

3

ESEG investigação

Revista Científica da Escola Superior de Educação da Guarda

nº3 | 1º semestre | 2007

ESEG INVESTIGAÇÃO

**Revista Científica
da
Escola Superior de Educação da Guarda**

N.º 3 | 1º Semestre | 2007

Título: ESEG Investigação

Revista Científica da Escola Superior de Educação da Guarda

Coordenação Editorial: Joaquim Manuel Fernandes Brigas

Coordenador Científico: Júlio Pinheiro

Comissão Científica: Professores Coordenadores e Doutores da ESEG

Edição: Escola Superior de Educação da Guarda

Capa: Humberto Pinto

Coordenação Gráfica: Maria de Fátima Bartolomeu da Cruz Gonçalves

Tipografia: Marques & Pereira (Guarda)

Depósito Legal: 220917/04

ISSN: 1646-1193

Tiragem: 2000 exemplares

1ª Edição: 1º Semestre | 2007

Escola Superior de Educação da Guarda

Av. Dr. Francisco Sá Carneiro, n.º 50 * 6300-559 Guarda * Telefone: 271 220 135 * Fax: 271 222 325 * www.esseg.pt

Os artigos são da responsabilidade dos respectivos autores e são apresentados exactamente como foram entregues na redacção.

Reservados todos os direitos. Esta publicação, não pode ser reproduzida ou transmitida, no todo ou em parte, por qualquer processo, electrónico, mecânico, fotocópia, gravação ou outros, sem autorização do Editor.

Regionalização e Educação

Adriano Vasco Rodrigues

7

Reflexões sobre as fontes do Direito da Comunicação nos países ibéricos

Manuel Pinto Teixeira

19

O Ensino Superior (Politécnico) na Guarda

Carlos Berrucha

43

Comportamentos de Saúde versus Comportamentos de Risco em estudantes da Escola Superior de Educação da Guarda

Patrícia Batista & Henrique Pereira

55

A casa e a sociedade em Almeida no séc XIX, a acção e funções da mulher numa praça de guerra Beirã

Augusto Montinho Borges

65

Formação e evolução da Serra da Estrela

Joaquim Manuel Fernandes Brigas

83

A Religião na Manhã Submersa de Virgílio Ferreira

Julio Pinheiro

99

A Criação e a Autonomia dos Concelhos Medievais: a Guarda no contexto dessa Época

José Luis Lima Garcia

117

Dois Mundos|Dois Destinos - A tradição musical das beiras na obra de Fernandes Lopes-Graça

Helena Santana & Rosário Santana

133

O Jogo da Bola ou dos Paus no distrito da Guarda: sua história, características e interesse em projectos de Animação

M. Cameira Serra & Nuno Serra

155

A imprensa local | rural

Santos Vaz

171

Publicações

177

Reflexões sobre as fontes do Direito da Comunicação nos países ibéricos

Manuel Pinto Teixeira

As democracias modernas têm vindo a manifestar uma crescente preocupação sobre os caminhos a seguir no respeitante à regulamentação da Comunicação Social. A par da regulação do Estado, são cada vez mais pertinentes a co-regulação e a auto-regulação. Mas, a bem dizer, estamos muito longe de estabelecer um consenso mínimo que defina qual destes caminhos deve ser liderante.

Se é um facto que o Estado de Direito Democrático não pode deixar de ter um papel regulador na defesa dos equilíbrios e salvaguarda de todos os direitos em presença, é igualmente verdade que os actores directos do sistema mediático não podem, igualmente, ficar à margem da regulação estatal. Mas que o diálogo seja gerador dos indispensáveis consensos, impõe-se reflectir, antes de mais, sobre o percurso histórico deste ramo do Direito, cujas fronteiras são, muitas vezes, difíceis de definir.

1 - Usos e Costumes Sociais

Quando se fala em Direito da Comunicação imediatamente surge no nosso espírito uma espécie de interrogação feita necessidade, procurando saber qual a origem deste ramo do Direito. Esta curiosidade traduz, de resto, uma ânsia de saber que é comum a todos os saberes. Todos gostamos de conhecer a origem das coisas, e por isso não é de espantar que nos surja esse mesmo desejo no que respeita a esta matéria.

É claro que a primeira tentativa de resposta leva-nos a imaginar que o Direito da Comunicação não pode ser mais antigo do que a própria comunicação. E aqui surge a primeira grande dúvida, que consiste em saber a partir de quando poderemos considerar que começou a existir comunicação sistémica, e de massas, fonte primeira da comunicação social, tal como a entendemos nos nossos dias.

Muita gente pensa e defende que só poderemos falar verdadeiramente em comunicação a partir da descoberta de Gutenberg¹. Trata-se de uma falsa questão, porque muitos séculos antes já existiam meios regulares de comunicação, destinados ao consumo das massas, e suportados em formas ou instrumentos vários, de acordo com os seus destinatários.

Desta feita, teremos de ir muito mais atrás para encontrar as verdadeiras fontes do Direito da Comunicação. Fontes que, aliás, a maioria dos autores considera serem comuns aos outros ramos do Direito².

É claro que o Direito da Comunicação, tal como hoje o entendemos, deve ser visto não apenas como um conjunto de normas destinadas a regulamentar a prática da comunicação em geral, mas sobretudo como uma ferramenta particularmente destinada a bem servir os profissionais do sector. Neste mesmo sentido, escreve WEBER:

*“Relativamente al desarrollo de un aprendizaje jurídico de tipo profesional, y al mismo tiempo, de un pensamiento jurídico específico, existen dos posibilidades completamente opuestas. O bien enseñanza empírica del Derecho por prácticos, exclusiva o preponderantemente en la práctica misma, es decir, experimentalmente a modo de oficio; o bien enseñanza teórica en ciertas escuelas jurídicas, bajo la forma de una elaboración racional y sistemática, esto es, “científicamente”, en el sentido puramente técnico de la palabra”*³.

Zippelius, citando Weber, atribui-lhe o mérito de este último ter reconhecido que a observação sociológica, mesmo a “livre de valores”, não perde de vista todos os conteúdos normativos. Zippelius especifica o seu pensamento

1 - Johannes Gutenberg nasceu em Mogúncia, na Alemanha, entre 1394 e 1399, sendo considerado o pai da Imprensa, por ter descoberto a tipografia, ou composição por caracteres móveis, em 1440. Oito anos após o seu invento, em 1448, imprimiu a célebre Bíblia de quarenta e duas linhas, na sua própria terra natal, em parceria com J. Fust.

2 - “Com referência ao sentido formal da expressão fontes do direito, como factos criadores e reveladores de normas jurídicas, pode dizer-se, em geral, que o direito da comunicação social tem as mesmas espécies de fontes: que a generalidade dos outros ramos de direito (lei, costume, jurisprudência e doutrina)”. BRITO CORREIA, Luis, in “Direito da Comunicação Social” - Almedina, Coimbra 2000, pág. 155.

3 - WEBER, Max, in “Economía y Sociedad” - Fondo de Cultura Económica, Madrid 1993, pág. 588.

chamando à atenção para o facto de a realidade estadual não se encontrar subordinada exaustivamente às normas jurídicas. E diz:

“(O) sistema das normas jurídicas é um esquema de comportamento que não abrange alguns dos aspectos diversos da vida estadual. As possibilidades de comportamento deixadas em aberto pela ordem jurídica podem ser realizadas de muitas e diferentes maneiras. A ordem jurídica faculta um âmbito de realização suficientemente largo para conformações muito variadas da realidade estadual.

A ordem jurídica estadual, por outro lado, não se deixa compreender apenas como um sistema “puro” de conteúdos de sentidos normativos ou deveres. Este conteúdo de sentido das normas aparece à ciência do direito, sem dúvida, num primeiro plano; mas nem mesmo esta última pode ser limitada ao conteúdo de sentido das normas; (...) A teoria do Estado dá mais atenção, desde logo, à função que a ordem jurídica desempenha na formação da comunidade e portanto à eficácia daquela. Um conteúdo ideológico puro, como pode ser o projecto utópico de uma ordem jurídica, não constitui só por si qualquer comunidade. As normas só começam a desempenhar a sua função de concorrer para a formação de uma comunidade quando se tornam vigentes. A textura de comportamentos de uma comunidade estadual viva é verificada somente mediante a observância contínua de normas e a possibilidade permanente de aplicação destas”⁴.

A bem dizer, não será demais considerar que as fontes do Direito da Comunicação têm a sua origem simultaneamente com as demais expressões do Direito em geral. E nesta conformidade, somos inevitavelmente remetidos, nos países de influência romana, para as fontes do “Ius Romanum”.

Sem entrarmos aqui nos labirintos e polémicas em torno desta expressão e respectivo conceito, diremos que o “costume” é, na ordem do tempo como na importância, a primeira fonte “manifestandi”, cuja fonte “existendi” é o “populus”.

Antes, pois, do aparecimento de qualquer normativo escrito, o costume

4 - ZIPPELIUS, Reinhold, in “Teoria Geral do Estado” Fundação Calouste Gulbenkian - Lisboa 1971, pág. 7.

era a norma seguida e inspiradora dos comportamentos e consequentes julgamentos. Nas fontes jurídicas e nas fontes extra-jurídicas romanas aparecem três termos distintos para indicar, ora de uma forma vaga, ora de forma precisa ou quase indistintamente, a ideia de costume: *Usus, mos* (“mos maiorum”, “mores maiorum”) e “*consuetudo*”.

Vale a pena esclarecer que a palavra “*usus*” poucas vezes é utilizada com o significado de fonte de direito. O seu verdadeiro significado, e correspondente utilização, traduz sobretudo o significado de “hábito de agir”, sem que isso constitua propriamente uma obrigação ou até um simples dever.

Bem diferente é a força das expressões “*consuetudo*” e “*mores maiorum*”. Como diz Sebastião Cruz,

“consuetudo é uma palavra que surge na terminologia jurídica muito depois da expressão “mores maiorum”, para traduzir a ideia de costume. Embora apareça antes da época post-clássica (se é que não está interpolada nos textos clássicos onde se encontra...), é destinada quase exclusivamente a designar o costume no sentido moderno, isto é, “a observância constante e uniforme duma regra de conduta pelos membros duma comunidade social, com a convicção da sua obrigatoriedade, quer dizer, de que isso corresponde a uma necessidade jurídica”.

E prossegue Sabastião Cruz:

*“Mores maiorum” é uma expressão antiquíssima, a primeira usada para exprimir a ideia de costume, e significa essencialmente “a tradição duma comprovada moralidade”. Este é o verdadeiro costume romano - uma tradição inveterada que se impunha aos cidadãos como norma e como fonte de normas, nas suas relações recíprocas...”*⁵.

Se nos primórdios do Direito Romano o costume foi lei durante séculos é nele que encontramos também as primeiras normas vinculativas, no que respeita

5 - CRUZ, Sebastião, in *Direito Romano (I - Introdução)*. Fontes) - pág. 170 e 171 - 2ª Edição - Coimbra 1973,

às regras do Direito da Comunicação. Competia aos “prudentes”, revelar a interpretação dos “mores maiorum”. E se, como de início Religião, Moral e Direito constituíam um todo único, os “prudentes” que tinham o poder da “interpretatio” e “iurisprudencia” eram os sacerdotes-pontífices.

Em última instância eles assumiam o poder e o direito de interpretar a lei e julgar os comportamentos, quer se tratasse de matérias tão prosaicas como o uso e posse da terra, como as obrigações nobres da guerra, do ensino ou do culto.

No seu múnus, a história antiga relata-nos múltiplas expressões de recurso à censura comunicacional, ou ao julgamento e condenação ou absolvição dos primeiros comunicadores, independentemente das formas de expressão comunicacional.

A retórica, como arte das artes, estava na linha da frente dos meios de comunicação do tempo. Mas também a expressão de representação dramática, tal como a pintura e a escultura, constituíam matéria forte da intervenção dos “prudentes”. E sempre que intervinham, em exercício de avaliação prévia ou “ad posteriore”, os “prudentes” recorriam a verdadeiros actos jurídicos de Direito da Comunicação.

2 - Normas de Jurisprudência e Práticas Grupais Organizadas

Não é pacífico dizer que a jurisprudência é uma fonte de direito. Embora ao longo dos séculos e na prática ela seja aceite como tal, mantém-se actual a discussão essencial desta temática.

Ao longo das diversas etapas da história, a jurisprudência foi entendida de diferentes formas. Mas para os romanos o problema não existia. A “iurisprudencia” é uma fonte do “ius civile”, e o Direito não é apenas uma ciência nem apenas uma técnica, mas é, simultaneamente, uma ciência e uma técnica do justo e do injusto.

Como refere Sebastião Cruz,

“(...) a definição, ou talvez melhor, a descrição do Direito (como saber jurídico) é-nos fornecida através de dois textos de ULPANUS”, segundo o qual “iuris prudentia

est divinarum atque humanarum rerum notitia (,) iusti atque iniusti sentia”⁶.

Modernamente, a jurisprudência tem um significado inequívoco, que se foi aperfeiçoando ao longo dos tempos, e à medida que o Direito se foi consolidando como ciência autónoma.

Escobar de la Serna define o conceito nos seguintes termos:

“En una acepción amplia, la jurisprudencia es la doctrina sentada por los Tribunales, cualquiera que sea su clase y categoría al decidir las cuestiones sometidas a ellos. En una acepción más restringida y propia, significa, como dice De Diego, el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo, o el conjunto de sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho”⁷.

Para além das especulações conceptuais, a verdade é que todos os tratadistas da actualidade reconhecem que a jurisprudência é uma fonte de Direito. De resto, a esmagadora maioria das constituições dos países modernos consagram implícita ou explicitamente este princípio.

Segundo Brito Correia, uma das definições modernas de jurisprudência, nomeadamente no que se refere à sua aplicabilidade em sede de julgamento de matérias relacionadas com a comunicação social, considera-a como sendo a

“Orientação uniforme adoptada numa ou em sucessivas decisões dos tribunais, ou de outros órgãos de aplicação do Direito, a que se considera ser devida obediência”⁸.

Todavia, sendo certo que a jurisprudência desempenha, no âmbito do Direito da Comunicação Social um papel idêntico ao que lhe cabe no campo do Direito privado em geral, em Portugal o precedente não é vinculativo para os

6 - CRUZ Sebastião, in *Direito Romano (I - Introdução. Fontes)* - pág. 281 - 2ª Edição - Coimbra 1973.

7 - ESCOBAR DE LA SERNA, Luis, in *“Manual de Derecho de la Información”* - Dykanson 1997, pág. 122

8 - CORREIA Luís Brito, in *Direito da Comunicação Social* - pág. 177 - Almedina - Coimbra 2000.

tribunais, nem para terceiros não parte na causa. Aliás, e para ser mais rigoroso, não existe em Portugal um verdadeiro costume jurisprudencial, com consciência de obrigatoriedade, ainda que se reconheça que os tribunais têm uma certa propensão para levarem em linha de conta razões expostas em casos anteriores, que tenha similitude com a matéria em apreço.

Durante certo tempo também em matéria de comunicação social podiam ser proferidos assentos pelo Supremo Tribunal de Justiça, a uniformizar a jurisprudência de modo obrigatório para os tribunais. Mas com a última reforma do Código do Processo Civil de 1995 foi introduzida uma solução diferente para a uniformização de jurisprudência, mediante o “julgamento ampliado da revista”, isto é, com intervenção do plenário das secções cíveis (art. 732º - A e 732º - B).

No essencial estes princípios são os mesmos aplicáveis em Espanha, no que se refere à jurisprudência. Com efeito, o Código Civil espanhol estabelece, no artigo 1.6 que

“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Citando Díez-Picazo y Gullón, defende Escobar de la Serna que objectivamente a jurisprudência não é fonte de Direito, porque não se encontra dentro da enumeração de fontes do apartado 1 do artigo 1. Sem embargo, aproxima-se às fontes de Direito, já que ela é mencionada no mesmo artigo e capítulo. Pelo que, prosseguem aqueles autores, a função que se lhe atribui é a de complemento ou de integração do ordenamento jurídico⁹.

Quanto ao conceito de “Práticas Grupais”, existem também múltiplas e variadas interpretações. A expressão abarca em si mesma várias acepções, que vão desde o “costume” ao direito “consuetudinário”, passando por “condutas sociais”, ou mesmo “práticas colectivas”.

Várias destas acepções foram já abordadas no número anterior, pelo que

9 - SERNA Luis Escobar in Manual de Derecho de la Informacion - pág. 123 - Dykinson - Madrid 1997.

não se justifica aqui a sua repetição. Justifica-se, porém, que se faça uma breve abordagem aos significados mais comuns que modernamente são atribuídos ao “costume”, na perspectiva de que ele incorpora práticas grupais colectivamente aceites e adoptadas por uma determinada comunidade.

Para Brito Correia,

*“Chama-se costume à observância uniforme e generalizada de determinada conduta, com a consciência de que tal conduta é obrigatória e coercível”*¹⁰.

Perante estes pontos de vista, impõe-se, todavia, que se faça uma distinção entre “costume” e “práticas grupais”. Mesmo parecendo que estas últimas incorporam sempre o conceito de “costume”, deve ter-se em conta que há certas “práticas grupais” que traduzindo “costumes locais” buscam uma espécie de legitimidade própria, mesmo quando tais práticas ferem objectivamente princípios de direito normativo geral.

Para Escobar de la Serna, impõe-se distinguir a relação do costume com a lei, já que,

*“Por la forma de relación entre la ley y la costumbre, ésta puede ser de tres clases: contra legem, secundum legem y praeter legem”*¹¹.

Ora, não raras vezes são invocadas “práticas grupais” ancestrais como fonte de legitimação. É o caso, por exemplo, de certos festejos populares que incorporam acções objectivamente contrárias à lei, e que, quando tais práticas são objecto de procedimento judicial, habitualmente se procura legitimar aqueles

10 - Cf. Obra Citada, pág. 176.

11 - Conf. Obra Citada pág. 118 e 119 - Explicitando os conceitos, diz Escobar de La Serna: “1 - La costumbre contra legem es la contraria a la ley e no es admitida por el artículo 1 del Código Civil, ya que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable. 2 - La costumbre secundum legem es la conforme a la ley, se distingue difícilmente de la simples observancia de la ley misma y, fundamentalmente, sirve para interpretar de um modo específico el sentir de una costumbre o de una disposición legal. (...) 3 - La costumbre praeter legem es aquella que regula situaciones o materias respecto de las cuales no existe ninguna disposición legal.” - SIERNA Luis Escobar in “Manual de Derecho de la Información” - Dykinson - Madrid 1997.

actos com base numa espécie de direito adquirido.

Para o professor Fernando Ramos,

"(...) La comunicación es vehículo y manifestación de la conducta, en relación con uno mismo y con los demás: explica la adopción de diferentes acciones en diferentes situaciones de cada persona; capacita a cada uno para adoptar actitudes personales en nuestro entronque extensivo con el mundo; viene a ser la base de toda relación de alteridad y fundamento del propio pensamiento" ¹².

Em Portugal tem feito história a proibição dos toiros de morte, já que na vila de Barrancos todos os anos a população local insiste em manter uma prática ancestral, incorporada nas festas do povo, e onde são sempre abatidos alguns toiros no final da respectiva lide, invocando, exactamente, a ancestral prática grupal daquela comunidade. Os tribunais dividiram-se entre sentenças de condenação e de absolvição, de acordo com as diferentes leituras e interpretações jurídicas de cada juiz, enquanto a matéria não foi objecto de regulação específica.

Este tipo de situações suscita diferentes posturas por parte dos profissionais da comunicação social, que por regra se mostram pouco sensíveis à essência da legitimidade legal das “práticas grupais”, justificando a cobertura jornalística dos acontecimentos com base no simples relato dos factos.

Mas a questão é bem mais profunda, se tivermos em conta que a descrição de acontecimentos massificados de actos que representam afrontamentos à lei pode ser entendida como apologia ou incitamento ao desrespeito dos princípios do Direito. É neste caso, e próprio relato jornalístico pode ele próprio assumir um exercício que incorpora posturas ilegítimas.

O que aqui é dito em relação à postura dos jornalistas perante actos objectivamente contrários à lei, mas aparentemente “fundamentados” nas práticas grupais poderá aplicar-se a muitos outros actos públicos, igualmente ilegais, como sejam certos ritos religiosos em algumas comunidades, e que corporizam

12 - RAMOS, Fernando, in “Manual de Derecho de la Información y de la Publicidad” - Laverde Ediciones - Santiago 2000, pág. 37.

verdadeiros atentados à integridade física, mesmo que consentida, dos seus fiéis.

Mas todo o direito positivo não o passa a ser só porque se generaliza ou está sedimentada uma qualquer “prática grupal”. Para Luis de Carreras Serra,

“Dentro de una sociedad determinada hay algunas personas o algunos grupos sociales que imponen su criterio sobre las normas de conducta a seguir y tienen la influencia suficiente para hacer que su criterio llegue a la conciencia de todos. Pueden ser fuerzas económicas, o culturales, o religiosas, pueden provenir de la aceptación de normas fundadas en la tradición; pueden introducirse a través de concepciones ideológicas que se van imponiendo por los movimientos sociales”¹³.

Seja como for, as “práticas grupais” pertencem ao universo jurídico dos usos, costumes e tradições, que, não fazendo norma, são contudo referências que podem inspirar e influenciar os legisladores, ou, quando não transpostos para o ordenamento jurídico positivo, poderão ser levados em linha de conta - como atenuantes hipotéticas - no acto de julgamento dos correspondentes ilícitos.

O que não pode é subsistir a ideia de legitimação de actos contrários à lei só porque uma determinada tradição, uso ou costume, generalizado ou localizado, permanece no tempo.

3 - Dinâmicas Culturais e Desenvolvimento

A evolução cultural e social das sociedades sempre constituiu uma fonte de direito, na justa medida em que o desenvolvimento e a dialéctica caminham a par e passo, criando novas necessidades, novos conflitos de interesses, e, conseqüentemente, a necessidade de adequação dos normativos que devem regular a sã convivência dos povos.

Foi sempre nas épocas de maior dinamismo cultural que o Direito mais progrediu, procurando dar resposta às novas circunstâncias do tempo. É certo

13 - SERRA, Luis de Carreras, in “Régimen Jurídico de la Información” - Ariel Derecho - Barcelona 1996, pág. 5.

que a normatização das relações entre pessoas e instituições concretiza-se, por regra, numa segunda etapa, ou seja, quando um determinado fenómeno social já se impôs, ou uma prática se sedimentou. Neste sentido se diz que o Direito é, por natureza, conservador, e que caminha a reboque dos factos e fenómenos. Todavia, e mesmo que temporalmente o seu ritmo seja uma espécie de segunda instância, a verdade é que nunca é indiferente nem ao tempo, nem ao espaço, nem às circunstâncias.

A este propósito, e de forma indiscutivelmente acertada, escreve Fernando Ramos:

“Los grupos y organizaciones, en la búsqueda de sus objetivos, explícitos o implícitos, racionales, racionalizados o irracionales, ponen en juego una serie de recursos, más o menos amplios y eficaces, en función de sus posibilidades y de su imaginación.../ ... Por ello, las formas o sistemas de comunicación conocidas con diferentes nombres, Información, Propaganda, Relaciones Públicas, Publicidad, Merchandising, Publicity, etc., son sencillamente instrumentos utilizables dentro del conjunto de los recursos de comunicación que las organizaciones ponen en juego para lograr objetivos o fines de índole superior a los puros objetivos de comunicación. Puede afirmarse, por ende, que los objetivos de comunicación son sub-objetivos de los que establece para sí la propia organización”¹⁴.

No que especificamente ao Direito da Comunicação diz respeito, as dinâmicas de educação e cultura de cada época constituem a melhor prova de que elas são uma verdadeira fonte de Direito. Basta recordar que na antiguidade a difusão da informação útil aos governados era feita através dos arautos, dos pregadores, dos oradores, e mais tarde dos tribunais. Mas não se ficava por aqui. Havia ainda os códigos sinaléticos, que tanto se apoiavam no som dos tambores, como nos fumos ou nos movimentos de bandeiras.

Na Babilónia antiga os carimbos e sinetes apostos ao barro representavam

14 - RAMOS, Fernando, in “Manual de Derecho de la Información y de la Publicidad” - Laverde Ediciones - Santiago 2000, pág. 40.

linguagens que eram aceites como regras de entendimento universal, fazendo norma e lei de cumprimento obrigatório. O mesmo se pode dizer sobre as práticas do antigo Egipto, da Grécia ou da Roma, onde o uso de cópias à mão, ou com o recurso a pincéis, canetas e estiletos projectavam em papiros, pergaminhos, tábuas e couros não só as ordens dos governantes, mas também o conhecimento disponível que se queria transmitir às massas.

Já no século I a.C. as “Acta Diurna”, afixadas nas paredes em Roma, às ordens de Júlio César podem ser tidas como o primeiro boletim oficial dos detentores do poder. Que melhor prova se pode ter de que a Educação e Cultura sempre constituíram uma fonte de Direito?

Mas se dermos um salto de mais de vinte séculos e nos projectarmos até aos dias de hoje encontraremos no nosso quotidiano abundantes exemplos que continuam a provar e a atestar os mesmos princípios. Basta olhar para os desafios que os conteúdos da Web nos colocam, para constatarmos que o desenvolvimento educacional e cultural continua a ser uma importante fonte de Direito, se não formal, pelo menos inspiradores de novas exigências normativas.

A este propósito, escreve Hélder Bastos:

“Os profissionais dos media estão a mover-se a direcção a zonas desconhecidas à medida que começam a citar cada vez mais a partir de fontes electrónicas. Esta área pode vir a tornar-se fértil em processos judiciais contra as empresas jornalísticas por violação dos direitos de autor. À medida que vão criando edições electrónicas das suas publicações, as empresas têm também de se proteger contra a violação dos seus direitos de propriedade intelectual (Haller, 1996).

A Internet e outras redes de comunicação representam um novo meio de expressão. Porque as mensagens são usualmente escritas, a comunicação baseada em computador funciona um pouco como a imprensa. Porque a informação pode ser largamente distribuída através de uma rede, fornecendo uma comunicação do tipo um-para-muitos, conceptualmente funciona até certo ponto como a televisão por cabo. Vistas no seu conjunto, as comunicações baseadas em computador representam um território legal por enquadrar, pois as regras éticas e legais ainda não estão estabelecidas (Reddick

e Kings, 1995)”¹⁵.

De resto, como refere Sebastião Cruz,

*“O Direito (ciência e técnica) para conseguir o seu fim (a realização da utilitas de cada um na convivência social) parte de certos pressupostos metajurídicos indiscutíveis (pelo menos para determinada época e para determinado grau de civilização)”*¹⁶.

Quer isto dizer que o progresso cultural dos povos induz necessidades normativas que decorrem das exigências de novas práticas, novas atitudes, e novas formas de encarar o quotidiano. Por seu turno, o processo de aculturação é por si mesmo dinâmico, e fomentador daquelas novas exigências.

Se quisermos traduzir em exemplo este mesmo conceito, nada melhor do que analisar o que se passa com o fenómeno das modas, por si só capaz de introduzir, em espaço curtíssimo, novos conceitos de vida, e novas atitudes desafiadoras de princípios muitas vezes tidos por imutáveis.

Paralelamente, aos efeitos das dinâmicas de educação e cultura correspondem sempre novos fenómenos políticos, e novos desenvolvimentos económicos. Não há mutação educacional e cultural que não implique uma tradução prática da gestão política, e oportunidades outras de praxis económicas.

Um exemplo flagrante que demonstra bem a aderência desta análise à realidade é o fenómeno da importância da comunicação como instrumento de criação e gestão da riqueza, ou como ferramenta de gestão política. O jornalismo empresarial - nas suas múltiplas formas e em conformidade com as mutações que tem sofrido no último meio século, diz bem de como a dialéctica discursiva conseguiu transpor-se para o campo económico...

Na sua obra “Jornalismo Empresarial”, Jaurês Rodrigues Palma é categórico a este propósito, quando afirma:

“Não acreditamos que qualquer empresa, hoje, estará bem servida se

15 - BASTOS, Hélder, in “Jornalismo Electrónico” - Minerva Editora - Coimbra 2000, pág. 97.

16 - CRUZ, Sebastião, in Direito Romano (I - Introdução. Fontes) - pág. 286 - 2ª Edição - Coimbra 1973.

não contar com um completo serviço de comunicação. Para tanto, a publicidade ou as relações públicas não funcionarão isoladamente. Mais importante, porém, é a capacidade que tem este serviço integrado de reduzir os custos do cliente, com maior eficácia. E isto é extremamente importante quando se trata de pequenas ou médias empresas, impossibilitadas de investir altas somas na compra de espaços comerciais dos veículos de comunicação de massa. Estas pequenas e médias empresas, normalmente não podem dirigir-se sistematicamente ao seu consumidor potencial, pois isto implicaria grandes gastos com publicidade. No entanto, se dispusessem de um serviço integrado de comunicação isto seria possível, porque as relações públicas, por exemplo, podem, a um custo bem menor que o da publicidade, cobrir esta faixa que fica fora do esforço concentrado de média”¹⁷.

Por seu turno, a comunicação electrónica, nomeadamente em suporte Web, atesta bem da importância das tecnologias nas novas formas de expressão política, de que é exemplo a “e.governance”.

Para Juan Luis Cebrián,

“O papel do Estado não se limita a regular ou a estabelecer normas. É também a representação da soberania, entendida como a vontade colectiva dos seus cidadãos. A rede contribui para a identificação de uma nova categoria de cidadãos do ciberespaço, uma espécie de cidadania do ciberespaço, com capacidade de auto-organização, regras particulares, comportamentos comuns. Tudo isto permite imaginar a existência de um Estado virtual, com seus próprios cidadãos, suas próprias relações de poder, seus próprios objectivos e sua própria e legítima soberania. Essa República Virtual pode servir de modelo para as tradicionais na hora de reformar ou de reorganizar as suas próprias instituições. Por um lado comprovarão que, à medida que o território virtual se expande em questões como a organização económica, o mercado ou a educação, a influência do Estado tradicional diminui”¹⁸.

E é por força deste cruzamento de factores que cada vez mais se questiona

17 - RODRIGUES PALMA Jaurès, in “Jornalismo Empresarial” - Editora Sulina/ARI - Porto Alegre 1983, pág. 23 .

18 - CEBRIÁN, Juan Luis, in “A Rede”, - Summus Editorial - S. Paulo 1999, pág. 93 .

qual o papel que ficará reservado aos jornalistas no futuro. Sobre a matéria, a Web é a grande pedra de toque que há-de determinar o novo rumo da comunicação tradicional. A propósito desta temática, recorda Hélder Bastos que

*“Certos autores consideram que num mundo cada vez mais sobrecarregado de informação, o papel tradicional do jornalismo irá evoluir do envio de mensagens a determinadas audiências para a oferta de orientação ao cidadão. A ênfase evoluirá do conteúdo para o contexto”*¹⁹.

Expostos estes circunstancialismos, fica claro que o Direito da Comunicação tem as suas raízes em múltiplas fontes, sendo indispensável distinguir entre fontes inorgânicas, mais de carácter subjectivo - as até agora tratadas - e fontes orgânicas, mais objectivas, e que serão estudadas na análise às fontes internas e externas, cuja abordagem agora se inicia.

4 - Fontes Internas: Leis Constitucionais, Leis Ordinárias, e Regulamentos

Importa referir previamente que a abordagem às fontes do direito em geral, e do Direito da Comunicação em especial não é matéria consensual entre os diversos autores ou estudiosos. Há múltiplas formas de olhar para esta temática, dependendo de diversos contextos, e da constituição social e política de cada país, bem como dos próprios momentos históricos que estejam em foco.

Para José Castan Tobenas,

“Las fuentes del Derecho positivo se han venido dividiendo por la doctrina tradicional en directas (que encierran en sí la norma jurídica) e indirectas (que ayudan a la producción y la comprensión de la regla jurídica, pero sin darle existencia por sí mismas). Las fuentes directas se suelen reducir a dos: la costumbre (expresión espontánea y directa de la conciencia social) y la ley (expresión reflexiva a través de los

19 - BASTOS Hélder, in “Jornalismo Electrónico” - Minerva Editora - Coimbra 2000, pág. 128.

órganos oficiales).

(...) Se distingue también entre fuentes formales e fuentes materiales. En general, las fuentes formales son las fuentes directas o inmediatas. Es fuente material del Derecho todo factor o elemento que contribuye a fijar en contenido de la norma jurídica. El carácter de la fuentes de esta clase es sociológico o metajurídico, y su número, ilimitado. Se citan como tales la naturaleza de las cosas, la necesidad o la utilidad social, la tradición, la opinión popular, etc. En realidad, no se las puede someter a catalogación”²⁰.

No mesmo sentido vai Luís Escobar de La Serna, que, todavia, particulariza defendendo que,

*“Las fuentes formales pueden ser definidas desde un doble punto de vista, pues cabe conceptualizarlas como actos u órganos de creación de normas o como los modos o formas de esa creación. Desde el primer aspecto son fuentes del Derecho las fuerzas sociales a los que, dentro del ordenamiento jurídico, se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia y primariamente, por propia potestad soberana, como pueden serlo el Poder legislativo, el judicial, la convicción general, los juristas con *ius discendi*, o las ciudades con potestad estatutaria. Desde el segundo aspecto, se llaman fuentes formales a los modos o formas de manifestarse externamente el Derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina, etc.)”²¹.*

Por uma questão de facilidade na sistematização dos conceitos, optamos neste trabalho por separar as Fontes Internas e as Fontes Externas. Ou seja, analisamos num primeiro tempo as fontes de cada país, e num segundo tempo as fontes externas ao próprio país.

Facilmente se compreende que esta metodologia é a única que permite uma abordagem rigorosa e sistémica, já que o que aqui se visa é um estudo

20 - TOBERNAS, José Castan, in “Derecho Civil Español, Común y Foral” (Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 1986, pág. 411 e 412

21 - ESCOBAR DE LA SERNA, Luís, in “Manual de Derecho de la Información” - Dykinson - Madrid 1997, pág. 95.

comparado entre o Direito da Comunicação no espaço ibérico, compreendendo, por isso, o caso português e espanhol.

Consideramos assim como Fontes Internas os factos normativos provenientes dos órgãos competentes do Estado; e Fontes Externas os factos normativos que surgem das relações entre Estados soberanos e outros sujeitos de direito internacional público.

Vale a pena relevar que, tanto em Portugal como em Espanha é usual considerar como Fontes Internas: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina, sendo que no respeitante à lei são reconhecidas três espécie fundamentais de fontes distintas: a lei constitucional, a lei ordinária e o regulamento.

A estas importa acrescentar ainda, princípio também válido para os dois países, algumas fontes de direito escrito específicas, tais como as directivas provenientes de institutos de regulação administrativa, estatutos editoriais dos media, e códigos deontológicos profissionais.

No que respeita à hierarquia das fontes do Direito da Comunicação, é comumente aceite, em Portugal e em Espanha, que as respectivas leis fundamentais - Constituição - correspondem ao grau hierárquico mais elevado, sobrepondo-se, inclusivamente, às normas de direito internacional, uma vez que vigora o princípio da soberania dos Estados.

Todavia, tratando-se de dois países de Direito Democrático, é óbvio que as respectivas Constituições consagram nos seus alicerces a inspiração e o respeito pelos princípios universais, nomeadamente os consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste sentido, o primado da hierarquia da Lei Fundamental deve também ser visto à luz deste pressuposto, não havendo lugar a qualquer tipo de equívoco. Mais adiante, quando abordarmos as Fontes Externas, aprofundar-se-á melhor os contornos deste condicionalismo...

Apesar de ser pacífico o princípio do primado da norma constitucional no respeitante à hierarquização das fontes, ainda assim, e perante a variedade de fontes para além da Lei Fundamental, é importante estabelecer um princípio hierárquico aplicável do primado constitucional. Com efeito, em muitos casos o âmbito de aplicação é coincidente, noutras pode ser contraditório ou divergente. Logo, impõe-se uma clarificação jurisprudencial, de forma a não se alimentarem

equívocos.

Para Luís Brito Correia,

“Em princípio, este problema é resolvido no âmbito do direito da comunicação social segundo as mesmas regras que vigoram noutras ramos do direito, sabendo-se que, para tanto, há que conjugar diversos preceitos, nem sempre isentos de dúvidas”(…)”²².

Segundo o mesmo autor pode estabelecer-se a seguinte hierarquia:

“1º - Lei constitucional (CRP, art. 207º e 277º); 2º - Tratado internacional e norma emanada de organização internacional (CRP, art. 8º n.º 2 e 3, e 277º); 3º - Decreto do Presidente da República que declare o estado de sítio ou o estado de emergência (CRP art. 19º); 4º - Lei de valor reforçado da Assembleia da República (CRP, art. 115º. n.º 2, 280º, n.º 2, alínea a), e 281º, n.º 1, alínea b)); 5º - Lei da Assembleia da República e decreto-lei do Governo (CRP, art. 115º, n.º 2, e 277.º); 6º - Decreto legislativo regional (CRP, art. 115º, n.º 3, e 229º, al. a)); 7º - Decreto regulamentar (CRP, art. 202º, al. c)); 8º - Resolução do Conselho de Ministros de conteúdo regulamentar; 9º - Directiva genérica da AACCS; 10º - Portaria (LRCT, art. 2º, 20º e 21º); 11º - Despacho normativo; 12º - Regulamento regional (CRP, art. 229º, b)); 13º Regulamento local (CRP, art. 242º, LRCP art. 242º, C.Adm, 828º, único, n.º 2); 14º - Convenção colectiva de trabalho e decisão arbitral (LRCT art. 2º, 5º, 6º, n.º 1, b) e c), 34º, n.º 8, 38º e 43º); 15º - Código deontológico dos jornalistas (Limp art. 61º); 16º - Estatuto editorial (Limp art. 3º, n.º 4)”²³.

No que respeita aos princípios da hierarquização das fontes de direito em Espanha os princípios aplicáveis são similares aos portugueses. Assim, a Constituição de 1978 é a norma fundamental, e a ela estão sujeitos os cidadãos e os poderes públicos, como consagra o n.º 1 do artigo 9º. Por isso mesmo, enquanto norma jurídica superior, dela derivam todas as demais, assumindo-se a

22 - BRITO CORREIA, Luís - in “Direito da Comunicação Social” - Almedina - Coimbra 2000, pág. 191, 23 - Op. Cit., pág. 192.

Lei Fundamental como a fonte das fontes do Direito.

Como primeira norma jurídica, a Constituição Espanhola é de aplicação directa, não carecendo os seus preceitos expressos de ulterior desenvolvimento legislativo, em todos os preceitos nela directamente consagrados. É o caso dos direitos e liberdade fundamentais, onde tem as suas raízes a liberdade de expressão.

No dizer de Escobar de la Serna,

*“La Constitución como fuente del Derecho inspira todo el ordenamiento jurídico, por lo que éste, en su totalidad debe ser interpretado de acuerdo con la Constitución. Por lo demás, ésta no deroga la tradición jurídica nacional, sino al contrario; puede decirse que se asienta sobre ella misma, al proclamar como valores o principios fundamentales los derechos y libertades individuales que, respondiendo a un fundamento ético esencial, no sólo son la base de una nueva concepción política, sino también expresión de los valores jurídicos que se hallan condensados en nuestras instituciones, especialmente por lo que hace referencia al Derecho civil, fruto de una experiencia jurídica secular”*²⁴.

Independentemente desta doutrina, e, de resto, dando-lhe expressão directa e objectiva, o Código Civil espanhol estabelece no seu artigo 1º, sob a epígrafe “De la normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, no capítulo “Fuentes del Derecho”, qual a hierarquia dessas mesmas fontes no ordenamento jurídico espanhol.

Recordando que no ordenamento espanhol se aplica o princípio da subordinação da norma inferior à superior, em conformidade com a hierarquia da fonte, Escobar de la Serna sintetiza essa hierarquia nos seguintes termos:

“En nuestro ordenamiento rige, pues, el principio de jerarquía de las fuentes, que indica un criterio de subordinación de las normas de rango inferior a las de rango superior. El primer lugar en esa jerarquía lo ocupa la Constitución; segundo, las leyes

24 - ESCOBAR DE LA SERNA Luis, in “Manual de Derecho da la Información” - Dykinson - Madrid 1997, pág. 98.

orgánicas; tercero, las leyes ordinarias, incluyendo aquí los decretos-leyes y los decretos legislativos; cuarto, los actos normativos emanados de la potestad reglamentaria”²⁵.

5 - Fontes Externas: Normas Internacionais e Normas Comunitárias

As fontes externas de direito são, naturalmente, todas aquelas que têm origem fora das fronteiras do território a que juridicamente um cidadão ou uma instituição está vinculado pela sua origem, ou pela sua presença efectiva ou esporádica. O facto dos normativos em apreço pertencerem ao mosaico de normas externas não significa que possam ter aplicação generalizada em todos os países ou territórios. Elas apenas têm aplicação de acordo com a adesão que cada Estado lhes faça, em função de convénios superiormente reconhecidos como internacionais. Com efeito, as normas de direito internacional só obtêm vinculação jurídica no ordenamento interno se transpostas e adoptadas pelos respectivos Estados.

De uma maneira geral, as respectivas Constituições dos Estados estabelecem as condições e as regras de vinculação aos normativos internacionais. Concretamente, no direito português o artigo 8º da Constituição enquadra a matéria em apreço nos seguintes termos:

“1 - As normas e os princípios do direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

“2 - As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português.”

“3 - As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde

25 - SERNA, Op. Cit., pág. 100.

que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.”

Antes de avançarmos sobre algumas considerações importantes relativamente às fontes internacionais é importante identificar as várias espécies de normativos que são abrangidos por esta designação. A saber: convenções internacionais, bilaterais ou multilaterais; deliberações de organizações internacionais (vinculativas nos termos dos respectivos estatutos, em regra aprovados por convenção internacional); costume internacional; princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; jurisprudência dos tribunais internacionais; e doutrina internacional.

Importa ainda dizer que é importante distinguir as normas de fonte internacional que regulam as próprias relações (direitos e obrigações) entre Estados, das normas de origem internacional que têm por objecto regular relações entre sujeitos de direito interno, em geral entre o Estado e particulares, ou entre particulares. Uma e outras interessam directamente ao Direito da Comunicação Social, como ramo de direito misto que é: público e privado.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira o objecto do preceito consagrado no artigo 8º da CRP,

“é explicitamente só o de regular a recepção do direito internacional público (DIP) e do direito das organizações internacionais na ordem jurídica interna, o que é apenas uma das questões jurídicas colocadas por essas normas. Esta disposição constitucional não regula: (a) as modalidades, a forma, a competência e o processo de vinculação internacional do Estado, que estão previstas noutras disposições constitucionais (arts. 138º/b, 164º/j, 200º - 1/b e c); (b) a validade e eficácia das normas do DIP nas relações internacionais do Estado, porquanto se trata de matérias do foro do próprio direito internacional; (c) as formas e os modos de execução interna das convenções que não sejam sel-executing, pois que tal matéria decorre naturalmente das regras constitucionais gerais sobre a distribuição da competência legislativa e executiva; (d) por último, a posição das normas recebidas na ordem interna no sistema de fontes, nomeadamente em confronto com a lei interna, questão que, de resto, não encontra

6 - A Perspectiva da Constituição Espanhola

No direito espanhol as coisas não são muito diferentes, no que se refere à vinculação do Estado às normas jurídicas de carácter internacional.

Com efeito, o artigo 96º da Constituição Espanhola é taxativo ao abordar a matéria nestes termos:

“1 - Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

“2 - Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

Em boa verdade, não ficam por aqui os normativos da legislação espanhola em matéria de direito internacional. De facto, a Constituição Espanhola dedica aos tratados internacionais os artigos 93 a 96 do Capítulo III do Título III. E quando diz, como atrás se refere, que os tratados internacionais, uma vez publicados em Espanha, fazem parte do ordenamento jurídico interno, parte-se do pressuposto que o mesmo sucede com os convénios, acordos ou tratados subscritos ou ratificados pela Espanha em qualquer área do direito, e particularmente no que respeita aos direitos humanos.

Ora, a liberdade de expressão, opinião e informação constituem a trilogia nuclear do Direito da Comunicação. Quer isto dizer que, sobre esta matéria, os ordenamentos jurídicos de Portugal e Espanha caminham em paralelo no que respeita à protecção constitucional, directa e indirecta, no respeitante a esta área. Mais adiante se verá que as respectivas constituições protegem expressamente

26 - GOMES CANOTILHO J. J. e MOREIRA Vital, in “Constituição da República Portuguesa Anotada” - 3ª Edição Revista - Coimbra Editora - 1993 - pág 82 e 83.

todos os direitos que fazem parte do catálogo do direito da comunicação e da informação.

7 - A Força Jurídica das Normas Comunitárias

No que respeita às normas comunitárias, quer Portugal quer Espanha estão em rigorosa igualdade de tratamento. Por feliz coincidência, os dois países aderiram no mesmo dia (12 de Junho de 1985) às Comunidades Europeias, actual União Europeia.

Ora, nos termos do Tratado de Roma, e bem assim os que posteriormente têm vindo a alterar e a completar aquele documento, os países membros da União Europeia obrigam-se a respeitar os seus normativos. Sobre a matéria, afirma Luís Brito Correia:

“Os regulamentos comunitários são directamente aplicáveis em Portugal (Tratado CEE, art. 249º (ex art. 189º)), independente de execução por leis nacionais (embora, por vezes, os próprios regulamentos imponham a aprovação de regulamentação nacional) “(...) Deve salientar-se que os diplomas de origem comunitária produzem os seus efeitos próprios em Portugal, desde que estejam publicados no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, independentemente da sua publicação no Diário da República”²⁷.

O mesmo é aplicável ao caso de Espanha. Como refere Luis Escobar de la Serna, a Comunidade não é só uma criação do direito,

“Sino que también persigue sus objetivos utilizando exclusivamente del Derecho. En otras palabras, es una Comunidad de Derecho: las relaciones entre las poblaciones de los Estados miembros no se rigen por la fuerza sino por el derecho comunitario. Este derecho, cuyo conjunto forma un ordenamiento jurídico, procede de fuentes diversas y es la base del sistema institucional. El derecho comunitario regula las relaciones entre las

27 - CORREIA Luís Brito, in Direito da Comunicação Social – Almedina - Coimbra 2000, pág. 190.

instituciones de la CE y establece los procedimientos de la toma de decisiones y les otorga el poder de actuación mediante reglamentos, directivas, recomendaciones y decisiones individuales que pueden tener efectos obligatorios frente a los Estados miembros y sus nacionales” ²⁸.

Em conclusão, o caminho percorrido até hoje nos países ibéricos, em matéria de Direito da Comunicação, não difere substancialmente em Portugal e Espanha. E também não poderia ser de outra forma, se tivermos em conta que o percurso político de cada um tem sido, ao longo dos tempos, de um impressionante paralelismo.

Ao nível das fontes em que o Direito da Comunicação dos dois países se tem inspirado, é de meridiana evidência que as influências do Direito Romano são uma presença constante. Tal como o são as tendências internacionais dominantes do nosso tempo. E uma vez pertencendo os dois países, de facto e de Direito, ao universo da União Europeia, o presente e o futuro, nesta matéria, terá cada vez mais um trilha comum.

A constatação destes factos não invalida que se releve a evidência de que o Direito da Comunicação em Portugal é hoje um ramo tecnicamente mais estruturado e pormenorizado do que o seu congénere na vizinha Espanha. Mas, ainda assim, são evidentes os progressos que as autoridades políticas de Madrid tem vindo a manifestar, no sentido de se aproximar de Portugal, nomeadamente no que respeita à regulação, auto-regulação e co-regulação no universo mediático.

28 - ESCOBAR DE LA SERNA, in Manual del Derecho de la Informacion - Dykinson - Madrid 1997, pág. 124 e 125.