita Garibaldi, nº 94, p. 50-64, fev./mar. 2008.

REZENDE, Renato Monteiro de. **Direitos prestacionais de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política**. WEFFORT, Francisco C. (Org.). São Paulo: Ática, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, v.1, n. 3, p. 76-91, set./dez. 1997. Disponível em: <www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/116/159>. Acesso em 20.05.2016.

RODRIGUES, Diogo Moyses. **O direito humano à comunicação: igualdade e liberdade no espaço público mediado por tecnologias**. São Paulo, 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

ROMÃO, Gasparino José. **O Estado e a constituinte**. Guarulhos, 1986.

SAES, Décio. **Democracia**. São Paulo: Editora Ática, 1987.

_____. **Estado e Democracia: ensaios teóricos**. 2. ed. Campinas: Unicamp, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 1998.

SALDANHA, Nélon. **O poder constituinte**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Constituição e mídia no Brasil**. São Paulo: MP Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudo em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VARJÃO, Suzana. **Violações de direitos na mídia brasileira: ferramenta prática para identificar violações de direitos no campo da comunicação de massa.** v. 1. Brasília, DF: ANDI, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. In: Dimoulis, Dimitri; Vieira, Oscar Vilhena (orgs.). **Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.