

1 NOTA INTRODUTÓRIA. APRESENTAÇÃO E PLANO DE TRABALHO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a importância da liberdade de expressão – em suas múltiplas dimensões – como instrumento essencial na concretização de direitos fundamentais e da própria democracia.

Pretender-se-á demonstrar, ao longo da exposição, a necessidade de se promover uma redefinição do papel dos atores estatais, no cenário contemporâneo, como agentes atuantes na implementação das finalidades elencadas na Constituição Federal de 1988, no que se refere ao regime comunicativo.

Cuidar-se-á, em outros termos, de analisar a estreita conexão entre os limites de intervenção do Poder Público na esfera privada comunicativa e a garantia *in totum* da liberdade de expressão, princípio constitucional disposto no inciso IV, do artigo 5º, da Magna Carta.

Cabe registrar, todavia, a título preliminar, - e esse é um ponto relevante para o desenvolvimento da tese -, a existência de inúmeras propostas de distinção terminológica entre os conceitos de “liberdade de expressão”, “liberdade de manifestação do pensamento”, “liberdade de comunicação”, “liberdade de informação” e “direito de informação”.

A doutrina nacional e estrangeira é extremamente controversa quanto ao tema. Assim, por exemplo, há quem sustente que as liberdades de expressão e de comunicação derivam da liberdade de pensamento¹. Por outro lado, argumenta-se que o termo “liberdade de expressão” consistiria em um gênero, do qual seriam espécies a “liberdade de manifestação do pensamento, de opiniões ou de consciência”². Por sua vez, a Declaração dos

¹ Cf. FAVOREU, Louis (Org.). *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000, pp. 221 – 222. V., no mesmo sentido, RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 54.

² Cf. FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 53: “(...) A opção pelos termos *liberdade de expressão* e *comunicação* justifica-se, em primeiro lugar, pelo fato de o termo liberdade de expressão (gênero) substituir os conceitos liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies), podendo-se, pois, empregar a frase *liberdade de expressão* para abranger as expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor (...)”.

Direitos do Homem espelha a ideia de que a “liberdade de expressão” abrangeria a “liberdade de pensamento”³. Curiosamente, a Constituição da República Brasileira não faz menção expressa à nomenclatura “liberdade de expressão”, se valendo, genericamente, da locução “manifestação do pensamento”.

Tratando-se, contudo, de conceitos intimamente relacionados, sujeitos a inúmeras discussões no meio acadêmico, optou-se, ao ângulo da concepção clássica, por utilizar indistintamente o(s) termo(s) “liberdade de manifestação do pensamento”, tradutor da “liberdade de expressão” (gênero), que teria como espécies a “liberdade de informação” (abrangente, na esfera comunicativa empresarial, da “liberdade de imprensa”) – atrelada ao direito de emitir opiniões e informações – e o “direito de informação”, relacionado especialmente aos destinatários da mensagem, opinião ou informação.

O ineditismo da presente obra se calca na necessidade de avanço, no âmbito acadêmico nacional, do estágio atual da discussão em torno da eficácia jurídica da “liberdade de manifestação do pensamento”⁴. Mais do que uma mera abordagem das hipóteses de restringibilidade – à luz da técnica da ponderação de interesses – da liberdade de expressão, propõe-se, de forma concreta, uma remodelação do papel do Estado como agente protetor das citadas liberdades.

Em suma, o ponto nodal desse trabalho é agregar à já conhecida visão “libertária” da liberdade de expressão – que implica uma posição de abstenção do Poder

³ Preceitua o artigo 11 da Declaração: “(...) A livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode ainda falar, escrever, publicar livremente, podendo responder ao abuso dessa liberdade dentro dos casos determinados pela lei (...)”.

⁴ Convém assinalar, entretanto, que o tema ora proposto – democracia, pluralismo e liberdade de expressão - já foi tangenciado em outras obras da doutrina brasileira. Veja-se, nesse sentido, FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (tese de livre-docência em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo); FARACO, Alexandre Ditzel. Controle da qualidade da radiodifusão – Mecanismos de aplicação do artigo 221, IV, da Constituição Federal. In: *Revista de Direito Público da Economia*, volume 14, 2006, pp. 7 – 36; FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. In: *Revista de Direito Público da Economia*, volume 2, 2003, pp. 9 – 58; COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. In: *Revista de Direito da Concorrência*, volume especial, 2003, pp. 56 – 87; BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Público -, uma vertente denominada “democrática”, significativa na doutrina e jurisprudência estrangeiras.

A intrincada questão é objeto de intenso debate na doutrina norte-americana desde a década de 1960, sendo até hoje alvo de estudos em universidades de renome (como Yale e Harvard, entre outras)⁵.

Da mesma forma, o tema permanece aceso na Europa, onde alguns países já adotam, há anos, mecanismos de garantia e controle da diversidade plural nos meios de comunicação de massa⁶. Na Alemanha e França, por exemplo, se encontramos mais variados julgados em tal sentido.

No Brasil, no entanto, talvez por um relativo recente processo de redemocratização do país, a discussão sobre o alcance da liberdade de expressão ainda se cinge ao seu aspecto eminentemente defensivo. Após anos de ditadura militar, o Estado ainda é visto como “um inimigo das liberdades”, sobremaneira quando se trata de hipóteses eventuais de restrição à liberdade de imprensa.

Nada obstante, a despeito da escassez literária acerca do tema, há de se ressaltar que a Carta de 1988, ao lado da garantia de um “discurso livre”, expressamente preceitua outros valores e interesses constitucionais não menos importantes, como a vedação do anonimato, pluralismo político, acesso à informação, direito de resposta e outros princípios informadores da Ordem Social.

Por se tratar de assunto recente – e relativamente delicado -, diversos princípios constitucionais próprios da esfera comunicativa têm sido pouco explorados não somente pela doutrina publicista, como também pelos demais Poderes Constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁵ Confira-se, nesse sentido, BAKER, Edwin. *Media, markets, and democracy*. West Nyack: Cambridge University Press, 2001; KANG, Jerry. *Communications law and policy*. New York: Foundation Press, 2005. Notadamente sobre a relação entre democracia e a liberdade discursiva, v., por todos, DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006; e FISS, Owen. *Liberalism divided*. Boulder: Westview Press, 1996.

⁶ V., por todos, KELLY, Mary J. et al. *Media in Europe*. London: Sage, 2004.

Nesse passo, o infundado receio de um “retorno à censura”, tão em voga na imprensa brasileira, parece impedir a verdadeira proteção de bens constitucionais, como a própria capacidade de emitir opiniões. Como consequência de uma inércia estatal, constata-se, no ramo comunicativo pátrio, uma primazia do poderio econômico de determinados agentes privados, capaz de esvaziar a liberdade de expressão – e, por conseguinte, outros direitos fundamentais dela decorrentes – de grupos com “menor voz ativa”⁷.

Almeja-se, ao fim dessa tese, estabelecer a necessidade de uma atuação positiva do Estado, com a finalidade de se preservar “*uma igualdade de chances na esfera comunicativa*”, essencial ao funcionamento apropriado do regime democrático. Para tanto, cuidar-se-á de demonstrar a postura que se julga adequada para um comportamento dos Poderes Constituídos na busca de um equilíbrio entre as concepções libertária e democrática da liberdade de expressão.

Quanto ao plano de trabalho, optou-se por dividir a obra em três partes bem definidas: em primeiro plano, uma Parte Geral contendo as premissas teóricas a serem desenvolvidas; em segundo, sob o influxo de uma concepção “libertária”, uma Parte que aborda as hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e os demais bens constitucionais; e, por fim, uma Terceira Parte a explorar a influência e possibilidade de aplicação da concepção “democrática” no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, os fundamentos hábeis a sustentar a restrição da liberdade da expressão (de minorias com maior poder econômico), para fins de proteção da própria liberdade (de maiorias com menor “voz ativa”).

De forma mais detalhada, objetiva-se, na Primeira Parte, contextualizar, de forma breve, a liberdade de expressão em meio à moderna perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais, estabelecendo a necessidade de conciliação entre o seu *status negativus* – traduzido no dever de abstenção estatal na esfera comunicativa – e o *status civitatis*, onde se

⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Op. cit., p. 43: “(...) Não é possível ignorar que a atividade de comunicação social se insere no escopo de proteção de uma das liberdades mais caras à democracia: a liberdade de expressão. Mas ao se reconhecer que a liberdade de expressão, associada a uma grande concentração do poder, distorce o processo democrático (e o exercício da mesma liberdade por outras pessoas), não é admissível concebê-la em termos tão absolutos a ponto de negar a possibilidade de regulação dos meios de comunicação social (o que acabaria por preservar estruturas de poder antidemocráticas e privilegiar a expressão de algumas – poucas – vozes em detrimento de outras)”. Adverte o autor, por outro lado: “(...) Mas a regulação e fixação de limites a esse poder devem ser pensadas de forma a evitar que, sob a justificativa de proteger a democracia, se pretenda eliminar a independência que os meios de comunicação devem ter em relação ao Estado (...)”.

imputa ao Estado de um dever de regulação, para fins de promoção da própria liberdade de expressão e informação.

Algumas premissas teóricas importantes serão desenvolvidas nessa Parte inicial. Analisar-se-á, nesse passo: (i) o aporte jusfilosófico da liberdade de expressão, à luz do princípio democrático, ou seja, a engenhosa relação entre as teorias procedimentalistas do discurso e a importância da liberdade de expressão como instrumento crucial ao funcionamento da democracia; (ii) o regime constitucional das liberdades comunicativas no Brasil, em especial, os contornos do denominado “princípio da incensurabilidade prévia”; (iii) a necessidade de se repelir tentativas de invocação de um “estado de exceção”, capaz de comprometer o núcleo essencial da liberdade de expressão; (iv) em casos de utilização da técnica da ponderação de interesses (*balancing*), a “posição de preferência” (*preferred position*) da liberdade discursiva (*free speech*) na jurisprudência constitucional norte-americana; (v) a possibilidade de imposição de hierarquia axiológica, no âmbito brasileiro, ao princípio da liberdade de manifestação do pensamento; (vi) a identificação do chamado “conteúdo relevante” do discurso, à luz dos princípios e finalidades do texto constitucional brasileiro.

Cuidar-se-á, na Segunda Parte, tendo em consideração a vertente “libertária”, dos principais princípios constitucionais hábeis a relativizar, em concreto, a posição *prima facie*, em tese, da liberdade de expressão. Vai se examinar, portanto, com propriedade: (i) o conflito entre a livre iniciativa, na qualidade de fundamento da República, e a liberdade de informação, adotando-se como norte a aplicação do “teste da proporcionalidade” em sentido econômico; (ii) a eficácia jurídica dos princípios dispostos no artigo 221, da Constituição Federal de 1988, aplicáveis à programação das empresas de radiodifusão sonora e de imagens, passando-se pela polêmica atual em torno do estabelecimento de “cotas” pelo legislador infraconstitucional; (iii) os limites impostos, na esfera comunicativa, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, caso em que vai se construir três *standards* específicos de ponderação; (iv) um estudo de caso minucioso envolvendo o tema mais atual enfrentado na jurisprudência norte-americana, qual seja, a esfera de proteção constitucional do discurso pornográfico; (v) a aplicação do caso anterior ao ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos valores éticos e sociais da família, e da proteção à infância e adolescência.

Na Terceira Parte, vai se tratar com profundidade o tema central da tese, qual seja, a possibilidade – e necessidade - de aplicação da concepção democrática da liberdade de expressão, efetuando-se um cotejo analítico das principais decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais acerca do tema. Investigar-se-á, nesse passo: (i) o aspecto hierárquico-axiológico do *free speech* no ordenamento norte-americano, onde a Primeira Emenda desfruta, até a presente data, de uma posição preferencial (*preferred position*) no processo de ponderação, narrando-se a evolução jurisprudencial da Suprema Corte em torno da denominada “doutrina da equidade” (*fairness doctrine*), desde o seu surgimento e ascensão, até a sua queda, já na década de 1980; (ii) a aplicação da dimensão objetiva da liberdade de expressão na Alemanha, e as consequências da adoção da “teoria mediata da eficácia dos direitos fundamentais *inter privatos*” para o estudo em foco; (iii) a atuação do Conselho Constitucional francês, na qualidade de órgão responsável pelo controle prévio de constitucionalidade das leis e atos normativos, cujas decisões espelham de forma cabal a preocupação com a difusão da informação na esfera comunicativa; (iv) a íntima relação entre democracia, pluralismo e liberdade de expressão no Brasil, enumerando-se os fundamentos jurídicos capazes de sustentar a adoção, no cenário nacional, da *fairness doctrine*; (v) a redefinição da responsabilidade do Estado na garantia da liberdade de expressão; (vi) os fundamentos teóricos, à luz das teorias dos direitos fundamentais, para a imposição de restrições à liberdade de expressão; (vii) considerando o pluralismo na esfera comunicativa, as propostas para uma atuação adequada dos Poderes Constituídos.

Por fim, uma observação merece ser ressaltada. Adianta-se, desde já, que, por óbvio, devido à amplitude do tema proposto, por fins puramente didáticos, alguns pontos - não menos importantes – relativos à liberdade de expressão deixaram de ser abordados. Assim, por exemplo, optou-se em não se adentrar com a profundidade merecida (por serem dignos, talvez, de estudos tão complexos) a questões extremamente controvertidas como Internet e espaço cibernético, bem como *hate speech* (discurso do ódio) e o *commercial speech* (liberdade de propaganda). Nem por isso, contudo, se absteve de citá-los em situações oportunas.

1.1 Localização do Tema. O Caráter Multifuncional dos Direitos Fundamentais e a Liberdade de Expressão.

Segundo a doutrina de Direito Público, os direitos fundamentais constituem posições jurídicas concernentes aos indivíduos (e, em certos casos, às pessoas jurídicas)⁸, exercendo, perante o Estado e os demais atores privados, uma ampla variedade de funções na ordem jurídica⁹.

Passa-se, a título preliminar, para fins de compreensão da tese defendida, a discorrer sinteticamente sobre a usual sistematização dos direitos fundamentais – também qualificados de direitos públicos subjetivos - identificados nas múltiplas relações abrangendo o Estado e o cidadão.

Destaca-se, inicialmente, como escrito pioneiro em torno do assunto, em que se coloca a viabilidade de se exigir do ente público certos direitos – a chamada sindicabilidade –, a obra “*Sistema Dei Diritti Pubblici Subbiettivi*”, de autoria de GEORG JELLINEK¹⁰.

Em sua clássica teoria, de viés eminentemente positivista, JELLINEK formula a existência de quatro *status* representativos do ponto de vista de qual pode ser considerada a situação de direito público de um indivíduo: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*, que podem ainda espelhar outros quatro aspectos: passivo, ativo, negativo e positivo¹¹.

⁸ V., sobre os atributos dos direitos fundamentais, TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, volume XII, p. 350. O autor enumera os seguintes traços diferenciadores dos direitos fundamentais: preexistência, à medida em que não seriam criados pela ordem positiva, mas apenas assim reconhecidos; imprescritibilidade e inalienabilidade; oponibilidade *erga omnes*, uma vez que a todos é dado o dever jurídico de sua observância; e auto-aplicabilidade, atributo expressamente consignado no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988.

⁹ Sobre a perspectiva multifuncional dos direitos fundamentais, v., na doutrina brasileira, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

¹⁰ JELLINEK, Georg. *Sistema Dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Societè Editrice Libreria, 1912.

¹¹ *Ibidem*, p. 98.

O *status subiectionis*, tradutor da subordinação individual ao Estado, abrangeria a esfera dos deveres do indivíduo perante o ente estatal – *passiven Status* – no qual é excluída a sua autodeterminação e personalidade absoluta¹².

O *status libertatis*, a seu turno, exibiria a capacidade do Estado de fornecer prestações, limitando a sua esfera de atividade em prol do bem do indivíduo, senhor absoluto e livre do *imperium*. Aqui se reconhecera o aspecto negativo – *status negativo* - incluído na liberdade individual¹³.

O cunho formal e individualista da doutrina de JELLINEK fica suficientemente claro na sua descrição do *status civitatis*, que representa as prestações estatais diretamente exigíveis. Para o autor, o indivíduo não teria qualquer pretensão à atividade do Estado, podendo somente demandar que se tenha observância a seus interesses de fato¹⁴. Diversamente do *status libertatis*, o *status civitatis* se relacionaria ao aspecto positivo da classificação proposta, vale dizer, para o indivíduo, traduziria uma necessidade de ação positiva do Estado, constituindo tudo aquilo que pode formar objeto de um dar, fazer ou prestar estatal¹⁵.

¹² Ibidem, p. 96 – 97: “(...) Uma personalità assoluta dell’individuo, non subordinata, in massima, in alcuna maniera allá volontà dello Stato è una concezione incompatibile con la natura dello Stato, e che si riscontra soltanto nella mistica personalità prestatale, della speculazione del diritto naturale. Ogni personalità è adunque relativa, cioè a dire limitata (...)”. (...) Uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada de nenhuma maneira à vontade do Estado é uma concepção incompatível com a natureza do Estado, e que se encontra na mística personalidade pré-estatal, da especulação do direito natural. Cada personalidade é relativa, isto é, limitada (...) – tradução livre.

¹³ Ibidem, p. 97: “(...) Al membro dello Stato appartiene perciò uno status, nel qual egli è signore assoluto, una sfera libera dallo Stato, una sfera che esclude l’ imperium. Questa è la sfera della libertà individuale, dello status negativo, dello status libertatis, nella quale gli scopi strettamente individuali sono adempiuti mediante la libera attività dell’individuo (...)”. (...) Ao membro do Estado compete portanto um status, no qual ele é senhor absoluto, uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o imperium. Esta é a esfera da liberdade individual, do status negativo, do status libertatis, na qual os escopos individuais são cumpridos mediante a livre atividade do indivíduo (...) – tradução livre.

¹⁴ Ibidem, p. 127 – 128.

¹⁵ Ibidem, p. 134.

Por último, ter-se-ia no *status activae civitatis* uma dimensão do aspecto ativo, intimamente ligado ao exercício dos direitos políticos. Caberia ao Estado, nessa hipótese, promover uma condição mais elevada à fruição da cidadania ativa¹⁶.

Apoiando-se na supracitada classificação tetrapartite, reconhecida como marco teórico de vital importância para o processo de concretização dos direitos fundamentais, almejar-se-á comprovar que, em se tratando de fundamentação das relações envolvendo cidadãos e o Poder Público, o direito de liberdade de expressão pode ser classificado, a depender da situação em concreto, como um *status negativus* – quando representar um dever de abstenção do Estado na esfera comunicativa – ou um *status civitatis* – no caso de imputação ao Estado de um dever de atuação para promoção da própria liberdade de expressão e informação. Tais posições, há de se frisar desde já, não seriam excludentes, mas complementares, conforme detalhar-se-á linhas adiante.

Na esteira da teoria de JELLINEK, a doutrina publicista moderna vem avalizando a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, de forma a não admiti-los como meros direitos de defesa contra os poderes públicos, nem como simples direitos subjetivos públicos. Nesse contexto, torna-se de extrema complexidade a tarefa de estabelecimento de uma pronta classificação dos direitos fundamentais, em contraposição à tradicional concepção de subdivisão dos direitos em “gerações” ou “dimensões”. Existe, no entanto, razoável consenso no sentido de se estabelecer uma distinção entre “direitos de defesa ou de cunho eminentemente defensivo” e “direitos prestacionais ou de cunho eminentemente prestacional”.

Segundo o clássico posicionamento de origem liberal, os direitos fundamentais encerrariam, em um primeiro momento, direitos de defesa do indivíduo em face do Estado. Sob essa condição, almejariam a limitação do poder estatal, remetendo-se à tradicional abstenção por parte dos poderes públicos, traduzindo para esses um dever de

¹⁶ Ibidem, p. 98: “(...) L’ attività dello Stato è possibile soltanto mediante l’ azione individuale. In quanto lo Stato riconosce all’ individuo la capacità di agire per conto dello Stato, lo promuove ad una condizione più elevata, più qualificata, alla cittadinanza attiva. Questa è lo status attivo, lo status activae civitatis, nel quale l’ individuo è autorizzato ad esercitare i così detti diritti politici, nel loro stretto significato (...)”. (...) A atividade do Estado é possível apenas mediante a ação individual. Enquanto o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, lhe promove a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa. Este é o status ativo, o status activae civitatis, no qual o indivíduo é autorizado a exercitar desta maneira os direitos políticos (...) – tradução livre.

respeito com os bens e interesses da pessoa humana¹⁷. Atrelados ao *status negativus* e *status libertatis*, englobariam os direitos de cunho defensivo, precipuamente, os denominados “direitos de primeira dimensão” ou “direitos negativos”, incluindo-se os direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade – típicos direitos individuais - bem como os direitos políticos e algumas garantias fundamentais, entre outros.

Em um primeiro ângulo, a liberdade de expressão, na qualidade de verdadeira liberdade pública, seria revestida de tal condição, à medida em que estabeleceria ao Estado um dever de “não fazer”, tal como por exemplo, um dever de “não censurar previamente a liberdade de manifestação de pensamento”, de “não cercear a liberdade de expressão e opinião” ou, do ponto de vista econômico, de “não impor excessivas obrigações positivas às empresas difusoras de informação”, como empresas de radiodifusão sonora e de imagens (emissoras de rádio e televisão).

Ao lado da condição de direitos de defesa, vincular-se-ia a concepção dos direitos fundamentais como direito a prestações, em que caberia ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Sob esse prisma, caracterizado especialmente pelo advento do Estado Social de Direito, exigir-se-ia dos poderes públicos uma postura ativa, ou seja, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais¹⁸. Atrelados ao *status positivus* e *civitatis* de Jellinek, englobariam precipuamente os “direitos de segunda dimensão”, ou “direitos positivos”.

Aqui também poderia se enquadrar a liberdade de expressão, não mais sob uma perspectiva defensiva, de liberdade pública, mas sob uma ótica democrática. A liberdade de expressão serviria, nesse aspecto, como uma ferramenta para a fruição de outros direitos

¹⁷ V., a respeito, VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 174: “(...) Os *direitos de defesa* ou direitos de impedir caracterizam-se por implicarem, da parte do Estado, um *dever de abstenção*: abstenção de agir e, por isso, dever de não-interferência ou de não-intromissão, no que toca às liberdades propriamente ditas, em que se resguarda um espaço de autodeterminação individual; abstenção de prejudicar e, então, dever de respeito, relativamente aos bens, designadamente pessoais (vida, honra, bom nome, intimidade), que são atributos da dignidade humana individual (...)”.

¹⁸ *Ibidem*, p. 174: “(...) Os *direitos a prestações*, ao contrário, imporiam ao Estado o *dever de agir*, quer seja para proteção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais conta a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais (...)”.

fundamentais, de direitos políticos e, até mesmo, a própria liberdade de expressão. Mais do que isso, subsistiria ao Estado um dever de agir – ainda que interferindo na ordem econômica - para assegurar a promoção de princípios constitucionais como o pluralismo e a garantia efetiva do Estado Democrático de Direito.

Em resumo, conforme assinala J. J. GOMES CANOTILHO, os direitos fundamentais desempenhariam suas funções sob uma dupla perspectiva: constituiriam, em um plano “jurídico-objetivo”, normas de competência negativa para o Poder Público, proibindo a sua ingerência na esfera jurídica individual; ao mesmo passo, em um segundo plano, denominado “jurídico-subjetivo”, implicariam o poder de exercer positivamente outros direitos fundamentais¹⁹.

Cuidar-se-á, no decorrer dessa exposição, da perspectiva objetiva do direito de informação, traduzida em um dever *prima facie* de abstenção do Estado na esfera de liberdade de expressão em seu aspecto individual, passando-se, em um segundo momento, a uma perspectiva subjetiva, situação em que o Poder Público deve exercer papel essencial à fruição de outros direitos fundamentais, como o direito de informação e a própria liberdade na esfera comunicativa. Cabe repetir: ao contrário do que supostamente poder-se-ia fazer crer, ambas as perspectivas não são meramente antagônicas, mas complementares. Essa a ideia crucial a ser oportunamente desenvolvida.

1.2. Democracia e Liberdade de Expressão. Notas Sobre a Fundamentação Filosófica da Liberdade de Manifestação do Pensamento e o Princípio Democrático.

Antes de se proceder, de forma específica, à investigação principiológica da liberdade de manifestação do pensamento, faz-se mister pontuar a estreita conexão, à luz da filosofia do Direito Constitucional, entre a liberdade de expressão e o princípio democrático. Em outros termos, objetiva-se, no presente tópico, tecer breves notas em torno da fundamentação jusfilosófica da liberdade de expressão e de seu importante papel como condição procedimental da democracia.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 405 - 406.

Pretender-se-á demonstrar, como premissa teórica, que o alcance de uma “igualdade de chances” na esfera comunicativa somente se afigura possível mediante uma moderna justificação da liberdade de expressão, de forma a abranger tanto a sua dimensão autônoma (ou seja, como liberdade pública “constitutiva”²⁰) como instrumental.

Partindo-se, portanto, de um modelo democrático deliberativo, plenamente aplicável ao modelo constitucional brasileiro, há de se provar que, adjacente à concepção libertária, a possibilidade de restrição ao princípio da liberdade de manifestação do pensamento (a ser analisado, com maiores detalhes, na Segunda Parte do trabalho) será viável em caso de ausência de “igual respeito aos demais cidadãos integrantes da comunidade política”²¹. Confira-se a seguir.

A questão da fundamentação dos direitos fundamentais comporta discussão das mais acirradas na moderna doutrina publicista, que certamente escapariam ao objeto precípuo do presente estudo²². É possível, contudo, se identificar algumas importantes teorias

²⁰ A concepção de liberdade de expressão como liberdade “constitutiva” é desenvolvida por RONALD DWORKIN, para quem o denominado free speech deveria ser entendido como essencial condição de uma sociedade considerada justa. Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, pp. 199 – 200.

²¹ V. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 166. Estabelecendo uma contraposição entre o modelo substantivo de democracia deliberativa de John Rawls e o modelo procedimental de Habermas, o autor trata da liberdade e da igualdade como condições para a cooperação na deliberação democrática.

²² Na doutrina contemporânea, persiste uma dúvida ainda maior entre a possibilidade ou não de se estabelecer uma fundamentação dos direitos humanos e/ou fundamentais. De um lado, uma matriz subjetivista, partindo da idéia de que os juízos de valor (em especial os morais) não dizem respeito ao mundo do ser, sendo, portanto, impossíveis de verificação, nega qualquer viabilidade de fundamentação racional. Para essa concepção, informadora de todo o positivismo jurídico, não se afiguraria possível realizar-se a tarefa de fundamentação dos direitos, inclusive como a própria ordem jurídica. De outro giro, uma matriz considerada objetivista afirma a existência de uma ordem de valores, regras ou princípios que possuem validade objetiva, absoluta e universal, independentemente da consciência valorativa dos indivíduos. Essa concepção, defensora da possibilidade de fundamentação, subdivide-se em jusnaturalista - identificada com os pressupostos do Direito Natural - ou ética, identificada com os valores e exigência éticas que respaldam os direitos humanos. Uma análise pormenorizada do tema pode ser encontrada em SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. *Fundamentando os Direitos Humanos: Um Breve Inventário*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 113 – 134.

que certamente podem vir a contribuir para a construção de um aporte mínimo filosófico para a íntima relação entre a liberdade de expressão e o princípio democrático²³.

Em primeiro plano, cumpre ressaltar a concepção de ROBERT ALEXY, que em obra específica, busca fundamentar os direitos humanos pela teoria do discurso, instituindo duas etapas distintas, quais sejam, a substanciação das regras do discurso e, em momento posterior, a respectiva justificação dos direitos fundamentais. Para o autor, a teoria do discurso pode ser caracterizada como uma teoria do procedimento. A seu ver, uma norma somente é válida se for o resultado de um certo procedimento, qual seja, de argumentação²⁴. Apoiando-se, por conseguinte, na máxima de que válidas são as normas que os possíveis afetados podem concordar como participantes em discursos racionais, aduz que se as regras do discurso são válidas, os direitos fundamentais podem ser assim justificados²⁵. Através do princípio discursivo, portanto, poderiam ser fundamentados direitos como a liberdade de expressão e a própria liberdade de informação, à medida em que haveria de ser garantida uma pretensão igualitária de formação de opinião pelos cidadãos.

Servindo de base à concepção de ALEXY, tem-se, ainda no plano da filosofia do direito, a teoria do discurso habermasiana²⁶. Partindo de um conceito amplo de razão, JÜRGEN HABERMAS defende que as questões práticas podem ser decididas racionalmente. A base de sua teoria seria, portanto, uma pragmática universal que tentaria

²³ Destaca-se, nesse particular, os modelos de legitimação descritos por RICARDO LOBO TORRES, que enfoca, dentre as diversas propostas de classificação, as teorias teológica, teleológica, contratual e democrática. Explica, nesse ponto, que enquanto o primeiro modelo vincularia à lei divina a lei humana, na legitimação teleológica vai se buscar identificar alguma finalidade que possa justificar o ordenamento jurídico. O terceiro modelo, por sua vez, atrelado aos ideais de Hobbes, Locke e Rousseau, propugnaria uma legitimação contratual intermediada pela tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Por último, a legitimação democrática, corrente no mundo hodierno, vem a suscitar discussões das mais complexas, envolvendo a racionalidade jurídica e discursiva. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 408 – 420.

²⁴ ALEXY, Robert. *Discourse Theory and Human Rights*. In: *Challenges to Law at the end of the 20th. Century (17th IVR World Congress)*. Bologna, 1995, v. II. 1995, p. 22: “(...) Discourse theory is a procedural theory of practical correctness. According to it, a norm is correct and therefore valid, if it is or might be the result of a certain procedure – that of rational practical discourse. A discourse is a procedure of argumentation (...)”. V., ainda, sobre o tema, ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 244.

²⁵ *Ibidem*, p. 23.

²⁶ Uma vasta abordagem da teoria do discurso de Habermas é encontrada em MAIA, Antônio Cavalcanti. “Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia”. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, volume 2, pp. 3 - 81.

reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem²⁷. Em sua ótica, os direitos fundamentais seriam exemplos de uma moral universalista no sentido de formas de vida racionalizadas, a ponto de permitir o discernimento de juízos morais universais propiciando motivações para a transformação do agir moral²⁸.

Tendo o pluralismo como vetor norteador de sua teoria normativa, HABERMAS elabora um modelo de democracia deliberativa²⁹, cujas condições procedimentais abarcariam justamente direitos fundamentais. A democracia seria “*o núcleo de um sistema jurídico, formado por uma gênese de direitos e gerados por um processo circular em que o código do direito e o mecanismo de sua produção se confundem, resultando na produção de um direito legítimo*”³⁰. Ao ângulo democrático, os direitos fundamentais poderiam ser enquadrados na seguinte classificação:

(i) direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;

(ii) direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do status de membro de associação voluntária de parceiros de direito;

(iii) direitos fundamentais resultantes de imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;

²⁷ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Op. cit., p. 236.

²⁸ V. NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 486.

²⁹ Sobre os princípios da democracia deliberativa habermasiana, v. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

³⁰ Cf. PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 137: “(...) Para Habermas, a produção do direito ocorre por meio de um processo de representação abstrata internalizado concretamente, em que os cidadãos se impõem, obrigatória e reciprocamente os direitos que regularão a sua convivência com os meios utilizados no direito positivo. Esses direitos, considerados *in abstracto*, formam o código jurídico e determinam as categorias do *status* das pessoas (...)”.

(iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, em que os civis exercitam sua autonomia política, por meio dos quais criam o direito legítimo;

(v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social e economicamente, na medida de necessidade de aproveitamento dos direitos elencados de (i) a (iv)³¹.

Em meio à classificação proposta, HABERMAS aduz que os três primeiros conjuntos de direitos seriam relacionados à garantia de uma autonomia privada, ao passo que os direitos (iv) e (v) sintetizariam a possibilidade de exercício de uma autonomia pública.

Categorizando os direitos fundamentais como verdadeiros direitos de participação, a liberdade de expressão – em especial, do ponto de vista do emissor da mensagem – poderia ser enquadrada no item (iv), caso em que a democracia serviria de sustentáculo na promoção de uma igualdade subjetiva e objetiva no processo de formação de expressão de opiniões.

O modelo deliberativo procedimental de HABERMAS, erigido na sua tese de fundamentação dos direitos fundamentais a partir de uma ética do discurso, e decorrente de um princípio de universalização, no intuito de legitimar a prática discursiva e a norma³², em muito se aproxima do embasamento da concepção de ALEXY e sua “teoria da argumentação”³³. Denota, em linhas gerais, a complexidade em se alcançar uma fundamentação para os direitos fundamentais, problema que ainda se encontra aceso doutrina jurídica moderna³⁴.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Volume I, pp. 159 – 160.

³² NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. Op. cit., p. 495.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001. V., do mesmo autor, *Derecho y Razón Práctica*. BEFDP, México, 2002, pp. 20-24.

³⁴ Cabe, nesse passo, registrar, outra distinta teoria dos direitos fundamentais, de autoria de ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, que pode ser resumida a cinco categorias. Em primeiro lugar, mediante uma denominada teoria denominada liberal ou do “Estado de Direito Burguês”, os direitos fundamentais seriam concebidos como direitos de liberdade do indivíduo perante o Estado, se estabelecendo para assegurar, frente à

Tendo, portanto, como base, as diversas teorias de fundamentação dos direitos fundamentais até então propostas, é possível vislumbrar uma interseção entre todas as concepções jusfilosóficas, qual seja, a importância de estabelecimento de um processo igualitário na formação de opinião, para fins de garantia e desenvolvimento do regime democrático. Tanto na teoria do discurso de ROBERT ALEXY, de caráter procedimental, onde “*somente quem pode falar pode participar de um discurso*”, quanto no modelo habermasiano, em que os direitos fundamentais devem ser considerados como “*direitos à participação com igualdade de chances*”, observa-se a importância da promoção – tanto pelo Estado como pelos atores privados – da liberdade de expressão *lato sensu* como instrumento essencial à democracia participativa.

Pois bem. Uma vez analisadas algumas importantes teorias de fundamentação dos direitos fundamentais, importa, nessa quadra da exposição, situar algumas considerações em torno do princípio democrático e sua conexão com a liberdade de expressão. Adianta-se desde já, no entanto, ser impossível se proceder a uma análise exaustiva

ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual e social especialmente expostos a ela. Os direitos fundamentais teriam, portanto, como ponto de partida, o princípio da distribuição, apresentando-se como emanção e concretização desse princípio e enfocados como normas de distribuição de competências entre o indivíduo (sociedade) e o Estado. Em segundo lugar, consoante uma teoria institucional, os direitos fundamentais deixariam de exprimir o cunho eminentemente defensivo em relação ao Estado, para assegurar um âmbito de liberdade individual e social em que os indivíduos, do ponto de vista jurídico, poderiam atuar a seu arbítrio, segundo o caráter de princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por eles protegidos. Diferentemente da teoria liberal, a liberdade deixa de ser indefinida (liberdade sem mais) para se tornar uma liberdade orientada a determinados interesses concretamente à realização do sentido objetivo-institucional dessa garantia. Uma terceira teoria, identificada como axiológica, teria como ponto de partida a teoria da integração de RUDOLF SMEND. Dentro dessa concepção, os direitos fundamentais se apresentariam como fatores constitutivos de um processo de integração de uma comunidade de valores. A determinação do conteúdo de um direito fundamental se converteria em uma questão de averiguação do sentido do valor nele configurado. BÖCKENFÖRDE enumera, ainda, duas teorias peculiares, qualificadas como “teoria democrático-funcional” e “teoria dos direitos fundamentais do Estado Social”. A primeira hipótese destaca a função pública e política dos direitos fundamentais, sendo esses entendidos como fatores constitutivos de um livre processo de produção democrática. Para essa concepção, haveria uma prevalência dos direitos com referências de índole democrática, quais sejam o direito à liberdade de opinião, de imprensa e de reunião ou associação. Em relação ao conteúdo da liberdade, esse se determinaria pela função a que serve, passando a ser uma “liberdade para”, tal como na teoria institucional. Por derradeiro, uma chamada teoria do Estado Social pretenderia superar o desdobramento entre a liberdade jurídica e a real. Para tal posição, os direitos fundamentais não teriam tão somente um caráter delimitador negativo, mas atuariam como facilitadores de prestações sociais pelo Estado, devendo este procurar os pressupostos necessários para a realização da liberdade neles contida. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden – Baden, 1993, pp. 48 – 64. Em obra distinta, Böckenförde examina com mais profundidade o que classifica como “princípios estruturais da democracia”, a saber: auto-determinação e auto-governo populares; detenção popular do poder; igualdade de direitos de participação; sistema majoritário de decisão; e representação. O terceiro princípio, consistente na igualdade de direitos políticos de participação, abrangeria direitos como o sufrágio, elegibilidade e comunicação. Esse último, concretizado na liberdade de expressão, seria componente essencial ao funcionamento do regime democrático. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*. Paris, LGDJ, 2000, p. 286.

do tema, que por si só mereceria ser objeto de trabalho singular, buscando-se tão-somente nesse tópico abrir caminho para pequenas luzes em torno da vertente democrática da liberdade de expressão. É o que passa a fazer.

Estabelecer com precisão um conceito exato de democracia revela-se tarefa das mais árduas – para não dizer impossível – para o âmbito acadêmico. Certo é que, em se tratando de enunciado de extrema generalidade, não são raros os estudos que abordam o caráter multifuncional do princípio democrático³⁵.

Com efeito, a terminologia “democracia” apresenta diversas variações ao longo de todo o processo histórico evolutivo da sociedade antiga e moderna, tanto do ponto de vista filosófico como da própria ciência do direito³⁶.

O significado original do termo “democracia” remonta à Grécia Antiga, que o conceituava como “governo do povo”(demos = povo e kratein = governo). De acordo com HANS KELSEN, “a essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental³⁷”.

³⁵ V., nesse sentido, por todos, VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

³⁶ Em dissertação afeta ao direito à democracia à luz do neoconstitucionalismo, adverte FERNANDO BARBALHO: “(...) a referida imprecisão conceitual da democracia deriva do próprio dinamismo que a evolução histórica imprimiu ao sistema político em questão e, mesmo situando a análise em determinado momento específico, vê-se que a prática democrática é delineada de diferentes formas, segundo a realidade que marca a vida de cada grupo social que se aventura pelo caminho do governo sujeito à interferência e participação popular. Portanto, a variação conceitos e práticas em torno da idéia de democracia, além de ser um fato histórico, revela-se como imperativo estrutural deste regime, especialmente nestes dias de consagração do pluralismo em todas as suas formas, possibilitando a constante adaptação do regime político às constantes mutações sociais e culturais que se apresentam em ritmo cada vez mais acentuado (...)”. Cf. MARTINS, Barbalho Fernando. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 41 – 42.

³⁷ KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 140 – 141: “(...) É evidente que, tanto na Antiguidade quanto em nossa época, um governo do povo é desejado pelo fato de tal governo ser, supostamente, para o povo. Um governo ‘para o povo’ significa um governo que atua no interesse do povo. Mas a questão relativa ao que seja o interesse do povo pode ser respondida de maneiras diversas, e aquilo que o próprio povo acredita ser seu interesse não constitui, necessariamente, a única resposta possível. Pode-se até mesmo duvidar da existência de algo como uma opinião do povo sobre o seu próprio interesse e de uma vontade do povo dirigida para sua realização. Portanto, um governo pode autoconsiderar-se um governo para o povo – e,

Entretanto, não é só na célebre frase de Lincoln (“governo do povo, pelo povo e para o povo”) em que consiste a democracia. Um dos principais pilares de sustentação do princípio democrático reside não só na soberania popular, como também no festejado “princípio majoritário”. Em uma sociedade democrática, no processo de tomada de decisões políticas, há de prevalecer a vontade da maioria, respeitando-se, evidentemente, a opinião de uma minoria. Justamente nesse ponto se encaixa a difundida concepção “contramajoritária dos direitos fundamentais”, previstos em quase todos os sistemas jurídicos constitucionais³⁸.

A observação é extremamente pertinente em relação à liberdade de expressão e de informação. Em uma sociedade marcada pela diversidade cultural, uma visão limitada da democracia assume que as decisões políticas devem ser efetuadas em conformidade com a vontade da maioria. Por outro lado – e esse o entendimento perfilhado no presente trabalho -, o ideal democrático não deveria se limitar a uma aplicação cerrada do princípio majoritário, havendo de se permitir, em nome do pluralismo, que também uma corrente minoritária – com menos “voz ativa” - possa a vir a exprimir suas opiniões. Nesse passo, um verdadeiro Estado Democrático seria aquele que proporcionasse a todos os cidadãos, em igualdade de condições, uma possibilidade de expressar seus pensamentos³⁹.

na verdade, é o que se dá com todos os governos – ainda que não possa ser, absolutamente, um governo do povo (...).”

³⁸ Endossa, nesse particular, KELSEN que “(...) de fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares (...)”. Cf. KELSEN, Hans. *A Democracia*. Op. cit., p. 97.

³⁹ A problemática acima mencionada é endossada por RONALD DWORKIN que, analisando com proficiência as dimensões do conceito de democracia e sua interdependência com a liberdade de expressão, pontifica que: “(...) A democracia está extraordinariamente em alta no mundo inteiro. Todavia há discordância com relação ao sentido da democracia. (...) A democracia, dizemos todos, significa governo exercido pelo povo, e não por alguma família, classe social, tirano ou general. Mas pode-se entender ‘governo exercido pelo povo’ de duas maneiras radicalmente distintas. Em uma delas – a concepção ‘majoritarista’ – significa o governo exercido pelo maior número de pessoas. Nessa visão majoritarista, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opinião. Podemos elaborar diversas versões dessa teoria geral da democracia. Uma delas é a versão populista: o Estado é democrático, segundo esta versão, até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tenha, na época, a aprovação do maior número de cidadãos. Uma versão mais sofisticada da concepção majoritarista, porém, afirma com veemência que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. O Estado é democrático, nessa teoria mais elaborada, quando suas instituições dão total oportunidade aos cidadãos e, então, permitem que a maioria deles escolha os representantes cujas políticas respeitam sua vontade. Essa teoria requintada é claramente mais atraente do que a populista (...)”. Cf. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 501- 502.

Utilizando-se, portanto, do denominado “argumento cooperativo”, essencial ao modelo democrático-deliberativo⁴⁰, poder-se-ia conceber a liberdade de expressão não somente como um direito fundamental autônomo, mas como um fator de legitimação do princípio democrático⁴¹. Ressalta-se, nesse contexto, que a doutrina publicista moderna é relativamente harmônica ao afirmar ser a liberdade de expressão – e, correlatamente, a liberdade de informação – uma condição essencial da democracia⁴².

⁴⁰ V. SUNSTEIN, Cass. *Designing Democracy. What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 239: “(...) A deliberative democracy, operating under a good constitution, responds to political disagreements not simply by majority rule but also by attempting to create institutions that will ensure reflection and reason-giving. Some disagreements can be dispelled by getting clear on the facts. Others can be handled by delegating decisions to people who are especially trusted, perhaps because they are specialists in the topic at hand. Sometimes deliberation will show that one or another view really cannot be sustained, and people will change their minds accordingly. One of the points of constitutional arrangements is to protect the process of reason-giving, ensuring something like a “republic of reasons” (...)”.

⁴¹ Aduz, nesse particular, PAULO MURILLO CALAZANS: “(...) se é verdade que a liberdade de expressão se assenta, ainda na Modernidade, como direito de índole negativa – isto é, como direito de proteção do indivíduo contra eventuais abusos de poder por parte do Estado, fundado na consideração de que o Estado existe senão para assegurar aos cidadãos seu bem-estar e o respeito à sua condição de homem tout court -, também é verdade que ela se aproxima, tanto mais, da categoria dos direitos políticos de participação ativa na vida política da comunidade, ingerindo no exercício do poder e, mesmo, conformando-o (...)”. Em meio à classificação proposta por JELLINEK, o autor qualifica a liberdade de expressão como uma derivação do status *activae civitatis*. Nada obstante, vislumbra não somente uma vertente absentista da liberdade de expressão perante o Poder Público – equivalente ao denominado status *subiectionis* -, como também uma dimensão democrática do aludido direito, atrelada ao status *activae civitatis*, responsável pela fruição de outros direitos, como os de cunho político. Registra, nesse ponto: “(...) Há uma exigência intrínseca ao processo democrático de formação de vontade e produção decisória que é o permanente intercâmbio de informações entre os membros da comunidade política, com o fito de permitir a constante reavaliação das diversas percepções e pontos de vista acerca dos assuntos postos em pauta na discussão política e, da mesma forma, contribuir para que as decisões afinal tomadas estejam revestidas do mínimo de fundamentação racional que se espera de decisões que irão afetar a vida de todos aqueles que, direta ou indiretamente, participam da comunidade. Neste contexto, o asseguramento da liberdade de expressão, sob a ótica da reversa do direito à informação que se pode e que se pretende receber, tem natureza eminentemente difusa, posto que as informações veiculadas no espaço público atingem destinatários que não podem ser identificados individualmente ou, sequer, coletivamente, e os interesses que necessitam receber a tutela necessária para sua manutenção consubstanciam-se no próprio processo democrático em si, cuja titularidade é inequivocamente meta-individual (...)”. Cf. CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. VIEIRA, José Ribas (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 84 – 85.

⁴² Sobre a importância da difusão de informação, sustenta BERNARD CRICK: “(...) proclamações são típicas de autocracias, e jornais de modernas democracias. O efetivo funcionamento dos regimes democráticos acaba dependendo mais e mais de as pessoas terem acesso a informação razoavelmente segura sobre como o Estado é gerido e como o Estado é capaz de apurar as necessidades e as reações públicas de forma razoavelmente precisa. Daí a necessidade objetiva de neutralidade e objetividade em publicações oficiais, em comparação com o fato de todo ser visto como propaganda ou como segredos de estado em regimes totalitários (...)”. Cf. CRICK, Bernard. *Democracy. A Very Short Introduction*. New York: Oxford, 2002, pp. 97 – 98. No original: “(...) Proclamations are typical of autocracies, newspapers of modern democracies. The effective working of democratic regimes comes to depend more and more on people having access to reasonably accurate information about how the state is run and on the state being able to assess public needs and reactions reasonably accurately. Hence the objective need for neutrality and objectivity in official publications, in stark comparison to all knowledge being seen as either propaganda or as secrets of state in totalitarian regimes (...)”.

À guisa de conclusão, uma ressalva merece ser efetuada. Se, por um lado, não há como se desconsiderar o fato de que “não há igualdade sem liberdade” e vice-versa, ou seja, que a liberdade de expressão somente vem a ser verdadeiramente protegida através de uma “igualdade comunicativa”, certo é que, a despeito de seu caráter de fundamentalidade, mesmo ela pode vir a ser ponderada em determinados casos. De fato, conforme demonstrar-se-á adiante, a eventual posição *prima facie* da liberdade de expressão em um sistema democrático não a conduz a um *status* de prioridade absoluta⁴³.

1.3. Análise Histórica da Liberdade de Expressão no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Considerações em Torno do Princípio da Incensurabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade de expressão nem sempre esteve presente de forma literal nos textos constitucionais. Na primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, eminentemente marcada pela centralização política e pela existência de um Poder Moderador, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos encontrava previsão no artigo 179, cujo inciso IV previa expressamente a liberdade de comunicação, a liberdade de imprensa e a inexistência de censura⁴⁴.

Na primeira Constituição da República, de 1891, dentro de um título próprio dedicado à declaração de direitos e garantias fundamentais, se encontrava a liberdade de manifestação de pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, respondendo cada cidadão pelos abusos cometidos na forma prescrita em lei⁴⁵.

⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Op. cit., p. 166: “(...) No sistema democrático, a liberdade goza de uma forte prioridade *prima facie*, decorrente de seu *status* de condição para a cooperação na deliberação democrática, não de uma prioridade absoluta. Por conseguinte, também pode ser ponderada (...)”.

⁴⁴ Este o teor do artigo 179, 4º da Carta de 1824: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar”.

⁴⁵ O artigo 72 §12 da Constituição de 1891 disciplinava que: “Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que commeter nos casos e pela fôrma que a lei determinar”.

Em sentido oposto, a Constituição de 1934, sob influência da Constituição de Weimar, de 1919, permitia expressamente a possibilidade de censura prévia nos casos de espetáculos e diversões públicas, como se infere do artigo 113, nº 9, *ipsis litteris*: “*Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.*”.

Poucos anos mais tarde, após a instituição do período histórico conhecido como “Estado Novo”, iniciado pela “Era Vargas”, consignou-se expressamente, no capítulo dos direitos e garantias individuais da Carta de 1937, uma limitação expressa ao direito de manifestação do pensamento, permitindo-se ao governo promover uma ingerência direta na imprensa, regida à época por lei especial⁴⁶.

⁴⁶ Artigo 122, 15, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

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

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

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

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

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

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

A restauração do regime democrático trazida pela Constituição de 1946 reintroduziu a liberdade de expressão no ordenamento nacional. No entanto, a exemplo da Carta Republicana de 1891, novamente se fez expressa ressalva quanto à possibilidade de censura de espetáculos e diversões públicas, bem como de atos subversivos da ordem política e social⁴⁷.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição de 1967, uma vez vigentes os chamados “Atos Institucionais”, a liberdade de informação seria totalmente restrita, haja vista o controle maciço do Estado nos meios de comunicação. A redação do §8º do artigo 150 da Carta vedava a propaganda de guerra ou “subversão da ordem”⁴⁸, comando que viria a ser repetido no §8º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Observa-se, assim, que até o advento do recente período de redemocratização do país, as declarações de direitos constantes nas Leis Fundamentais não faziam qualquer previsão do conceito de informação como direito a ser tutelado pelo Estado, o que somente ocorreria com a promulgação da Constituição da República de 1988, que

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos”.

⁴⁷ Artigo 141, §5º, da Constituição de 1946: “A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁴⁸ O artigo 153 previa, no parágrafo 8º: “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

assinala de forma expressa a garantia de liberdade de manifestação do pensamento - liberdade de expressão – (artigo 5º, inciso IV), independentemente de censura ou licença (artigo 5º, inciso IX) e o direito de acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV).

Em meio ao atual modelo pátrio, a vertente libertária de uma liberdade pública de expressão acarreta o reconhecimento de um dever imputado ao Poder Público de se abster de praticar qualquer ato atentatório à liberdade de informação em sua múltipla perspectiva, ou seja, há de ser coibida qualquer forma de censura na esfera civil e social, tanto no que diz respeito às manifestações artísticas quanto na seara comunicativa⁴⁹. No âmbito constitucional brasileiro, tal pensamento vem a ser corroborado pela redação do artigo 5º, incisos IV e IX, *ipsis litteris*:

Art. 5º. (...)

IV – é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

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

Distintamente da Carta Constitucional anterior, de 1967-1969⁵⁰, o texto fundamental em vigor somente permite uma restrição à liberdade de expressão nos casos expressamente previstos no disposto na Ordem Social, especificamente no teor do artigo 220 e parágrafos, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Parágrafo 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Parágrafo 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

⁴⁹ V., a respeito da dimensão defensiva da liberdade de expressão, MENDES, Gilmar Ferreira *et. alli*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 351: “(...) A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura. Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. (...) Estamos, portanto, de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a liberdade do indivíduo (...)”.

⁵⁰ O artigo 8º, inciso VIII, alínea “d” da Carta de 1967-1969 preceituava ser competência da União organizar a Polícia Federal com a finalidade de “prover a censura de diversões públicas”.

À exceção do disposto na parte final do artigo 220 – como, por exemplo, a possibilidade de reparação por dano à imagem, intimidade ou a honra -, a Constituição Federal de 1988 não permite nenhuma forma de controle prévio da produção intelectual ou artística. Em outros termos, a regra geral é a ampla liberdade de expressão ou de informação jornalística, não se tolerando a subordinação das exposições e publicações a qualquer espécie de licença prévia, bem como a instituição – ainda que discreta - de censura *a priori*. No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO:

(...) A Constituição de 1988, sem prejuízo de outras considerações, representou a superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Como reação eloqüente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão – aí compreendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação (art. 5, IV e IX) – e ao direito à informação (art. 5, XIV).

(...)

Em todos os tempos e lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, supõe-se a virtude contra o vício e, de regra, destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, ela oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo (...) ⁵¹.

Pode-se afirmar, portanto, após a trajetória histórica anteriormente narrada, que mediante uma alentada análise dos dispositivos constitucionais em vigor, não se afigura admissível no ordenamento jurídico atual a instituição de uma censura prévia à divulgação de pensamentos e opiniões, tanto do ponto de vista individual quanto do coletivo ⁵².

Dois acórdãos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal bem ilustram a questão. Destaca-se, em primeiro lugar, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 869-2 – Distrito Federal -, proposta pelo Procurador-Geral da República em face de dispositivo da Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que previa possibilidade de suspensão da programação, por até dois dias, de emissora de rádio ou

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 647 - 650.

⁵² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 80: “(...) A censura é algo danoso e que deve ser a todo custo extirpada das sociedades democráticas. Ela sempre foi usada pelo Estado como meio eficaz de repressão ideológica ou política. Mesmo no caso em que a censura encontra fundamento em certos valores ela sempre é utilizada como um instrumento de manipulação, seja ela política ou ideológica, de um determinado grupo sobre outro, normalmente do grupo dominante sobre os demais (...)”. Também sobre a censura, destaca-se MENDES, Gilmar Ferreira et. alli. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 351: “(...) Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as idéias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal (...)”.

televisão que, sem a autorização devida, divulgasse total ou parcialmente nome, ato ou documento de procedimento judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional⁵³.

Sustentava-se, em síntese, que diversamente das Constituições anteriores, o §1º do artigo 220 do texto constitucional vigente preceituaria que nenhuma lei poderia constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, sendo, ainda, vedada qualquer forma de censura, nos termos do respectivo §2º.

Em seu pronunciamento, o Advogado-Geral da União justificou a edição da norma com base na coibição de divulgação de informações jornalísticas contrárias ao interesses das crianças e adolescentes, caso em que deveria prevalecer os seus direitos à dignidade, respeito e intimidade garantidos a todos os cidadãos.

Na esteira do voto condutor proferido pelo Ministro Relator Ilmar Galvão, entendeu-se que as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas, deveriam estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição, o que não seria a hipótese da legislação infraconstitucional atacada⁵⁴. Advertiu-se, ademais, que a possibilidade de apreensão de jornal ou suspensão de sua publicação, bem como a suspensão da programação da emissora, seriam sanções que não puniriam o “autor do escrito”, ou seja, o responsável pela matéria jornalística incriminada, mas os leitores, que se valem dos periódicos como instrumento de informação. A medida

⁵³ ADIN julgada em 04 de agosto de 1999. Cuidava-se, mais especificamente, de inconstitucionalidade do artigo 247, §2º, da Lei 8.069 de 1990, assim reproduzido:

“Art. 247. Divulgar total ou parcialmente, sem a autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional.

§2º. Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judicial poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora por até dois dias, bem como da publicação do periódico por até dois números”.

⁵⁴ A liberdade de manifestação do pensamento comporta, segundo o texto da Constituição da República Brasileira de 1988, restrições expressamente estabelecidas, como, por exemplo, a vedação ao anonimato e restrições expressamente autorizadas, ou seja, prescritas por normas infraconstitucionais fundamentadas em competências explícitas na Lei Fundamental. Colhe-se, *ad exemplum tantum*, a hipótese do estado de sítio, cuja decretação possibilita a limitação de liberdades públicas clássicas, como a liberdade de locomoção e a liberdade de expressão. Confira-se, acerca do tema, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 209 – 210.

impugnada, portanto, seria manifestamente inadequada, por contrariar o direito público à informação sobre fatos e idéias. Assim sendo, o Colendo Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação⁵⁵.

Duas notas, em verdade, merecem ser objeto de reflexão. Primeiramente, além da reserva constitucional argüida pelo Supremo Tribunal Federal para a restrição da liberdade de manifestação do pensamento, assinala-se a salutar magnitude do direito de informação dos leitores. Em outros termos, mais do que a própria liberdade de informação própria dos emissores da mensagem (meios de comunicação divulgadores da notícia), sobressai, no caso em apreço, a ofensa ao direito dos destinatários (leitores ou espectadores) em receber a informação desejada⁵⁶.

Secundariamente, infere-se que a decisão, ainda que de forma não explícita, adotou como fundamento jurídico hábil à invalidação da norma, a violação ao supríncipio da adequação⁵⁷, uma vez que a medida (ou sanção) aplicada pela legislação não

⁵⁵ Eis a ementa do acórdão: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO.

1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto.

2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

⁵⁶ Sobre a existência de um direito de informação, vale a leitura de CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, pp. 152 – 154. V., também do mesmo autor, *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, pp. 88 – 90: “(...) A imprensa tem de ser acessível ao público, porque desempenha um serviço público. Essa participação do público é fundamentada no pluralismo da sociedade democrática (...). A previsão legal de acesso aos órgãos da imprensa implica a diversidade de opiniões, na formação de uma opinião pública livre e na atenuação da dominação da imprensa por parte de grupos economicamente fortes (...)”.

⁵⁷ Do ponto de vista acadêmico, parte da doutrina publicista utiliza a terminologia “subprincípio da idoneidade” para designar essa primeira parte do exame da proporcionalidade. V. sobre o ponto, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 738 e seguintes.

seria apta a produzir os efeitos que pretenderia alcançar, ou seja, evitar o desrespeito à honra, dignidade e intimidade das crianças e adolescentes objeto da notícia⁵⁸.

Em segundo lugar, sublinha-se recente e célebre julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto à validade da Lei nº 5.250 de 1967 (conhecida como “Lei de Imprensa”), que versava sobre as limitações à liberdade de informação jornalística. Cuidava-se, em verdade, de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em que se discutia o regime constitucional da liberdade de imprensa⁵⁹.

Alegava-se uma incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional supracitada – anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, daí o cabimento da via eleita – e os dispositivos constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento, de informação, de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional, que, por emanarem do princípio da dignidade da pessoa humana, seriam superiores aos bens de personalidade.

O acórdão, da lavra do Eminentíssimo Ministro Relator Carlos Ayres Britto, abordava inicialmente – e essa a parte que ora nos interessa – o direito à plena liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer espécie de censura prévia. Tangenciando, pois, a relação de inerência entre a liberdade de imprensa e o chamado “pensamento crítico”, admitiu-se que o exercício concreto da primeira asseguraria ao profissional de jornalismo o direito de criticar qualquer pessoa, ainda que em tom severo, notadamente em se tratando de agentes governamentais. Seria, portanto, inválida eventual tentativa de censura *a priori* de tais mensagens, ainda que com amparo em legislação infraconstitucional ou mediante autorização judicial⁶⁰.

⁵⁸ SCHREIBER, Simone. A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 127: “(...) Ilmar Galvão acolheu a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo, por entender que a medida restritiva não se prestava ao propósito de assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à dignidade e à não-exploração, pois seria adotada apenas após o fato, e permitiria a vedação de veiculação de programas não ofensivos, que não possuísem nenhuma relação com o propósito alegado (ou seja, o Ministro fez um exame de adequação – primeira etapa do teste de proporcionalidade – para constatar que a restrição à liberdade de expressão não era adequada para realizar o direito contraposto) (...)”.

⁵⁹ ADPF 130 – DF (Distrito Federal) – Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 30 de abril de 2009.

⁶⁰ Eis a redação da ementa do acórdão: “RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO

Na mesma toada, se registrou que o denominado “núcleo duro” da atividade jornalística seria imune a qualquer forma de censura prévia. Transcreve-se, por oportuno, trecho lapidar da ementa da decisão, *in verbis*:

NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR.

(...)

A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição).

Ao final, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Ferreira Mendes e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto a alguns dispositivos da lei atacada, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente *in totum*.

Importa tecer, nesse momento, uma importante consideração sobre a decisão. Pode-se afirmar, indubitavelmente, que a doutrina constitucionalista é uníssona ao refutar o controle prévio do conteúdo das matérias jornalísticas. Eventuais abusos cometidos sob o manto da liberdade de expressão devem ser reparados mediante os meios previstos no

PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada”.

próprio ordenamento constitucional, além, por óbvio, da reparação na esfera penal⁶¹. Todavia, mesmo não cabendo ao Poder Público, em uma primeira análise, proibir, independentemente de decisão judicial, a divulgação da informação, certo é que, consoante demonstrar-se-á oportunamente, a definição prévia do que deve “preferencialmente” ser veiculado à guisa de conteúdo encontra conformação no corpo da Constituição brasileira. O ponto será objeto de maior reflexão em tópico posterior. Remarca-se, por ora, a importância axiológica firmada em sede jurisprudencial em torno da “não censura”.

A “incensurabilidade” prévia, no entanto, não traduz uma possibilidade irrestrita de divulgação de opiniões, imagens e editoriais sem qualquer dever correlato do emissor da informação. Com efeito, o próprio texto constitucional prevê mecanismos compensatórios por abusos a serem cometidos sob o escudo da liberdade de expressão. Assim, por exemplo, observa-se que o inciso IV do artigo 5º veda expressamente o anonimato; o inciso V assegura o “*direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”; e o inciso X contempla a responsabilidade pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada e honra das pessoas.

Especificamente na esfera comunicativa, tendo em conta a experiência constitucional brasileira, a doutrina identifica alguns mecanismos legítimos de controle dos meios de comunicação, quais sejam⁶²:

⁶¹ Parcela da doutrina defende a possibilidade, em situações absolutamente extremas, da interdição da divulgação da informação. Nesse sentido, por exemplo, colhe-se a posição de LUÍS ROBERTO BARROSO *in* Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90: “(...) O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismo diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar um mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges - hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado (...)”.

⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, pp. 341 – 387. Tendo como norte da exposição o princípio fundamental da liberdade de expressão e a vedação a

(i) um controle administrativo, a ser exercido por órgão do Poder Executivo, desde que não haja restrição ao conteúdo da expressão, ou seja, haveria que se tolerar tão-somente a utilização de meios razoáveis capazes de minimizar o risco de acesso à mensagem por parte do público incapaz⁶³;

(ii) um controle judicial, consubstanciado no princípio do “acesso à justiça”, disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal;

(iii) um controle pelas próprias emissoras, isto é, uma auto-regulamentação, efetuada, no âmbito nacional, através de um “Código de Ética da Radiodifusão Brasileira”, aprovado em julho de 1993 pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT)⁶⁴;

qualquer forma de censura, bem como o regime constitucional da liberdade de expressão em programas de rádio e televisão, constata o autor que “vige no país ampla liberdade de expressão, estando proibida a censura sob qualquer forma. Tanto a mera interpretação semântica do texto, como os elementos histórico e teleológico conduziram a tal resultado”.

⁶³ Insere-se, nesse contexto, a intrincada questão da classificação indicativa dos programas veiculados em meios de comunicação de massa, notadamente a televisão. Adotando-se como bússola interpretativa o princípio da incensurabilidade, sustenta a doutrina constitucionalista que, malgrado seja possível um controle administrativo, revelar-se-ia inadmissível qualquer tentativa de submissão prévia do conteúdo dos programas a serem transmitidos a órgão integrante do Poder Executivo. Cf., nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. Op. cit., p. 387. Conclui o autor, no citado artigo, que “a liberdade de expressão – aí compreendida a liberdade de pensamento e o direito à informação – foi tratada com especial destaque na Constituição de 1988; em relação à televisão, nenhum controle autoriza o exame prévio de conteúdo, como condição para o exercício da liberdade de expressão”. Nessa linha, aduz “não ser legítima, à vista do regime constitucional da liberdade de expressão, a exigência de prévia submissão ao Ministério da Justiça dos programas a serem exibidos pela emissora, não sendo, portanto, compatível com a Constituição a previsão do artigo 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que prevê a punição de transmissão de espetáculo em horário diverso do autorizado”. Simetricamente, leia-se BARROSO, Luís Roberto. A rua e a televisão. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 516 - 517: “(...) é certo que a mesma vedação defensora que protege a liberdade de expressão em geral vale também para as emissoras de televisão. Porém, em relação a elas, a Constituição prevê um mecanismo que busca fornecer aos pais e aos responsáveis informação adicional sobre o conteúdo da programação, de modo a orientar sua decisão acerca do que seus filhos devem ou não assistir. Esse mecanismo é a denominada *classificação indicativa*, pela qual se informa, ao início de cada programa, com base em orientação do Ministério da Justiça, a faixa etária para qual determinada atração não é recomendada (...). Por achar que isso não é suficiente – embora a Constituição não admita intervenção maior que essa -, há quem defenda que o Ministério da Justiça possa não apenas fazer a classificação indicativa, mas impor, também, horário de exibição dos programas. Em lugar de as emissoras definirem as faixas horárias de sua programação e os pais e responsáveis tomarem suas decisões e fazerem suas escolhas, o Estado, paternalisticamente, desempenharia ambos os papéis. Para poupar-nos dos riscos, viveria nossas vidas (...)”.

⁶⁴ Assinala-se a parte preambular do mencionado Código, *in verbis*: “Os empresários da Radiodifusão Brasileira, congregados na Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), considerando suas responsabilidades perante o público e o Governo, declaram que tudo farão na execução dos serviços de que são concessionários ou permissionários, para transmitir apenas o entretenimento sadio e as informações corretas espelhando os valores espirituais e artísticos que contribuem para a formação da vida e do caráter do povo brasileiro, propondo-se sempre a trazer ao conhecimento do público os elementos positivos que possam

(iv) um controle social, previsto no artigo 224 da Constituição de 1988, a ser exercido por um “Conselho de Comunicação Social”⁶⁵.

A possibilidade de restrição de caráter instrumental à liberdade de expressão cingiria somente a um controle exercido: (i) pelo Poder Judiciário, na hipótese de proteção de direitos civis e constitucionais do cidadão; (ii) pelo Poder Legislativo, nos estritos termos do artigo 220 da Constituição Federal, onde o parágrafo 3º dispõe que “*compete à lei federal estabelecer os meios que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; (iii) em sede administrativa, pelo Estado, cuja regra de conduta seria a inação*”⁶⁶.

Não bastasse, subjacente a uma visão absolutamente libertária da liberdade de expressão constitucionalmente estampada pela Carta atual, se revela evidente a necessidade de se transcender a concepção meramente subjetiva da liberdade de expressão para se alcançar uma essencial proteção do instituto. Importa esclarecer, desde já: o simples fato de, ao ângulo do denominado “princípio da incensurabilidade”, não se admitir um

contribuir para a melhoria das condições sociais. Por outro lado, na execução da tarefa que lhes foi atribuída, exigirão total respeito ao princípio da liberdade de informação, independente de censura, juntamente com a imprensa, não aceitando quaisquer outras restrições que não sejam as determinadas pelas leis em vigor e as estabelecidas pelo presente Código, neste ato aprovado pela unanimidade dos associados”.

⁶⁵ A ineficiência do Conselho de Comunicação Social será oportunamente debatida na Terceira Parte do trabalho.

⁶⁶ Em artigo sobre a análise da legitimidade da exibição, independentemente de autorização de eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas, LUÍS ROBERTO BARROSO procura estabelecer critérios para a resolução de conflitos de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão. Enfrentando de forma ousada o tema da colisão de direitos fundamentais à luz da moderna interpretação constitucional, o autor admite a restrição adequada da liberdade de expressão, assinalando alguns parâmetros para a ponderação de bens na hipótese de colisão entre direitos da personalidade e a liberdade de informação, entre os quais: a veracidade do fato; a licitude do meio empregado na obtenção da informação; a personalidade pública (ou estritamente privada) da pessoa objeto da notícia; o local do fato; a natureza do fato; a existência de interesse público na divulgação em tese; a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e a preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais *standards* serviriam de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto, permitindo, desta forma, conferir certa objetividade nas suas escolhas. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 63 – 99.

controle prévio do conteúdo da informação ou opinião a ser veiculada, não eleva a liberdade de expressão a um caráter absoluto. O infundado temor de “retorno à censura” não pode servir de sustentáculo para a emissão de qualquer conduta ou opinião. Adianta-se, nesse passo, que, em nosso ponto de vista, mesmo o conteúdo da regulação pode e deve – ainda que a título excepcional – ser regulado pelo Poder Público.

Ademais, como demonstrar-se-á mais adiante, o princípio da liberdade de manifestação do pensamento pode ser restringido na hipótese de imperiosa proteção de outros interesses constitucionais, como a própria liberdade de expressão, em sua perspectiva objetiva⁶⁷. Exatamente nessa esteira de pensamento se ressalta a importância de uma análise de sua concepção democrática, objeto de exame na parte subsequente.

1.4. Uma Medida a ser Combatida: Teoria dos Princípios, “Estado de Exceção” e a Aniquilação da Liberdade de Expressão.

Antes de se proceder a uma investigação mais detalhada acerca da eventual possibilidade de conflito entre a liberdade de expressão e os demais bens constitucionais, faz-se mister pontuar, sinteticamente, tema atual e importante para o estudo da restrição dos direitos fundamentais, qual seja, a invocação de um chamado “estado de exceção” constitucional, usualmente utilizado como justificativa para um “afastamento” temporário de liberdades públicas⁶⁸.

Passa-se, nesse passo, a se examinar tal drástica hipótese de violação frontal ao núcleo essencial da liberdade de expressão e de informação em seu aspecto de norma-regra e, por conseguinte, ao anteriormente citado “princípio da incensurabilidade”.

⁶⁷ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 78: “(...) Pode-se, portanto, dizer que o princípio da incensurabilidade não obsta a atuação do Poder Público para concretizar a liberdade de expressão e comunicação na vida social. Ademais, não há contradição entre o princípio em questão e a restrição do âmbito de proteção da liberdade de expressão e comunicação, quando necessário para resguardar os cidadãos ou a coletividade de eventuais abusos cometidos por essa liberdade. A proibição de censura não se confunde com imunidade absoluta da liberdade de expressão e comunicação (...)”.

⁶⁸ Um estudo mais abrangente sobre o tema pode ser encontrado em TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência e o Controle do Poder em Situação de Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. O autor analisa, na obra, os limites e possibilidades jurídicas da implantação das denominadas medidas de exceção impostas em sociedades democráticas, estabelecendo parâmetros para a restrição dos direitos fundamentais.

Uma vez admitida, em concreto, a viabilidade de restrição à liberdade de manifestação do pensamento – que, como é cediço, tem natureza principiológica – em nome de outros valores constitucionais, há de se verificar, à luz da conhecida “teoria dos princípios”, os limites ao emprego da ponderação de interesses em nome do “estado de exceção ou de emergência”.

Pois bem. De acordo com a doutrina clássica, o conflito aparente de regras pode ser solucionado mediante a utilização de três critérios clássicos: (i) hierárquico (a regra superior prevalece sobre a inferior); (ii) cronológico (a regra posterior revoga a anterior); (iii) e da especialidade (a regra especial prevalece sobre geral).

Nesta esteira de pensamento, e já sob a influência do movimento pós-positivista, que passou a reconhecer de forma inequívoca a normatividade dos princípios, RONALD DWORKIN, em passagem que se tornou célebre, vem a apontar como critério peculiar das chamadas normas-regras a sua aplicação sob a base do “tudo ou nada” (“*all or nothing*”)⁶⁹. Significa dizer, servindo-se do método da subsunção (fato – norma), uma regra deve ser aplicada de forma cerrada, podendo ser cumprida ou descumprida.

De outra banda, em estudo efetuado por outro dos maiores expoentes do pós-positivismo, responsável pela ruptura da lógica-formal hegemônica sob o manto do positivismo, ROBERT ALEXY desenvolveu com extrema propriedade uma teoria dos direitos fundamentais, em que sedimentou a formulação de que, por possuírem uma dimensão de peso, os princípios - ao contrário das regras - poderiam ser ponderados diante de um caso concreto⁷⁰.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39: “(...) A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica (...). As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (...)”. V, sobre o Pós-Positivismo e a sua estreita correlação entre o Direito e a Moral, PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontammara, 1997.

⁷⁰ V. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007, pp. 70 - 79. Sobre os critérios distintivos entre regras e princípios, confira-se, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. Na doutrina brasileira, veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros Editores, 2003, pp. 31 – 55. O autor sublinha, no entanto, que a atividade de ponderação não seria um método privativo de aplicação de princípios, podendo também ocorrer na hipótese de regras que convivem em abstrato, mas que concretamente podem entrar em conflito. V.,

No entanto, em estudos ainda mais atuais, pode-se notar uma significativa mudança na clássica concepção até então proposta. Assim é que diversos autores de renome já começam a propugnar uma viabilidade – em caráter absolutamente excepcional – de ponderação de regras.

No cenário acadêmico brasileiro, por exemplo, em trabalho dedicado ao tema da ponderação de interesses⁷¹, ANA PAULA DE BARCELLOS, sob a inspiração da doutrina estrangeira, identifica hipóteses em que as regras, embora aplicáveis ao caso concreto, gerariam uma solução injusta e inadequada. Em sua concepção, o intérprete poderia deixar de aplicar uma regra por considerá-la injusta se demonstrasse uma de duas situações: “(i) que o legislador, ao disciplinar a matéria, não anteviu a hipótese que ora se apresenta perante o intérprete; (ii) que a incidência do enunciado normativo à hipótese concreta produz uma norma inconstitucional, de tal modo que, ainda que o legislador tenha cogitado do caso concreto, sua avaliação deve ser afastada por incompatível com a Constituição⁷².”.

Cogita, ainda, a ilustre doutrinadora, de outra situação singular, que é a que mais diretamente nos interessa: trata-se da circunstância de a regra ser aparentemente válida, porém em que ela vem a incidir sobre uma hipótese particular que é diversa das situações-tipo para as quais foi planejada. Em resumo, no caso em que a situação específica não estava nas cogitações razoáveis do legislador⁷³.

Contextualizando tal breve explanação à luz da liberdade de manifestação do pensamento, cabe indagar: haveria uma possibilidade de ponderação de regras – ou seja, de uma restrição ao próprio núcleo essencial da liberdade de expressão – em detrimento de outro valor ou regra constitucional? Poder-se-ia admitir o afastamento de uma regra assecuratória

ainda, acerca da distinção forte e fraca entre as duas espécies normativas, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 90 – 115.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷² *Ibidem*, p. 221.

⁷³ *Ibidem*, p. 229.

da liberdade de expressão por um motivo supralegal, tal como, por exemplo, um “estado de exceção”? Qual seria, ademais, o alcance de tal conceito? É o que se passa a descrever.

Em obra tangenciadora do tema⁷⁴, CARL SCHMITT descreve a possibilidade de declaração de um chamado “regime de exceção”, a ser efetuado pela pessoa detentora do poder político em uma nação. Haveria, para o autor, uma legitimidade de invocação de “exceção” para solucionar conflitos decorrentes de situações de emergência, de tal forma que uma nação não poderia ter sua responsabilidade limitada ao domínio da lei. Como consequência, seria legítima, dessa forma, uma abolição provisória da Separação de Poderes em prol de uma concentração de poderes nas mãos do Chefe do Executivo⁷⁵.

Conceituando o instituto, GIORGIO AGAMBEN define o “estado de exceção” como um problema situado no limite (indeterminado) entre a política e o direito, ou seja, como “*a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*”. A “exceção” seria “*o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão*”. Seria, assim, “*uma suspensão do direito*”⁷⁶.

Na doutrina americana, o assunto veio a ser desenvolvido com mestria em coletânea organizada por MARK TUSHNET⁷⁷, em que se sublinha a inevitabilidade das suspensões da legalidade em ocasiões especiais, como, por exemplo, em tempos de guerra. Em artigo dedicado à questão da emergência como ocasião própria para decisões extraleais,

⁷⁴ V., nesse sentido, SCHMITT, Carl. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. George Schwab (trans.). Chicago: University of Chicago Press, 2005. V., ainda, SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. George Schwab (trans.). Chicago: University of Chicago Press, 1995.

⁷⁵ Entre 1934 e 1948, a teoria do “estado de exceção” veio a experimentar um grande sucesso em meio ao debate sobre uma denominada “ditadura constitucional”. V., a respeito, ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2002.

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Editora Boitempo, 2004, pp. 12 – 13: “(...) Segundo opinião generalizada, realmente o estado de exceção constitui um ‘ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político’ (Saint-Bonnet, 2001, p. 28) que – como a guerra civil, a insurreição e a resistência – situa-se numa ‘franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político’ (Fontana, 1999, p. 16). A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal (...)”. V., ainda, AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press, 1998.

⁷⁷ TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham: Duke University Press, 2005.

afirma o autor que os elaboradores da Constituição não podem antecipar todas as formas de emergência que podem vir a surgir. Em suas palavras:

(...) Constitution designers cannot anticipate all the forms of emergency that will arise and prompt governing elites to expand their power, perhaps beyond the limits that the constitution designers imposed. At best, constitution designers will use the crises they have experienced to develop some general criteria identifying crises, but even such modeling will inevitably fall short (...)⁷⁸.

Observa-se, nesse ponto, que a doutrina estrangeira admite a designação de um “estado de exceção” para situações de justificada restrição de liberdades civis. Em casos de guerra declarada, por exemplo, poder-se-ia cogitar de um estado de caos no qual se entenderia razoável uma redução do grau de fundamentalidade de determinados direitos⁷⁹.

Nesse sentido, o “estado de exceção” vem a permitir que certas liberdades civis sejam limitadas, quando diante de certas situações excepcionais, para se manter a ordem. Em última instância, todavia, o fundamento para a restrição destas liberdades civis é a própria proteção dos direitos fundamentais, eis que se entende que a situação excepcional de caos poderia causar violações muito maiores aos seres humanos que aquelas parcimoniosas restrições momentâneas. É o que ocorre, em muitos casos, em assuntos de interesse e segurança nacional.

Veja-se, a propósito, o exemplo norte-americano. Após o atentado de 11 de setembro de 2001, promulgou-se no país o *USA Patriot Act*, que permite ao *Attorney General* manter custodiado o estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a “segurança nacional dos Estados Unidos”⁸⁰. Da mesma forma, a *military order*, promulgada em

⁷⁸ TUSHNET, Mark. Emergencies and the Idea of Constitutionalism. In. TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham: Duke University Press, p. 45.

⁷⁹ Sob a égide da Constituição de Weimar, que expressamente o previa em seu artigo 48, o designado “estado de exceção” foi utilizado mais de duzentos e cinquenta vezes para justificar a restrição de direitos fundamentais. No Brasil, por sua vez, a própria Carta de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, a instituição da pena de morte em tal situação, ainda que se constitua o direito à vida como cláusula pétrea, em tempos de normalidade.

⁸⁰ Confira-se, a respeito, ETZIONI, Amitai. *How Patriotic is the Patriot Act?: Freedom Versus Security in the Age of Terrorism*. New York: Amitai Etzioni Books, 2004. O autor traça, na obra, um paralelo entre a perda de liberdades clássicas na era do bioterrorismo e os limites da proteção da segurança nacional (*nation building*). V., ainda, IBBETSON, Paul A. *Living Under the Patriot Act: Educating a Society*. Indiana: AuthorHouse, 2007.

novembro do mesmo ano, autoriza uma detenção indefinida e instauração de processo perante as comissões militares especiais. Ou seja, sob o pretexto de combate ao terrorismo, e debaixo de um manto de um “estado de exceção”, haveria, do ponto de vista político-jurídico, uma possibilidade de afastamento de regra constitucional e subversão do devido processo legal, constante na Carta de Direitos (*Bill of Rights*) da Constituição Americana de 1787.

Para os fins desse trabalho, todavia, talvez o exemplo mais emblemático seja o caso venezuelano, em especial a Reforma Constitucional proposta pelo Presidente Hugo Chávez, objeto de diversas críticas no cenário internacional.

Dentre as alterações formuladas pela Assembléia Nacional Constituinte Venezuelana, as consideradas mais polêmicas eram as que transformavam os artigos 337, 338 e 339 da Carta de 1999, que definem as regras para a decretação e funcionamento dos “estados de exceção”. O artigo 337 em vigor preceitua que “*podem ser restringidas garantias da Constituição, exceto o direito à vida, à comunicação e a proibição da tortura; o direito ao processo legal, à informação e aos demais direitos humanos intangíveis*” (grifos nossos). Com a reforma, o Presidente passaria a ter o direito de decretar estados de emergência sem limite temporal, independentemente de ratificação pelo Tribunal Constitucional⁸¹. Uma vez decretado um “estado de exceção”, os cidadãos seriam privados de direitos até então intocáveis, como a liberdade de expressão.

Em outras palavras, estar-se-ia legitimando, do ponto de vista constitucional, uma possibilidade de restrição integral a um direito de acesso à informação, em nome de uma suposta “exceção” configurada única e exclusivamente pelo Chefe do Executivo.

O tema também não escapa à jurisprudência brasileira. No julgamento do Agravo Regimental interposto na Reclamação 3.034-2 – Paraíba, em que se impugnava o seqüestro de bens do Estado da Paraíba, para fins de quitação de precatório resultante de ação de cobrança proposta por cidadã em desfavor do Estado-Membro, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau entendeu, em nome de um “estado de exceção”, pelo deferimento

⁸¹ Pela nova redação do artigo 337, somente o direito à defesa, à integridade e a não ser condenado a mais de trinta anos continuariam a ser intangíveis. Da mesma forma, o artigo 339 da proposta prevê “caber ao Presidente suspender a medida”.

da medida (sequestro), admitindo-se uma quebra da ordem cronológica de pagamento, em razão de doença grave e incurável da beneficiária do mesmo. Confira-se trecho da decisão:

(...) O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o seqüestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos.

(...)

Daí porque, até pra ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer”.

(...)

O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, uma zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai a norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

(...)

Sendo assim, no quadro da exceção considerado, nego provimento ao agravo e julgo improcedente a reclamação (...).

Apesar dos argumentos tecidos na referida decisão e a evidente relevância do direito em jogo – o direito à proteção da saúde -, entende-se que a questão submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal deve ser analisada com parcimônia.

Como se sabe, a existência da modalidade de regras constitucionais traz certeza e segurança ao ordenamento jurídico, haja vista o seu caráter imediatamente descritivo, estabelecendo obrigações e proibições a serem cumpridas por seus destinatários. Nessa toada, admitir de forma irrestrita e genérica a possibilidade e adoção, em concreto, da ponderação de regras, além de causar um estado de verdadeira anarquia no sistema constitucional, pode acabar por conceder ao operador do Direito um “cheque em branco” para legitimar o seu descumprimento⁸². Daí porque há de ser repelida qualquer tentativa de abuso sob o manto do designado “estado de exceção”.

A questão se torna ainda mais crítica no ordenamento brasileiro. Primeiramente, porque, a despeito dos artigos 136 e 137 (que estabelecem os mecanismos do

⁸² V. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pp. 100 – 148.

estado de defesa e estado de sítio), a Constituição de 1988 não regulamenta nenhuma espécie de “estado de exceção”⁸³. Tampouco se vislumbra, em tempos atuais, no território nacional, situações emergenciais aptas a traduzir um “estado de anormalidade”.

Imagine-se o perigoso precedente ocasionado pela decisão: um magistrado entende viável a possibilidade de não incidência de uma regra constitucional (no caso supracitado, o artigo 100 da Constituição da República de 1988) para proteção de um direito à saúde; outro membro – de qualquer dos Poderes – passa a estabelecer uma censura aos meios de comunicação de oposição ao governo (como, inclusive, já ocorre em diversas sociedades democráticas, como no exemplo venezuelano). Cada uma das autoridades públicas teria uma “justificativa” para legitimar uma medida excepcional e, assim, permitir a violação, em um caso concreto, a um direito fundamental de importante estatura axiológica, tal como a liberdade de expressão.

Veja-se que não há que se cogitar *in casu* de uma aplicação da técnica de ponderação de interesses, uma vez que não se está diante de compressões recíprocas entre bens constitucionais, mas de uma verdadeira supressão por completo de um direito fundamental. A medida extrema, a nosso ver, revelar-se-ia nitidamente inconsistente.

O grande desafio da atualidade, portanto, consiste justamente na necessidade de se coibir uma instituição desmedida de um “regime de exceção”, sob pena de, mais do que uma mera ponderação de regras, se promover um completo esvaziamento dos direitos fundamentais – em especial da liberdade de expressão –, até mesmo no que diz respeito ao seu núcleo essencial. Mais do que um simples alarme, está-se, modernamente, diante de perigosos precedentes mundo afora, como se assinalou no exemplo norte-americano e venezuelano. A depender a configuração de uma “exceção” de um pensamento de um governante, ou mesmo de um magistrado, o que seria uma medida última passaria a se tornar uma regra, um paradigma da ordem jurídica. Em outras palavras, deslocar-se-ia um meio de

⁸³ O artigo 136 da Constituição Federal atribui ao Presidente da República a faculdade de decretação de estado de defesa para a preservação ou restabelecimento da ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional. Já o artigo 137 cuida da decretação de estado de sítio em casos de comoção grave de repercussão nacional ou de declaração de estado de guerra. Nessa hipótese, o inciso III, do artigo 139, da Lei Maior, prevê expressamente a possibilidade de imposição de restrições à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão. Cuida-se, entretanto, por opção do legislador constituinte originário, de dispositivo sujeito à reserva de lei.

caráter provisório e excepcional para uma técnica de decisão permanente⁸⁴. Esse o perigo a ser combatido.

1.5. Notas Sobre a Posição Preferencial da Liberdade de Expressão na Jurisprudência Constitucional Americana. *Clear and Present Danger, Balancing e Preferred Position.*

Tendo em consideração a visão clássica a respeito das liberdades públicas, observou-se no tópico anterior que, ao ângulo eminentemente defensivo, reside, ao menos aprioristicamente, um dever de abstenção por parte do Poder Público no controle da esfera comunicativa. Em outros termos, à luz dos comandos constitucionais atualmente em vigor no ordenamento brasileiro, não há como se sustentar a possibilidade de estabelecimento, em qualquer esfera de poder, de uma censura prévia da liberdade de expressão em sua múltipla perspectiva. Há de se examinar, no entanto, e esse o escopo do presente tópico, qual o comportamento da doutrina e jurisprudência em matéria de restrição a direitos fundamentais, notadamente quando existente um conflito aparente de normas constitucionais relacionadas à liberdade de expressão.

Passa-se, a seguir, a tecer breves notas acerca de eventual “posição” da liberdade de expressão no processo de utilização da ponderação de interesses, investigando, com base sobretudo na experiência constitucional americana, sobre a existência ou não de uma hierarquia axiológica na ordem jurídica, bem como se delimitando a possibilidade de aplicação das teorias desenvolvidas em sede de Direito Estrangeiro na ordem jurídica brasileira.

Salienta-se, desde já, que não se pretende, nesse momento, se aprofundar em todos os temas possíveis atinentes à liberdade de expressão, mas tão-somente sublinhar, em linhas gerais, o relevo da evolução jurisprudencial da Corte Suprema ao longo dos tempos e, especificamente para os objetivos aqui pretendidos, a controvérsia formulada em torno da “posição preferencial” de tal liberdade.

⁸⁴ V. CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In. FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005, p. 93 – 107.

Do ponto de vista do Direito Comparado, pode-se afirmar que em nenhum outro sistema constitucional do mundo, a liberdade de expressão encontra tanta proteção jurídica como nos Estados Unidos da América⁸⁵. A origem normativa remota da liberdade de expressão se relaciona, em primeiro momento histórico, ao “*Bill of Rights*” da Inglaterra, de 1689, em que se verificava a existência de uma “liberdade parlamentar” (“*that the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*”) e, em segundo momento, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 11 preceituava que “*todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade*”.

No Direito Americano, subjacente ao texto original da Constituição de 1787, tem-se o chamado “*Bill of Rights*”, denominação conferida ao conjunto das dez primeiras emendas, consistentes, ao menos em um primeiro momento, em proteções dos cidadãos frente à interferência governamental. A Primeira Emenda, datada de 1791, consagra em seu texto, entre outros direitos (como liberdade de religião – “*free exercise clause*” -, direito de reunião – “*right of assembly*”, e direito de petição – “*right to petition*”), a liberdade de expressão ou de imprensa⁸⁶.

A primeira teoria acerca da liberdade de expressão somente surgiu com a edição dos *Alien and Sedition Acts*, datado de 1798, traduzidos em legislações efetuadas contra revolucionários franceses⁸⁷. O ato, que não chegou a ser examinado pela Suprema Corte, estabelecia a pena de multa ou prisão para cidadãos que criticassem o governo americano, seu Presidente ou o Congresso Nacional.

⁸⁵ V. ROSENFELD, Michel. Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech in New Democracies. In “*The Migration of Constitutional Ideas*”. Cambridge University Press, 2005, Working Paper 144, p. 06: “(...) American freedom of speech is the optimal example of a liberal right, and as the paramount right within the American constellation of constitutional rights, it both anchors and serves as the paramount symbol of, the most liberal of liberal societies (...)”. Disponível em Social Science Research Network at <http://ssrn.com/abstract=870444>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

⁸⁶ Eis o texto literal da Primeira Emenda: “Congress shall make no law respecting and establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. (“O Congresso não legislará definindo uma preferência por uma religião ou proibindo-lhe o livre exercício, restringindo a liberdade de expressão, de imprensa ou o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e dirigir ao Estado petições para obter reparação de prejuízos sofridos” – tradução livre).

⁸⁷ LEVY, Leonard. *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1960, pp. 176 – 309 Apud ROHRER, Daniel Morgan. *Freedom of Speech and Human Rights: na International Perspective*. Dubuque, Iowa: Kendall/Hunt, 1979, p. 1.

Ocorre que, a despeito da expressa previsão constitucional desde o século XVIII, certo é que somente após a Primeira Guerra Mundial se veio a formar verdadeira polêmica no que tange à interpretação a ser efetuada em relação ao alcance da Primeira Emenda⁸⁸. A edição do *Espionage Act*, de 1917, e do *Sedition Act*, de 1918, contribuiu para a formação das análises teóricas inicialmente debatidas perante as instâncias inferiores, até a posterior apreciação pela Suprema Corte da validade de condutas ou discursos contrários ao engajamento de americanos na Primeira Grande Guerra⁸⁹.

O primeiro emblemático julgamento da Suprema Corte data de 1919 - *Schenk versus United States*⁹⁰ -, ocasião em que se estabeleceu as primeiras matrizes sobre a liberdade de expressão. O caso versava sobre a condenação do então Secretário-Geral do Partido Socialista Americano – Charles Schenk -, que, com base no *Espionage Act*, havia sido censurado por promover a distribuição de panfletos, na região da Filadélfia, contra o alistamento de americanos na Primeira Guerra Mundial. A despeito de mantida a condenação imposta na Corte inferior, a decisão veio a ser fortemente marcada pelo desenvolvimento da primeira teoria em torno dos *standards* envolvendo a liberdade de expressão, qual seja, a doutrina do “perigo real e iminente (*clear and present danger*)”.

A locução foi inicialmente empregada no voto condutor do *Justice* Oliver Wendell Holmes, que em passagem que se tornou célebre, veio a promover uma distinção pontual entre o discurso (*intent*) e a conduta praticada (*attempt*)⁹¹. Entendeu-se que a liberdade de expressão deveria ser considerada sob a ótica de uma nocividade diante de circunstâncias especiais que autorizassem a sua restrição⁹². No caso em cotejo, por exemplo,

⁸⁸ V., a respeito, FARBER, Daniel. *The First Amendment*. New York: The Foundation Press, 2003.

⁸⁹ O “ato de espionagem” de 1917 conferia ao Presidente da República, em nome da segurança nacional, a possibilidade de expulsão de estrangeiros do território americano, não tendo sido sequer utilizado. Já o “ato de sedição” de 1918 vedava, na esteira do *Alien Act e Sedition Act* do final do século XVIII, a possibilidade de veiculação de qualquer escrito falso ou malicioso contra o Presidente ou o Congresso Nacional. V. a propósito, BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 163.

⁹⁰ 249 U.S. 47 (1919).

⁹¹ Sobre a importância do pensamento do *Justice* Holmes no desenvolvimento do *free speech* na jurisprudência americana, v. WHITE, Edward. *Oliver Wendell Holmes Jr.*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

⁹² Mesmo sendo adepto de uma concepção libertária da liberdade de expressão, certo é que, nas palavras de Holmes, a proteção de um discurso deveria ser condicionada à normalidade do tempo e lugar. Assim, por exemplo, “a mais rígida garantia da liberdade de expressão não protegeria um homem que falsamente gritasse

haveria de se examinar se o fato de se estar em tempo de guerra poderia ser crucialmente levado em consideração para o exercício regular dos direitos constitucionais. Assim sendo, a prática de cada ato dependeria das circunstâncias de sua realização.

Em síntese, a doutrina do “perigo real e iminente”, de viés nitidamente libertário, preceituava que, devido à proteção especial conferida à Primeira Emenda, haveria de ser configurada em cada caso concreto a necessidade de uma conduta expressiva que pudesse atingir a segurança social, para fins de validade do cerceamento do discurso. Não bastaria, portanto, uma mera apreciação da “má tendência (*bad tendency*)” do teor da manifestação, mas um fundado receio de que seus efeitos seriam reais e atuais, aptos a gerar potencialmente atos violentos iminentes.

A tese apresentada no festejado voto de Oliver Holmes veio a ser retomada no mesmo ano pela Suprema Corte, quando do julgamento de *Abrams versus United States*⁹³. Cuidava-se, na ocasião, de condenação de indivíduo – Jacob Abrams – responsável pela distribuição de panfletos, na cidade de Nova York, criticando o envio de tropas americanas à Rússia. Na mesma toada da decisão proferida anteriormente em *Schenk*, a Corte manteve a condenação de instância inferior, se abstendo de avaliar a gravidade ou perigo do discurso traduzido pela panfletagem em período de guerra. Registrou-se, no entanto, a má tendência da manifestação. Novamente o voto dissidente de Holmes – acompanhado do *Justice Brandeis* – foi no sentido de que a divulgação do discurso sob ataque não comprometeria efetivamente a atuação norte-americana na guerra, razão pela qual não poderia o Congresso pretender limitar a liberdade de expressão, excluindo as posições contrapostas de um “livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*)”⁹⁴.

Já na década de 1920, outros dois julgamentos seriam merecedores de destaque pela menção expressa à doutrina “do perigo real e iminente”. No julgamento de

‘fogo’ em um teatro. No original: “(...) The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force (...)”.

⁹³ 250 U.S. 616 (1919).

⁹⁴ A expressão é especialmente utilizada pela corrente defensora da concepção democrática da liberdade de expressão, em especial por OWEN FISS. O tema será oportunamente retomado na Terceira Parte do presente trabalho.

Gitlow versus New York (em 1925)⁹⁵ e *Whitney versus California* (1927)⁹⁶, a Corte, em postura absolutamente tímida à proteção da liberdade de expressão, validou legislação que suprimia do âmbito do Poder Judiciário a possibilidade de utilização da doutrina, de tal forma que a aferição da nocividade do discurso haveria de ser contornada pelo legislador, que poderia classificar determinadas condutas como atentatórias à segurança nacional.

Anos mais tarde, no início da década de 1950, durante o período da “Guerra Fria” e no ápice da reação anticomunista, a técnica do *clear and present danger* veio a ser objeto de reformulação pela Suprema Corte Americana. Novamente de forma refratária à garantia plena da liberdade de expressão, dois julgados da época espelham a substituição da aplicação da doutrina difundida por Holmes e Brandeis pela usual técnica da ponderação de interesses (*ad hoc balancing of interests*).

No julgamento de *American Communications Association versus Douds*⁹⁷, em 1950, a Corte entendeu como constitucional, em nome de uma suposta liberdade comercial, cláusula de legislação (*Labor Management Relations Act*) que estabelecia juramento anticomunista para a permissão de participação de sindicatos em processo de negociação coletiva. O argumento sustentado pela maioria era no sentido de que a condição prevista no referido ato não violaria a Primeira Emenda, mas, ao revés, almejaria, em verdade, garantir o livre comércio interestadual⁹⁸.

⁹⁵ 268 U.S. 652 (1925). O caso envolvia a condenação de Benjamin Gitlow, membro do Partido Socialista, pela prática de suposto crime de anarquia legal. Nos termos do voto do Justice Sanford, a liberdade de expressão e de imprensa, garantidas constitucionalmente, não asseguraria um direito absoluto de falar ou publicar, sem responsabilidade, atos subversivos do governo. No original: “(...)It is a fundamental principle, long established, that the freedom of speech and of the press which is secured by the Constitution, does not confer an absolute right to speak or publish, without responsibility, whatever one may choose, or an unrestricted and unbridled license that gives immunity for every possible use of language and prevents the punishment of those who abuse this freedom. Reasonably limited, it was said by Story in the passage cited, this freedom is an inestimable privilege in a free government; without such limitation, it might become the scourge of the republic (...). That a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to corrupt public morals, incite to crime, or disturb the public peace, is not open to question (...)”. É de bom proveito assinalar que o julgamento ocorreu durante período conturbado pós- revolução russa de 1930 (denominado *Red Scare Era*), época em que se predominava uma proibição do sindicalismo. V., sobre o caso, APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 112 – 113.

⁹⁶ 274 U.S. 357 (1927).

⁹⁷ 339 U.S. 382 (1950).

⁹⁸ Reproduz-se, por oportuno, trecho do voto condutor do *Chief Justice* Vinson: “(...) Government's interest here is not in preventing the dissemination of Communist doctrine or the holding of particular beliefs because it is feared that unlawful action will result therefrom if free speech is practiced. Its interest is in protecting the free flow of commerce from what Congress considers to be substantial evils of conduct that are not the products of speech at all (...) In other words, does not interfere with speech because Congress fears the consequences of

Ano mais tarde, em 1951, novamente se veio a mitigar a doutrina do “perigo real e iminente” em *Dennis versus United States*, em que a Corte manteve a condenação, com base no *Smith Act* de 1940⁹⁹, de líder do Partido Comunista Americano que defendia a derrubada do governo. Abstraindo-se completamente eventual posição de preferência da liberdade de expressão, não foi aquilatado qualquer risco ou perigo iminente da conduta praticada, conferindo-se, no caso em tela, primazia às relativizações estabelecidas pelo legislador infraconstitucional¹⁰⁰.

Em verdade, como se depreende de uma análise conjunta dos votos proferidos pelo *Justice* Frankfurter ao longo de todo o período do McCarthismo, a Suprema Corte procedeu a um esvaziamento da doutrina do *clear and present danger*, ao argumento de que, do ponto de vista da deliberação democrática, a tarefa precípua de estabelecimento das medidas restritivas à liberdade de expressão deveria ficar a cargo do legislador infraconstitucional¹⁰¹. Em outros termos, se adotando postura nitidamente conservadora (marcada pela autocontenção judicial), contrária ao “ativismo judicial”, passou a se defender, em hipóteses como as acima descritas, a adoção do *balancing test*, motivo pelo qual haveria de se prestigiar a vontade do legislador (*mens legislatoris*)¹⁰².

speech; it regulates harmful conduct which Congress has determined is carried on by persons who may be identified by their political affiliations and beliefs (...).

⁹⁹ As Seções 2 e 3 da Lei Smith preceituavam ser ilegal para qualquer pessoa defender conscientemente ou intencionalmente a derrubada ou destruição de qualquer governo dos Estados Unidos pela força ou violência, ou o assassinato de qualquer funcionário do governo.

¹⁰⁰ A defesa do *standard* do *clear and present danger* foi exposta nos votos dissidentes dos *Justices* Hugo Black e William Douglas. Para Black, a Lei Smith configuraria uma hipótese evidente de “virulenta censura prévia da expressão e da imprensa”, sendo, portanto, inconstitucional. Em sua ótica, não haveria, no caso em foco, receio expresso que a defesa da doutrina comunista colocasse em risco a segurança da República. Tal como exposto no voto do *Justice* Douglas, assinala-se a caracterização da Primeira Emenda como “a pedra angular do governo americano”.

¹⁰¹ Nos termos do voto do *Justice* Franfurter, a responsabilidade primária para ajustar os interesses que concorrem na situação de necessidade pertenceria ao Congresso Nacional. No original: “(...) Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us of necessity belongs to the Congress. The nature of the power to be exercised by this Court has been delineated in decisions not charged with the emotional appeal of situations such as that now before us (...)”

¹⁰² Cf. SHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 74: “(...) O impacto da guerra fria não provocou apenas a flexibilização da regra do *clear and present danger*. Em outros precedentes envolvendo a Primeira Emenda, a Suprema Corte rejeitou explicitamente o uso daquele *standard* e passou a aplicar a técnica do *balancing of interests* ou *ad hoc balancing of interests*. O uso do *balancing* se apóia no argumento de que o julgamento de casos envolvendo a liberdade de expressão não deve descurar dos interesses contrapostos que igualmente merecem proteção. Na verdade, a técnica do *clear and present danger* também utiliza ponderação. Mas ela parte da concepção de que o *free speech* possui peso

A técnica do “perigo real e iminente”, embora de extrema importância para a trajetória da garantia do *free speech* ao longo da jurisprudência constitucional norte-americana, não é mais manejada pela Suprema Corte. Evidencia-se, no momento, no que concerne ao controvertido tema da hierarquização dos direitos fundamentais, a difundida “doutrina da posição preferencial” da liberdade de expressão, aplicada até os dias atuais e ora objeto de análise.

Como se sabe, na hipótese de colisão de direitos fundamentais enumerados em sede constitucional, se recorre à técnica da ponderação de bens ou interesses (*balancing*) com a finalidade de resolução de um aparente conflito entre normas¹⁰³. Importa esclarecer: não raramente, não sendo suficiente a aplicação tradicional do método puramente subsuntivo, próprio de um modelo de regras, o intérprete e operador do Direito deve se valer, diante de um caso concreto, da denominada ponderação, que, em síntese, consiste na imposição recíproca de compressões recíprocas em torno dos bens em questão, de tal forma que a restrição imposta a um bem ou interesse deve ser a mínima suficiente para salvaguarda do conteúdo essencial do outro¹⁰⁴.

A denominada “doutrina da posição preferencial (*preferred position*)” significa, em resumo, que na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, alguns devem possuir uma “dimensão de peso” superior a outros, devendo tal hierarquia ser considerada pelos intérpretes quando da adoção da ponderação de bens (*balancing test*). Dependendo, portanto, da natureza do direito fundamental em foco, o julgador deve aplicar um padrão mais rígido – escrutínio estrito (*strict scrutiny*) - ou mais ameno para aferição da validade imposta à restrição do direito. Nas palavras de LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL:

abstrato maior por causa de sua posição preferencial no ordenamento jurídico, premissa que é refutada pelos defensores do *ad hoc balancing* (...)”.

¹⁰³ A adoção de um modelo constitucional de regras e princípios, próprio da grande maioria das Constituições, conduz, invariavelmente, a uma insuficiência dos métodos clássicos utilizados para resolução de conflitos entre normas constitucionais. Em determinados casos de “tensões” normativas, os critérios clássicos da hierarquia, cronologia e especialidade podem se revelar inadequados para uma otimização dos interesses constitucionais em disputa. Ganha relevo, nesse contexto, a técnica da ponderação de interesses, atualmente adotada em larga escala pela jurisprudência. V., a respeito, BARCELLOS, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

¹⁰⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 102.

(...) A doutrina da posição preferencial significa, pois, a hierarquização dos Direitos Fundamentais protegidos pelo devido processo legal e a inserção de alguns em posição privilegiada em relação a outros. Em que pese todos possuírem caráter de fundamentabilidade, uns são apostos em local cimeiro, tomados como de maior peso de per se. Então, os Direitos Fundamentais que assumem o mais alto posto na hierarquização correspondem aos dotados de posição preferencial. Diante da privação destes, usar-se-á o escrutínio estrito; na ausência deles, usar-se-á o teste da mera razoabilidade (...)¹⁰⁵.

Na jurisprudência norte-americana, o principal marco para o desenvolvimento da doutrina se deu no festejado julgamento *United States versus Carolene Products Co.*¹⁰⁶, no ano de 1938, em que a Suprema Corte passou a se valer de diferentes critérios para aferição da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. O caso envolvia a validade – encampada pela Corte - de legislação federal que regulamentava a comercialização de leite e derivados, que supostamente acarretaria uma violação ao princípio do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

Na célebre nota de rodapé nº 4, registrada no voto do *Justice Stone*¹⁰⁷, se assinalou que, em virtude de sua presunção de constitucionalidade, as normas relativas às atividades econômicas somente poderiam ser invalidadas se as restrições impostas por seus comandos não possuíssem um legítimo interesse contraposto. Em outras palavras, o Judiciário, no exercício de sua “atividade legislativa negativa”, deveria, em princípio, prestigiar as opções legítimas feitas pelo Legislativo. Por outro lado, em se tratando dos direitos individuais clássicos dispostos nas dez primeiras emendas constitucionais da Carta de 1787 – o “*Bill of Rights*”¹⁰⁸-, o controle de constitucionalidade exercido pelos julgadores

¹⁰⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. In *Revista Sequência*, nº 48, julho de 2004, p. 100. Merece reprodução, na mesma linha, valiosa observação de SIMONE SHREIBER: “(...) A doutrina da posição preferencial enfraquece (ou mesmo inverte) a presunção de constitucionalidade de leis restritivas, exigindo a demonstração de que o interesse público que se pretende realizar é extremamente relevante (*compelling*), e que não há meio menos restritivo para atingir aquele fim (...)”. In *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, pp. 79 – 80.

¹⁰⁶ 304 U.S. 144 (1938).

¹⁰⁷ No original: “(...) There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. (...) It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...)”.

¹⁰⁸ As liberdades públicas contidas nas dez primeiras emendas à Constituição Americana abrangem, ainda, para fins de configuração de uma posição privilegiada no teste da razoabilidade, as chamadas “liberdades não enumeradas”, ou seja, os direitos não qualificados pelo texto constitucional como fundamentais, mas assim

deveria ser mais rigoroso (escrutínio estrito), justamente por causa de sua “posição preferencial”¹⁰⁹.

Em verdade, o julgado acima descrito não cuidava especificamente da liberdade de expressão, tendo a aludida nota feito menção expressa aos direitos individuais clássicos em geral. Historicamente, o termo “posição preferencial” somente veio a ser pioneiramente cunhado no julgamento de *Jones versus Opelika*¹¹⁰, do ano de 1942, em que se discutia a conduta de cidadão – Lee Jones – membro da sociedade conhecida como “Testemunhas de Jeová”, acusado de violar estatuto de Alabama, por promover a comercialização de livros sem a devida taxa de licença. Conforme se extrai do voto condutor do *Chief Justice Stone*, entendeu-se que, no caso em apreço, a exigência de licença prévia para venda de livros configuraria uma violação à liberdade de imprensa e de religião, que desfrutariam de uma “posição preferencial”¹¹¹.

A expressão viria a ser ratificada em outro importante julgamento – *Thomas versus Collins*¹¹², onde a Suprema Corte, por apertada maioria, invalidou a condenação de Roland Thomas, presidente de empresa de aeronaves e implementos agrícolas, acusado de desrespeitar legislação estadual do Texas que exigia a sindicalistas a obtenção de licenciamento especial para a sua organização. Invocando violação à Primeira Emenda, o voto do *Justice Rutledge* bem sintetiza a doutrina, *in verbis*:

caracterizados pela Suprema Corte. Confira-se, a propósito, TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 156: “(...) A partir de tal precedente, a jurisprudência americana desenvolveu critérios diferenciados para aferir a inconstitucionalidade das normas. Quando se trata de norma editada para regulamentar alguma atividade econômica, exerce-se um controle judicial menos rigoroso, mais tolerante com os critérios adotados pelo Legislativo e Governo na formulação das políticas públicas. Quando, porém, cuida-se de legislação que interfira com os direitos individuais clássicos, tais como a liberdade de comunicação e liberdade de religião, o controle é muito mais rígido (*strict scrutiny*), sendo consideradas suspeitas todas as restrições a tais liberdades. Não basta mais a simples razoabilidade da legislação para justificar a sua constitucionalidade. Só as restrições absolutamente indispensáveis para o atendimento das necessidades públicas essenciais e indeclináveis (*compelling*) são toleradas (...)”.

¹¹⁰ 316 U.S. 584 (1942).

¹¹¹ Reproduz-se, por oportuno, trecho do voto condutor proferido pelo Chief Justice Stone: “(...) The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary the Constitution, by virtue of the First and the Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position. Their commands are not restricted to cases where the protected privilege is sought out for attack. They extend at least to every form of taxation which, because it is a condition of the exercise of the privilege, is capable of being used to control or suppress it (...)”.

¹¹² 323 U.S. 516 (1945).

(...) O caso nos confronta novamente com o dever, que o nosso sistema atua nesta Corte, de dizer onde termina a liberdade individual e começa o poder do Estado. Escolhas nestes limites, agora como sempre delicadas, o são, talvez, ainda mais quando a usual presunção sustentando a legislação é ponderada como posição preferencial conferida no nosso esquema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias. E é o caráter do direito, não o da limitação, que determina qual padrão governa a escolha (...)¹¹³.

Cabe repisar, em suma: desde a evolução da doutrina do “perigo real e iminente” até a adoção, pela Suprema Corte Americana, da teoria da “posição preferencial”, se admite no constitucionalismo norte-americano um escalonamento dos direitos fundamentais, notadamente quando em tela a proteção dos direitos elencados na Primeira Emenda, tal como a liberdade de expressão.

Existe razoável consenso, entretanto, que não possuindo tal liberdade um caráter absolutista, pode a mesma ser restringida, diante de um caso concreto, por interesses traduzidos em finalidades públicas de alta carga axiológica (designados na doutrina americana como “*compelling interest*”). Ocorrendo tal hipótese, não há de se adotar qualquer *standard* peculiar de controle de constitucionalidade (como, por exemplo, o escrutínio estrito), mas a usual técnica da ponderação de bens (*balancing*).

Convém analisar, nessa quadra da exposição, se a experiência da jurisdição constitucional norte-americana pode ou não ser aplicada no âmbito brasileiro e, em caso positivo, em que medida. É o que se passa a discorrer.

1.6. Ponderação de Interesses e Hierarquia Axiológica no Constitucionalismo Brasileiro. Doutrina e Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹¹³ Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. In *Revista Sequência*, nº 48, julho de 2004, pp. 112 – 113. No original: “(...) The case confronts us again with the duty our system places on this Court to say where the individual's freedom ends and the State's power begins. Choice on that border, now as always delicate, is perhaps more so where the usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable democratic freedoms secured by the First Amendment. That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions. And it is the character of the right, not of the limitation, which determines what standard governs the choice (...)”.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 185:

Tendo como paralelo a trajetória jurisprudencial americana em matéria de liberdade de expressão, o primeiro ponto a ser examinado nesse tópico diz respeito à possibilidade – ou não – de hierarquização normativa ou axiológica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. A se admitir tal tese, há de se investigar se, nos mesmos moldes da experiência constitucional americana, seria viável a adoção, no plano interno, da doutrina da “posição preferencial”. Confira-se.

Conforme já assinalado, na eventual hipótese de uma colisão aparente entre normas constitucionais, os critérios clássicos para resolução de conflitos entre regras podem se revelar insuficientes. Com efeito, em se tratando de normas de mesma hierarquia (ou seja, com estatura constitucional), editadas em um mesmo momento (em que não seria possível a aplicação do critério cronológico) e que não apresentem relação de especialidade (regra especial prevalecendo sobre a geral), não raramente vai se estar diante de tensões de difícil equacionamento para o intérprete e operador do Direito. A questão ganha contornos ainda mais especiais ao se considerar as características da Constituição da República Brasileira de 1988, de cunho analítico e compromissório, ou seja, marcada por um texto denso e aglutinador de diferentes ideologias.

Insera-se, nesse contexto, o papel a ser desempenhado pelo princípio de interpretação constitucional conhecido como “unidade hierárquico-normativa”. Em apertada síntese, o princípio tem como tarefa precípua o reconhecimento de contradições entre as normas constitucionais e, diante de tal fato, o alcance de uma possível harmonização, mediante auxílio da técnica da ponderação de bens ou interesses¹¹⁴.

De forma mais específica, tendo em conta normas promulgadas originariamente com o texto constitucional, parte-se da premissa que, justamente em virtude do princípio da unidade, não há como se cogitar de uma hierarquia normativa entre os comandos constitucionais. Em outros termos, se rejeita no ordenamento brasileiro a idéia de superioridade normativa entre regras e princípios estabelecidos pelo constituinte originário ou, eventualmente, de cogitação de um direito suprapositivo, anterior e acima dos próprios valores constitucionais, tal como perfilhado pela jurisprudência alemã¹¹⁵. Essa a posição consagrada em sede doutrinária e ratificada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁶.

¹¹⁵ A tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias foi desenvolvida por OTTO BACHOFF no início da década de 1950, a partir de aula proferida em Heidelberg. Sustenta-se, através de uma concepção

Por outro lado, cabe ressaltar que, a despeito da ausência de superioridade normativa, parece evidente que determinados comandos constitucionais detêm um maior grau de importância valorativa na tábua constitucional. Não se nega, por exemplo, que os princípios fundamentais da República esculpidos no artigo 1º da Carta de 1988 – e.g., o princípio democrático, federativo (*caput*) e a dignidade da pessoa humana (inciso IV) – são dotados de maior relevância na tarefa de interpretação constitucional. Da mesma maneira, sobressai a eficácia interpretativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais sensíveis (previstos no inciso VII do artigo 34), qualificados doutrinariamente como “preceitos fundamentais”, para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹¹⁷. Não há como se refutar, portanto, a existência de uma hierarquia axiológica entre certas normas constitucionais¹¹⁸.

A observação, no entanto, merece temperamentos. Não bastasse o princípio da unidade, na prática, se afigura demasiadamente difícil a identificação *a priori* de uma

jusnaturalista, própria do ordenamento alemão, a existência de um direito supralegal, fundamentado em valores e princípios do Direito Natural, ainda que não positivados no texto constitucional. V., a respeito do tema, BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

¹¹⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade 815 – Distrito Federal; Relator Ministro Moreira Alves; julgada em 28 de março de 1996. Eis a ementa do julgamento:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”.

¹¹⁷ V. TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. BARROSO, Luís Roberto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Hipóteses de cabimento. In *Temas de Direito Constitucional, Tomo II*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹¹⁸ Cf. BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 187: “(...) Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios (...)”.

escala cerrada de valores constitucionais¹¹⁹. Rotineiramente se depara, em face de casos concretos, com conflitos aparentes entre os fundamentos da República e direitos fundamentais, trazendo-se à tona, do ponto de vista hermenêutico, escolhas difíceis (*hard cases*) para o intérprete. Na mesma linha, são freqüentes as hipóteses de tensão entre os próprios princípios fundamentais (assim, por exemplo, um conflito entre a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa, dispostos nos incisos III e IV do artigo 1º da Constituição de 1988, respectivamente). Notadamente quanto ao tema da liberdade de expressão, também são usuais as colisões entre a liberdade de manifestação do pensamento (abrangente da liberdade de informação e do direito de informação) e direitos como a honra, imagem e intimidade. Por tais motivos, se defende desde já ser absolutamente inviável a enumeração taxativa de uma gradação de valores na tábua constitucional¹²⁰.

Na esfera do Direito Internacional, se situa outro argumento contrário à hierarquização dos direitos fundamentais. A posição consolidada na doutrina internacionalista parte da premissa teórica de que tais direitos seriam caracterizados por sua interdependência e indivisibilidade. Não haveria, dessa forma, espaço para uma distinção ou formulação prévia de seus graus axiológicos, havendo de ser rejeitada qualquer espécie de hierarquia ou primazia entre as suas dimensões¹²¹.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, pp. 130 – 131: “(...) Quien habla de un orden jerárquico de valores tiene, por lo pronto, que decir qué valores tienen que ordenarse de acuerdo con su jerarquía (...). Puede discutirse acerca de qué valores son relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales y qué valores no lo son. La posibilidad de que surja una polémica como esta dificulta la creación de un orden de valores que contenga todos y sólo aquellos valores que puedan ser relevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, es decir, la creación de un orden de valores completo y cerrado (...)”.

¹²⁰ CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 107: “(...) Na verdade, não deve haver gradação alguma. Se todos os direitos mencionados têm previsão constitucional, se o constituinte entendeu de elevá-los todos à mesma categoria de direitos fundamentais, não há como estabelecer antecipadamente uma tabela para resolver os conflitos que podem surgir a esse respeito. Especialmente nesse campo, a sensibilidade do intérprete deve aflorar para sopesar, caso a caso, quando um direito deve preponderar e o outro ceder. Somente uma ponderação entre esses bens, procedida casuisticamente, pode levar a bom termo a tarefa (...)”.

¹²¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas. In *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221: “(...) A tendência que mais se afirma atualmente é a idéia de indivisibilidade dos direitos humanos. Assim, na 1ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos (Teerã, 1968), já se afirma a indivisibilidade dos direitos humanos. Em 1977, resolução da Assembléia Geral da ONU afirma a mesma indivisibilidade dos direitos humanos. Esta resolução de nº 32 é uma das mais importantes da AG e afirma: a) os direitos humanos são indivisíveis; b) são inalienáveis; c) afirma a obrigatoriedade dos direitos econômicos e sociais, etc. Em 1986, nova resolução afirma a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (...)”.

Sob o influxo de tais ponderações, algumas conclusões podem ser extraídas até o presente momento. Primeiramente, a doutrina é uníssona ao não admitir uma hierarquia normativa entre os comandos constitucionais, em razão do princípio da unidade. Distintamente do ordenamento alemão, o Supremo Tribunal Federal rejeita a tese de um direito suprapositivo, calcado em valores provenientes do Direito Natural. Secundariamente, a despeito da manifesta importância axiológica de alguns preceitos constitucionais, não há como se estabelecer previamente, de forma precisa, uma escala de valores na tábua constitucional. Resta, todavia, analisar a possibilidade de, ao menos em tese, se propor uma primazia de algum dispositivo relacionado à liberdade de expressão, na esteira da posição firmada na jurisprudência norte-americana.

Tomando como ponto de partida o extenso rol de direitos fundamentais prescrito em sede constitucional, se constata a presença de um “bloco de direitos de personalidade” que podem atuar, em casos concretos, em contraposição. Veja-se, a propósito, que, em primeiro plano, têm-se no artigo 5º da Carta de 1988 direitos diretamente relacionados à liberdade de expressão, tais como a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa e de manifestação artística e, de outro, direitos como a intimidade, honra, imagem e vida privada. Ao ângulo instrumental, pode se relacionar ainda a liberdade de expressão ao direito de acesso à informação e ao princípio democrático.

Por óbvio, em um processo de ponderação, somente as circunstâncias casuísticas servirão para definir – ou, ao menos, auxiliar na fundamentação da melhor decisão possível – a opção entre um ou outro direito fundamental¹²². No entanto, de maneira perfunctória, é possível assinalar que, em tese, em razão das opções ideológicas do constituinte originário brasileiro, o sistema de liberdades afetas à manifestação do pensamento desfruta, preferencialmente, de uma posição de primazia em relação aos demais bens constitucionais de personalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, o atual regime de comunicação social não admite a censura prévia do discurso (o denominado “princípio da incensurabilidade”), razão

¹²² Em valiosa obra sobre o tema, ANA PAULA DE BARCELLOS subdivide a técnica da ponderação de interesses em três etapas: primeiramente, a identificação dos enunciados normativos em questão; secundariamente, a identificação dos fatos relevantes; e, por fim, a prolação da decisão. V. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

pela qual há de se permitir a veiculação da notícia para, em um segundo momento, se verificar sobre eventual responsabilidade e indenização por dano moral decorrente de violação ao conteúdo essencial dos demais direitos de personalidade. Secundariamente, torna imperioso evidenciar o caráter instrumental da liberdade de informação, ou seja, a sua tarefa de ferramenta para o exercício de outros direitos e, em última *ratio*, para o regular funcionamento da democracia¹²³.

Na doutrina pátria, a “posição preferencial” da liberdade de expressão vem sendo reconhecida por diversos autores, entre os quais LUÍS ROBERTO BARROSO¹²⁴ e EDILSON PEREIRA DE FARIAS¹²⁵. Também no seio da jurisprudência, essa é a posição recentemente sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹²⁶.

¹²³ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 142 - 143: “(...) A liberdade de expressão e comunicação, consagrada em textos constitucionais sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma das características das atuais sociedades democráticas. Essa liberdade é considerada inclusive como termômetro do regime democrático (...)”.

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. *Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. Op. cit., pp. 82 – 83: “(...) Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão. Dela deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações, reservando-se essa medida aos raros casos em que não seja possível a composição posterior do dano que eventualmente seja causado aos direitos da personalidade. A opção pela composição posterior tem a inegável vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a idéia de ponderação (...)”.

¹²⁵ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Op. cit., p. 175: “(...) A liberdade de expressão e comunicação, uma vez que contribui para a orientação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Em conseqüência, no caso de pugna com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position* (...)”.

¹²⁶ Confira-se trecho da ementa do acórdão proferido na ADPF 130 – DF (Distrito Federal) – Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 30 de abril de 2009: “PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA”.

Uma derradeira advertência deve ser tecida. Como é trivialmente sabido, a posição peculiar da liberdade de expressão deve ser considerada *prima facie*, ou seja, importa dizer que tal liberdade possui, em meio a um *balancing*, uma “dimensão de peso” mais elevada que outros direitos de personalidade de mesma estatura. Tal fato, contudo, não a alça a uma condição de direito fundamental absoluto, uma vez que, como já afirmado e corroborado pelos Tribunais Superiores, não há bem ou interesse constitucional insuscetível de relativização¹²⁷.

Nesse sentido, lastreando-se da experiência norte-americana, é possível se identificar, em face de circunstâncias e fatos concretos, outros interesses constitucionais de

¹²⁷ No julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2566 – Distrito Federal, Relator o Ministro Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal, analisando o tema do proselitismo na programação das rádios comunitárias, entendeu como válido o parágrafo 1º, do artigo 4º, da Lei 9.612 de 1998. Asseverou-se, na ocasião, que a liberdade de informação não traduziria um direito “absoluto, ilimitado e ilimitável”. Confira-se a ementa do julgado:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 4º DA LEI Nº 9.612, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1988, QUE DIZ: “§ 1º - É VEDADO O PROSELITISMO DE QUALQUER NATUREZA NA PROGRAMAÇÃO DAS EMISSORAS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA”. ALEGAÇÃO DE QUE TAL NORMA INFRINGE O DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, INCISOS VI, IX, E 220 E SEGUINTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR.

1. Para bem se conhecer o significado que a norma impugnada adotou, ao vedar o proselitismo de qualquer natureza, nas emissoras de radiodifusão comunitária, é preciso conhecer todo o texto da Lei em que se insere.
2. Na verdade, o dispositivo visou apenas a evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, usada para fins a ela estranhos, tanto que, ao tratar de sua programação, os demais artigos da lei lhe permitiram a maior amplitude e liberdade, compatíveis com suas finalidades.
3. Quis, portanto, o artigo atacado, tão-somente, afastar o uso desse meio de comunicação como instrumento, por exemplo, de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal, com fins eleitorais, ou mesmo certos sectarismos e partidarismos de qualquer ordem.
4. Ademais, não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis.
5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei. Por esse modo, poderão ser coibidos os abusos, tanto os das emissoras, quanto os do Poder Público e seus agentes.
6. Com essas ponderações se chega ao indeferimento da medida cautelar, para que, no final, ao ensejo do julgamento do mérito, mediante exame mais aprofundado, se declare a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, da norma em questão.
7. Essa solução evita que, com sua suspensão cautelar, se conclua que todo e qualquer proselitismo, sectarismo ou partidarismo é tolerado, por mais facciosa e tendenciosa que seja a pregação, por maior que seja o favorecimento que nela se encontre.
8. Medida Cautelar indeferida.”

alta carga valorativa (*compelling interests*) capazes de promover, na adoção da ponderação, um reequilíbrio dos bens em disputa. Ou seja, em outras palavras, de “anular” a posição de primazia da liberdade de expressão. Alguns exemplos podem ser colhidos:

(i) à luz da concepção democrática da liberdade de expressão, o princípio democrático (artigo 1º da Constituição);

(ii) na qualidade de princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição);

(iii) em meio à teoria dos limites imanentes, a própria liberdade de expressão de minorias socialmente e economicamente desfavorecidas;

(iv) ao ângulo do direito de informação (dos destinatários da mensagem ou discurso), o acesso à informação;

(v) sob a ótica do debate em torno da pornografia e *hate speech*, o princípio constitucional da isonomia;

(vi) do ponto de vista econômico, em se tratando da concentração de mercado, a proibição de formação de monopólio e oligopólio;

(vii) os princípios setoriais definidos no artigo 221 da Constituição;

(vi) em vista da Ordem Social, a proteção à infância e juventude.

.

Como há de se demonstrar, oportunamente, nos tópicos subsequentes, cada um desses interesses pode representar um limite legítimo para a liberdade de expressão, mitigando - em concreto - a posição, em tese, preferencial de tal liberdade.

1.7. A Identificação do Conteúdo Relevante da Informação. Princípios e Fins do Ordenamento Constitucional.

Questão das mais controvertidas atinentes à problemática da limitação da liberdade de expressão diz respeito à eventual possibilidade e necessidade de identificação de um conteúdo relevante no discurso ou informação a ser veiculada. Sob o prisma normativo, a Constituição da República Brasileira de 1988, a exemplo de outras Cartas, não estabelece qualquer distinção prévia entre um dever de garantia, em maior ou menor grau, da opinião ou mensagem tida como mais ou menos relevante para a sociedade.

Uma leitura apressada do título dedicado aos direitos e garantias fundamentais poderia levar a crer, ao menos superficialmente, a uma idéia de impossibilidade de regulação do discurso na esfera nacional. Isso porque, ao contrário de outras hipóteses já ventiladas, o constituinte originário não autorizou nenhuma restrição direta ou indireta ao princípio geral de liberdade de expressão, o que por si só já bastaria para inibir qualquer dos Poderes a fazê-lo. Assim, por exemplo, em uma análise prévia, o Poder Executivo – ou, mais especificamente, o Ministério da Justiça ou Comunicação Social – não poderia cercear a informação transmitida por determinado meio de comunicação, ao argumento de se tratar de “fato não relevante para a opinião pública”. Eventuais disposições normativas elaboradas por representantes do Poder Legislativo poderiam ser taxadas de inconstitucional pelo mesmo motivo. Tampouco caberia ao Poder Judiciário fazê-lo por determinações judiciais. Essa inicial afirmativa, no entanto, merece algum temperamento.

Versando-se sobre a liberdade de expressão *lato sensu*, parece claro que, excetuadas as hipóteses de tipicidade penal, a mera exteriorização de idéias ou opiniões não impressas ou divulgadas por empresas de radiodifusão sonora ou de imagens, seria intangível de qualquer forma de regulação – prévia ou *a posteriori* – estatal, tendo-se em conta tão-somente o critério da “relevância do discurso”. De outra banda, a se considerar a liberdade de informação *stricto sensu*, própria dos meios de comunicação de massa, ou seja, os principais difusores da formação de convicções, a tradicional concepção, de índole libertária, é suscetível de relativização¹²⁸.

¹²⁸ JORGE MIRANDA promove uma distinção pontual entre a liberdade de expressão, gênero abrangente de “qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções, actos de vontade” e a liberdade de informação, espécie que traduz a “interiorização de algo externo”. V. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, pp. 453 – 454.

De forma concisa, portanto, suas correntes de pensamento podem se formar sobre o tema. Em primeiro plano, por conta do regime constitucional brasileiro, em que vigora de forma genérica a plena liberdade de informação, a liberdade de expressão somente poderia ser restringida pelas hipóteses taxativamente prescritas na Lei Fundamental, onde não consta a maior ou menor “relevância do discurso”. Tal concepção, extremamente vinculada ao *status negativus* da liberdade de expressão, parte da premissa teórica de que o exercício do direito de informar exige tão-somente uma atuação negativa estatal para a concreta garantia da liberdade¹²⁹.

Em segundo plano, abstraindo-se a sua visão meramente libertária, por uma concepção democrática, a proteção da liberdade de expressão, enquanto elemento essencial para a formação da opinião pública, deveria ser analisada ao ângulo de sua importância para a democracia. Ou seja, a sua tão festejada “posição de preferência” sobre outros direitos constitucionais ligados à personalidade somente viria a incidir em casos de “relevância ou pertinência do discurso”¹³⁰.

A se adotar a primeira posição, próxima à linha jurisprudencial da Suprema Corte Americana, se conferiria à liberdade de expressão um caráter de “quase absolutismo”, o que poderia, na prática, ocasionar certas distorções no processo da ponderação de bens. A não atribuição de “grau” para o discurso proferido não desqualificaria ou reduziria a pretensa “dimensão de peso” ou “hierarquia axiológica” imposta ao princípio na usual técnica do *balancing*. Nesse passo, por exemplo, mediante um juízo prévio, a possibilidade ou validade de veiculação de uma notícia totalmente irrelevante, vulgar ou nitidamente contrária aos padrões morais comunitários, sem nenhum conteúdo público para a formação de opinião,

¹²⁹ FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 86: “(...) No fio dessas considerações, o direito fundamental de informar é entendido como uma liberdade negativa ou como um direito de defesa dirigido principalmente contra o Poder Público (...). Ou seja, nessa perspectiva de liberdade negativa, o exercício do direito de informar exige simplesmente uma ação negativa traduzida no dever de terceiros de abster-se de impedir a comunicação realizada pelos titulares daquele direito fundamental (...)”.

¹³⁰ Esse o ponto de vista adotado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol. A preferência da liberdade de expressão e informação, decidida casuisticamente por um juízo de ponderação, se identifica com o conteúdo da informação veiculada. A veracidade e a transcendência pública seriam os elementos condicionadores de seu exercício lícito. V. AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 253 – 170. V., no mesmo sentido, SHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, pp. 83 – 84.

poderia prevalecer sobre a honra ou intimidade de pessoa vilipendiada com o fato amplamente divulgado em meio de comunicação de massa de grande circulação.

A segunda posição, por sua vez, também pode ser passível de inúmeras objeções, sintetizadas nos seguintes argumentos: (i) o caráter de abertura e imprecisão em torno de um conceito de “relevância de discurso”; (ii) a dificuldade em se proceder a uma categorização dos “graus de relevância”; (iii) a tênue delimitação entre um espaço de “relevância” e a censura. Confira-se a seguir.

A primeira objeção formulada pelos críticos da segunda corrente doutrinária reside no fato de se afigurar absolutamente inconcebível a delimitação precisa acerca da expressão “discurso de interesse público ou relevante”, para fins de preferência na proteção da liberdade de expressão. Na ausência de um conceito claro e de uma estrutura jurídica determinada, bem como de critérios seguros que pudessem garantir a objetividade de uma decisão judicial por meio do *balancing*, acabaria sendo inócua qualquer tentativa de se criar um *standard* de ponderação atinente à relevância da informação¹³¹. Significa dizer, não existindo qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional definida pelo legislador sobre a matéria, não seria possível delegar tal atividade ao magistrado em sua tarefa interpretativa.

O argumento, em nosso entender, não merece total acolhimento. Partindo-se da premissa teórica de que não sendo o Direito uma ciência exata, desenvolvida em raciocínios cartesianos, seria de fato inviável um esforço de se definir previamente uma fórmula infalível capaz de apontar um conceito de “discurso relevante”¹³². Existem, no entanto, critérios hábeis a justificar a identificação de contornos acerca do tema.

¹³¹ Na verdade, o argumento é o mesmo desenvolvido para uma das objeções formuladas sobre a “teoria dos princípios” e o uso da técnica da ponderação de interesses, denominado por CARLOS BERNAL PULIDO de “indeterminação conceitual”: “(...) La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios (...)”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (Estudio Introductoria, p. XXXIX).

¹³² Insta assinalar, nesse passo, uma importante distinção entre uma denominada “lógica formal” e o papel hodiernamente desempenhado pela “teoria da argumentação”, essencial ao manejo do *balancing*. A lógica formal se fundamenta em um raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo, onde a passagem das premissas para a conclusão é necessária: se as premissas são verdadeiras, então a conclusão necessariamente também o será. A argumentação, por outro lado, se fundamenta no terreno do simplesmente plausível, isto é, os argumentos retóricos não estabelecem verdades evidentes, provas demonstrativas, e sim mostram o caráter razoável, plausível, de uma determinada decisão ou opinião. V. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie.

A atribuição de relevância a determinadas mensagens ou informações deve, em um primeiro momento, considerar os padrões adotados por um “*sensu comum da sociedade, a partir de sua história e cultura*”¹³³. Lastreando-se na experiência e costumes de uma sociedade, seria possível reconhecer notoriamente alguns fatos como de relevante interesse público. Muito embora não seja recomendável a adoção de padrões como “moralidade e bons costumes”, apenas para citar alguns, parece fora de dúvidas que certos discursos possuem, por assim dizer, um “grau determinante para o processo de formação de opinião pública”.

É o caso, em um exemplo inicial, do discurso político. Quando um cidadão ou meio de comunicação – jornal, impresso ou periódico – veicula uma opinião ou notícia sobre assunto envolvendo um agente público ou um fato diretamente relacionado ao exercício de suas funções, se está, por óbvio, contribuindo para o “*mercado de idéias*” essencial em um regime democrático¹³⁴. A “*dimensão de peso*” a ser atribuída em uma informação nessa esfera deve ser amplamente significativa, para fins de restrição da liberdade de informação. Da mesma forma, há de sobressair, em outro exemplo, o discurso religioso. Além da indiscutível importância do tema para a formação moral e espiritual do cidadão, estar-se-á diante de assunto tutelado por outro dispositivo constitucional específico, qual seja, a liberdade de

Tratado da Argumentação. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996. V., ainda, PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 472: “(...) Por que o jurista deve recorrer a raciocínios alheios à demonstração matemática? É, acima de tudo, porque deve tratar de questões de fato, que não podem resultar de raciocínios puramente formais (...)”. Na doutrina brasileira, leia-se CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 198: “(...) Uma decisão razoável não corresponde ao mero subjetivismo ou à paixão, mas a um tipo de racionalidade, intersubjetiva, que se utiliza da técnica argumentativa e se define pelo consenso. Muito embora o ideal de ciência, característico do mundo moderno, tenha excluído do campo da lógica o pensamento opinativo, não significa que esse tipo de pensamento seja intuitivo ou irracional. O pensamento opinativo é aquele formulado em torno de opiniões comuns e amplamente aceitas em determinada comunidade; idéias, portanto, admitidas como prováveis na qualidade de verossímeis, porque podem ser tomadas como verdade para efeitos de raciocínio (...)”.

¹³³ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 116 – 117.

¹³⁴ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 69: “(...) Por ser na seara do debate político onde com maior frequência se tende a restringir indevidamente a liberdade de expressão, é precisamente neste campo que ela adquire maior relevância e é, por isso, considerada essencial nas sociedades democráticas (...). Embora já se tenha afirmado que ela é uma liberdade espiritual, não se pode negar que se encontra firmemente vinculada à liberdade política e ao processo democrático, na medida em que possibilita ao cidadão a faculdade de investigar e criticar (...)”.

crença¹³⁵. Haveria, ainda, outros casos de notória importância social, tais como discursos cívicos, educacionais ou mesmo relativos a lazer (esportes, novela, etc).

Observa-se, assim, a partir desses exemplos, que um primeiro *standard* a ser possivelmente formulado para a identificação do conteúdo relevante da informação se apoiaria no caráter instrumental da liberdade de expressão. Ou seja, nas hipóteses em que a emissão da mensagem ou discurso consistir em ferramenta crucial para o exercício de outras liberdades públicas (como, *e.g.*, o pleno exercício dos direitos políticos, a garantia da liberdade religiosa ou concretização de direitos sociais), deve ser atribuído um “maior grau ou dimensão de peso” no manejo da ponderação de bens. Em contraposição, em caso de colisão de direitos, para se admitir a “anulação da posição preferencial” da liberdade de manifestação do pensamento, o interesse público (*compelling interest*) em um caso concreto deve ser de grande intensidade, sob pena de aplicação do “escrutínio estrito” na validade da medida. Apenas para ilustrar o raciocínio, nos exemplos acima citados, a liberdade de veiculação de notícia de cunho político, religioso ou social, somente poderia ser mitigada ou restringida, em uma circunstância fática, por interesse constitucional de maior preponderância, tal como “segurança nacional”¹³⁶. A simples invocação de um direito de personalidade – como a honra, imagem e intimidade – não seria suficiente para tanto¹³⁷.

¹³⁵ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Op. cit., p. 70: “(...) A liberdade de expressão possui também extraordinária importância para o discurso de conteúdo religioso, tanto que, historicamente, o surgimento da liberdade de expressão significou, essencialmente, a oportunidade de ouvir e ler livremente a palavra de Deus (...)”. Um estudo alentado sobre os aspectos críticos e conceituais da liberdade religiosa, bem como a sua estreita conexão entre os demais direitos individuais, pode ser encontrado em SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional e Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³⁶ Exemplo emblemático de interesse de Estado hábil a justificar uma restrição à liberdade de expressão consiste, sob a ótica militar, na “segurança nacional”. Em sede de Direito Estrangeiro, destaca-se o precedente *New York Times Co. versus United States*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1971 (403 U.S. 713, 1971). O caso, conhecido como *The Pentagon Papers*, envolvia um conflito entre a liberdade de imprensa e a segurança do Estado, durante a vigência da Guerra do Vietnã. Consoante voto (*opinion*) do *Chief Justice* Warren E. Burger, a liberdade de expressão não se revestia de um caráter absoluto, razão pela qual a restrição prévia ao trabalho da imprensa seria absolutamente possível, desde que em nome do interesse público. Essa posição, entretanto, restou vencida pela maioria da Corte que, na esteira do voto do *Justice* Hugo Black, ratificou o papel essencial da liberdade de imprensa em uma democracia. V., a respeito, SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 134 – 150: “(...) Em linhas gerais (abstraindo-se o caso específico) ambos os *Justices* - Burger e Hugo Black – têm razão em suas observações acerca da Primeira Emenda. A Liberdade de Imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional. Qual a solução? Ela reside numa linha tênue que impõe ao hermenêuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende aos interesses da sociedade (...)”.

¹³⁷ Esse, inclusive, o posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. O tema já foi objeto de análise em tópico anterior.

Outro critério hábil a amparar a identificação de um “discurso relevante” seria, além da notoriedade e do caráter instrumental da liberdade de expressão, a existência de enunciados normativos que imputariam ao emissor da mensagem um dever de prestar a informação. Aqui também não há espaço para maiores questionamentos, uma vez que o interesse público constante do discurso decorre de expressa previsão legal. Alguns exemplos poder ser destacados nos mais variados ramos do Direito.

No âmbito do Direito do Consumidor, ressalta-se a exigência legal de informação adequada nos produtos a serem consumidos; no âmbito do Direito do Trabalho, tem-se a o dever de informação acerca da gestão e lucro da empresa; no âmbito do Direito Ambiental, existe a imposição de informação prévia sobre o impacto ambiental de qualquer medida a ser tomada pelo Poder Público. Na esfera dos direitos sociais também se colhe sugestiva ilustração. Assinala-se, nesse ponto, a importância da informação como instrumento de controle da responsabilidade do Estado. Considera-se, assim, que a produção de informação sobre as políticas implementadas no campo social constitui pressuposto para a vigilância e fiscalização do Poder Público, obrigando-o à formulação de um plano de ação apto a promover um avanço progressivo na garantia de tais direitos¹³⁸.

Em todos esses casos, como se observa, a “relevância do discurso” pode ser deduzida não por mero subjetivismo por parte do intérprete, mas em decorrência de imperativo legal. Não se está diante de mero “ponto de vista”, fato notório ou padrão costumeiro, mas de uma intenção advinda de opção do legislador (*mens legislatoris*), que deve ser prestigiada.

¹³⁸ Em estudo minucioso sobre o tema, VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, insignes professores da Universidade de Buenos Aires, enumeram algumas obrigações estatais a serem cumpridas em respeito ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com relação a um direito à moradia adequada, por exemplo, se reconhece uma obrigação do Estado de implementar uma vigilância eficaz da situação habitacional em sua jurisdição, necessitando-se produzir informações acerca dos principais problemas enfrentados pelos grupos considerados em situação vulnerável ou desvantajosa. Quanto ao direito à proteção da saúde, pontuam a obrigação do Estado de garantir o acesso à informação sobre questões relativas à saúde reprodutiva, saúde materna (e a necessidade de redução da mortalidade infantil), e a saúde sexual. Por último, observam os autores a obrigação de formulação de planos detalhados de implementação progressiva de um direito à educação primária obrigatória e gratuita, de forma a alcançar a efetividade dos direitos consagrados no aludido Pacto. Cf. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madri: Editorial Trotta, 2004, pp. 84 - 85.

A questão não escapa, ainda, da apreciação do legislador constituinte originário. Observando os comandos do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, que elencam os princípios aplicáveis à programação de emissoras de rádio e televisão, também se pode compendiar discursos “relevantes”, ou seja, no mesmo sentido das finalidades constitucionais. É o caso do discurso “com finalidade educativa, artística, cultural ou informativa (inciso I)”; que “promova a cultura nacional e regional” (inciso II); ou que “respeite os valores éticos e sociais da pessoa e da família (inciso IV)”.

De todo o exposto, se constata que a aferição de “relevância da informação” consiste em tarefa difícil, porém não impossível de ser delineada. A maior dificuldade não reside em definir o que é ou não “relevante”, mas ao contrário, em destacar o que é “irrelevante”. Explica-se.

Consoante afirmado até aqui, existe razoável consenso em se extrair de uma opinião ou informação, de acordo com o “senso comum” ou em decorrência de imperativo legal, o seu “grau” de importância ou interesse público. Nessa denominada “zona consensual” se inserem discursos políticos, religiosos, acadêmicos, de controle social, entre outros casos. Por outro lado, não se nega a existência de uma denominada “zona cinzenta”, em que poderá haver dúvidas acerca da relevância ou não de um discurso. Em uma sociedade plural, marcada por diversas ideologias e culturas, será demasiadamente difícil proceder a uma identificação de uma informação como “mais ou menos relevante”. De forma mais acentuada, deslocar tal árdua tarefa para o crivo do Judiciário, na qualidade de intérprete qualificado das leis, poderia colocar em risco o próprio conteúdo principiológico da liberdade de expressão, uma vez que permitir-se-ia ao magistrado um intenso poder discricionário em definir o que poderia ou não ser veiculado.

Inserir-se, nesse particular, a segunda objeção formulada pela corrente libertária, qual seja, a dificuldade em se estabelecer uma categorização ou hierarquização do discurso, conforme o seu “grau de relevância ou interesse público”. Aqui também o ponto merece maiores reflexões.

No dizer de JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, “*categorizar significa delinear os contornos dos direitos e, a partir, das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. Em outras palavras, categorizar é*

entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação”¹³⁹.

Na questão em tela, caberia indagar a possibilidade de, diante de determinadas situações, se proceder ao enquadramento de um discurso como “relevante” ou “irrelevante”, ou seja, mais ou menos protegidos pela liberdade de expressão. E, como há pouco se afirmou, ao menos para a denominada “zona cinzenta” – em que há controvérsia sobre a relevância da informação – a resposta parece ser negativa. Aduzir “categoricamente” que determinado discurso é totalmente irrelevante, em nosso ponto de vista, é uma tarefa que somente poderia ser efetuada pelo legislador (o que ainda assim poderia gerar algum tipo de controvérsia), mas jamais por um membro do Judiciário, haja vista a ausência de autorização de restrição direta ou indiretamente constitucional.

Quanto à hierarquização, o raciocínio há de ser distinto. Sob o prisma doutrinário, a corrente defensora da hierarquização não nega a existência de conflitos entre normas constitucionais, mas rejeita *ab initio* a utilização da técnica da ponderação de interesses. Defende-se, nessa linha, a confecção de um escalonamento entre os dispositivos constitucionais, em conformidade com a sua importância valorativa¹⁴⁰.

Aplicando-se tal teoria ao caso em cotejo, é de bom proveito ressaltar que, em se tratando de conflito aparente entre normas constitucionais, já se afirmou em tópicos anteriores, que a despeito do “princípio da unidade da Constituição”, a liberdade de expressão goza, em tese, de uma “posição preferencial” sobre os demais interesses constitucionais concernentes à personalidade. Resta saber se dentro de tal liberdade, é possível se estabelecer

¹³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234. O instituto da categorização se aproxima, entre outros, da concepção teórica de KLAUS GUNTHER, que propõe uma análise crítica da técnica ponderativa. V., do autor, *The sense of appropriateness: application discourse in morality and law*. New York: State University of New York Press, 1993.

¹⁴⁰ V. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 107. V, ainda, BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 66: “(...) Para os defensores da hierarquização, os conflitos normativos existem e são inexoráveis. Nada obstante, a forma de resolvê-los não deve ser a ponderação. A proposta dessa corrente de pensamento será a construção de uma tabela hierárquica ou de importância entre os enunciados normativos – inclusive e especialmente os constitucionais. Assim, diante do conflito, o intérprete disporá de um elemento objetivo para decidir, fornecido pelas diferentes posições dos enunciados em disputa na escala hierárquica. As disposições normativas mais bem situadas nessa escala deveriam preponderar sobre as que ocupam posições menos graduadas (...)”.

uma “gradação” entre os discursos ou informações noticiadas, conforme o seu grau de “relevância”. Aqui a resposta nos parece ser parcialmente positiva.

Já se afirmou a possibilidade de se proceder à qualificação de um discurso como nitidamente “relevante”, mediante uma “zona de consenso”. Em nossa concepção, poderia se suscitar uma “hierarquia” ou, nas palavras de ROBERT ALEXY, um “sistema de preferência” entre essa espécie de discurso e a restante¹⁴¹. Na prática, se quer afirmar que o “escrutínio estrito” seria diretamente proporcional – ou seja, tanto maior - à relevância do interesse (discurso ou informação) protegido. Assim, por exemplo, assuntos de notório interesse social (política, religião, educação, entre outros), situados na “zona de consenso” teriam uma “maior dimensão de peso” do que os demais.

Já no que se refere à “zona cinzenta”, a despeito de não se tratar de critério totalmente seguro, também se afiguraria conveniente a designação de *standard* para eventual aplicação de “peso” a um discurso quando do uso da ponderação de bens. Desta forma, por mais que se defenda a importância de determinados discursos ou opiniões para o desenvolvimento do “mercado de idéias”, pode-se concluir que mensagens ou discursos dissonantes das finalidades constitucionais – como, por exemplo, de teor injurioso, que possam fomentar a discórdia, segregação, animosidade entre as pessoas ou mesmo que possam vir a formar uma espécie de juízo negativo entre certos segmentos sociais -, teriam, em tese, uma “reserva de ponderação” ou “grau de restringibilidade” maior do que outras mensagens ou discursos “não notoriamente relevantes”.

Exemplificando, a informação com teor de preconceito ou ódio (*hate speech*) ou de alto teor ofensivo à dignidade humana (como a difamação, violência, obscenidade e pornografia) teria – em tese, repita-se – um “menor grau de proteção” em relação a outros interesses constitucionais em afinidade com o bem-estar social¹⁴². Em tais

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Revista Doxa, volume 5, 1988, p. 149. Cuida-se, na visão do autor, de um “sistema de prioridades *prima facie*”.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., pp. 73 – 74: “(...) Ora, as constituições contemporâneas em geral, e a brasileira em particular, consagram o homem, sua dignidade e seu bem-estar como centro do sistema jurídico. Se é assim, é perfeitamente possível conceber uma preferência – de caráter *prima facie* – para as disposições constitucionais diretamente relacionadas com esses fins constitucionais, em contraste com outras que apenas indiretamente contribuem para a dignidade humana. Nesse sentido, ainda que não se trate de hierarquia, a preferência atribuída às normas que diretamente produzem o bem-estar das pessoas e protegem seus direitos poderá ser um parâmetro de orientação para o intérprete no emprego da ponderação (...)”.

hipóteses, para a “anulação da posição preferencial”, não seria imprescindível a demonstração, em concreto, de um *compelling interest*.

Doutrinariamente, no entanto, não se trata propriamente de uma “hierarquização”, vez que não se nega o uso da ponderação nem se propõe a construção de uma “tabela rígida” de enunciados normativos, mas o que se sustenta é a adoção de um escalonamento (ou “sistema de preferências”), dentro de um mesmo princípio constitucional – liberdade de expressão -, entre os discursos, conforme os valores essencialmente protegidos em sua emissão.

Em suma: quanto maior for a quantidade de normas assecuratórias de direitos fundamentais subjacentes a um discurso, maior deve ser a sua proteção. Em termos principiológicos, o “conteúdo essencial” da liberdade de expressão deve aumentar conforme a natureza da mensagem veiculada - quanto mais próxima for da “zona de consenso” - e, em contraposição, para a anulação, em concreto, de sua posição preferencial, maior deverá ser o interesse cogente (*compelling interest*).

Um ponto merece ser sublinhado. A proposição acima formulada não tem o condão de esvaziar o “conteúdo essencial” da liberdade de expressão. Não se defende aqui a proibição do discurso tido como “não notoriamente relevante”, o que indubitavelmente consistiria em aniquilação da “incensurabilidade”. Ao revés, justamente com a finalidade de se garantir a liberdade de expressão em sua completude, é que se propugna uma distinção, do ponto de vista axiológico, entre o discurso relevante situado em uma “zona de consenso” e o situado em uma “zona cinzenta”. Aliás, é o que já ocorre na prática dos tribunais quando do uso da ponderação de bens¹⁴³.

Por fim, a terceira objeção a ser invocada para uma eventual proposta de conexão entre a “posição preferencial” da liberdade de expressão e o conteúdo relevante da

¹⁴³ Segundo KARL LARENZ, na apreciação de conflitos, quando o julgador não dispõe de nenhuma máxima geral de experiência, acaba ponderando fatos, conforme “juízos baseados em sua percepção”, “juízos baseados na interpretação da conduta humana”, “juízos proporcionados pela experiência social” e seus próprios “juízos de valor”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 399 – 413.

informação veiculada, diz respeito à linha tênue existente entre a possibilidade de restrição da referida liberdade e um temor de censura.

A prevalecer um entendimento de que somente o “discurso de conteúdo relevante” desfrutaria de uma acentuada “dimensão de peso”, poder-se-ia levar a crer que seria permitido, sob o rótulo da ausência de interesse público da mensagem ou opinião, uma censura da informação transmitida. Em um exemplo concreto, ao mesmo tempo que se poderia imputar a restrição de uma obra de conteúdo “não nitidamente relevante” (situado na supracitada “zona cinzenta”), como um filme violento, obsceno ou contrário à dignidade humana, iria se admitir, posteriormente, uma censura a outras matérias tidas como “não convenientes”. Daí porque o interesse público ou relevante deveria, para uma parcela da doutrina, ser presumido¹⁴⁴.

Embora se possa anuir, ao menos parcialmente, com tal assertiva, a objeção formulada também merece reflexão. Como já explicitado, embora não se negue a importância do caráter instrumental da liberdade de informação, se entende viável a construção de um “sistema de preferências” entre os discursos veiculados. O interesse cogente (*compelling interest*) a ser suscitado para a restrição de uma mensagem afinada com os princípios fundamentais constitucionais não pode ter o mesmo grau de excepcionalidade de o necessário para a mitigação de uma mensagem “não notoriamente relevante”. No primeiro caso, a divulgação do discurso repousa em um “quase absolutismo”, ao passo que, no segundo, existe um espaço maior de relativização.

Traz-se um breve exemplo comparativo para sistematização do raciocínio. Imagine-se que um jornal de grande circulação venha a publicar, com base em denúncias de corrupção, uma matéria contrária a um governante acusado em escândalo. Tratando-se de uma pessoa pública, titular de mandato eletivo, se afigura notório o conteúdo relevante da

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Op. cit., pp. 86 – 87: “(...) Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas “inconvenientes”, sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto (...)”.

informação noticiada, especialmente por envolver outros princípios constitucionais, como a democracia e direitos políticos correlatos. O interesse a ser invocado pelo governante para uma não divulgação da matéria deve estar calcado de uma intensa carga valorativa (*e.g.*, interesse de Estado), não se admitindo uma “anulação da posição preferencial” da liberdade de informação com base em um mero interesse privado ligado a um direito de personalidade (honra, por exemplo). Pode-se afirmar que, em virtude de sua “dimensão de peso”, a liberdade de expressão, nessa hipótese, é “quase absoluta”. Ou, em outros termos, a presunção de interesse público da informação se reveste de um caráter “quase absolutista”.

Imagine-se, por outro lado, que determinado periódico venha a publicar matéria esclarecendo a quantidade de “casos amorosos” de uma determinada pessoa que, a rigor, não se trata de uma grande personalidade pública (não seria, assim, uma autoridade pública ou artista consagrado). Nota-se claramente que, nessa hipótese, não há de ser conferido o mesmo “grau de proteção” ao discurso proferido no exemplo anterior. O interesse público na divulgação da notícia se reveste de um caráter relativo ou, em outros termos, cuida-se de uma “presunção relativa”, suscetível de restrição por um interesse privado de menor carga valorativa.

Uma derradeira observação se afigura pertinente. Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República em vigor, não mais de justifica, na esfera comunicativa, o “temor de retorno à censura”. Em meio a tantas crises e sobressaltos institucionais, é possível ressaltar a intensa proteção conferida – especialmente pelo Poder Judiciário – à liberdade de expressão nos mais variados conflitos normativos. A pretensa invocação da “censura” para a restrição de qualquer discurso não pode servir de “escudo” para o cometimento de abusos frequentemente ocorridos em matéria de imprensa. A liberdade de informação continua sendo a regra, quanto a isso não repousa maiores dúvidas. Há, no entanto, de se atentar para as “exceções”, com o propósito único de justamente se proteger *in totum* as liberdades públicas constitucionais.

2 LIBERTÁRIA DA LIBERDADE A CONCEPÇÃO DE EXPRESSÃO. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DEMAIS BENS CONSTITUCIONAIS

Cuidou-se até o presente momento de se estabelecer as premissas teóricas relativas à liberdade de manifestação de pensamento na qualidade de norma-princípio constitucional, desde a sua fundamentação filosófica (desenvolvida na Primeira Parte do trabalho), até a sua “posição preferencial” no processo de ponderação (*balancing*), ocasião em que, lastreando-se na experiência jurisprudencial norte-americana, veio a se propor uma pontual distinção axiológica entre determinadas categorias de discurso.

Da mesma forma, já se investigou, anteriormente, no tópico dedicado ao denominado “princípio da incensurabilidade”, o “núcleo duro” da liberdade de expressão,

especialmente no que concerne à liberdade do emissor da mensagem ou opinião, trazendo-se à baila, ainda, breves notas em torno do “estado de exceção” constitucional e o fundado temor de violação ao núcleo essencial da liberdade de manifestação do pensamento.

Pretende-se, nessa quadra da exposição, se delinear algumas notas sobre a possibilidade de conflito entre a liberdade de expressão e os demais bens ou interesses constitucionais. Em outros termos, passar-se-á a delimitar as hipóteses de relativização da liberdade discursiva em face de outros comandos previstos na Constituição da República.

Optou-se, para fins de sistematização, em subdividir o tema em quatro tópicos distintos: em primeiro lugar, analisar-se-á, à luz da proporcionalidade econômica, o conflito aparente entre o princípio fundamental da livre iniciativa e a liberdade de informação, na qualidade de espécie da liberdade de expressão; secundariamente, ainda no que toca à liberdade empresarial, há de se tratar da eficácia princiológica do artigo 221 da Lei Fundamental, que preceitua as finalidades públicas das empresas de radiodifusão sonora e de imagens; em terceiro lugar, vai se examinar as hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, e sua correlação com os demais bens de personalidade; e, por fim, em minucioso estudo de caso, abordar-se-á talvez a mais atual controvérsia doutrinária e jurisprudencial enfrentada no ordenamento norte-americano no campo da liberdade do discurso: a questão da pornografia e o conflito com o princípio da igualdade, também presente na Constituição brasileira.

2.1. Livre Iniciativa e Liberdade de Informação. Proporcionalidade e a Excessiva Imposição de Obrigações Positivas às Empresas Privadas.

Em tópicos anteriores, já se teve a oportunidade de tecer, à luz da “teoria dos princípios”, um dever *prima facie* imposto ao Poder Público de se proteger a liberdade de expressão mediante uma “não censura prévia”. Não há, nesse aspecto, maiores dúvidas quanto ao denominado *status negativus* assumido pela liberdade de informação (própria do emissor da mensagem) enquanto direito fundamental clássico. Sucede que, conforme há de demonstrar linhas adiante, em determinados casos concretos excepcionais, a liberdade discursiva poderá ser mitigada frente a outros interesses de equivalente (ou superior) estatura valorativa. Não bastasse tal assertiva, situações haverá em que o Estado, na qualidade de

agente “garantidor” do discurso, terá um poder-dever de atuar na esfera comunicativa, com a finalidade última de resguardar a própria liberdade de expressão em sua completude.

Impende destacar, nesse momento, e esse o ponto que diretamente interessa, uma importante hipótese de violação à liberdade de expressão na qualidade de norma-regra. Trata-se, nesse passo, de uma eventual invasão do núcleo essencial do princípio da liberdade de informação e, do ponto de vista empresarial, da livre iniciativa, em virtude da ação estatal desproporcional na ordem econômica. Sintetizando a controvérsia, a questão a ser respondida é: na hipótese de primazia da concepção democrática da liberdade de expressão, até que ponto seria legítima a intervenção do Poder Público na liberdade empresarial das empresas de comunicação, para fins de proteção da própria democracia? Em nome de uma garantia do processo democrático de formação de opinião, qual seria o limite ou chamada “reserva de ponderação” da liberdade de imprensa? Como equacionar, em meio a uma ponderação de interesses, o respeito à democracia, ao pluralismo, à diversidade cultural, à liberdade de expressão e à própria livre iniciativa? É o que se vem a discorrer a seguir.

À luz da ordem econômica, o primeiro aspecto a ser evidenciado de um direito fundamental se relaciona à sua função de defesa ou liberdade¹⁴⁵. No Brasil, a Constituição da República de 1988 define como princípio fundamental da ordem econômica, ao lado da valorização do trabalho, a livre iniciativa, prescrita no inciso IV, do artigo 1º, e reproduzida no *caput* do artigo 170. Decompõe-se a mesma, segundo o texto constitucional, em diversos subprincípios, tais como: a propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII), liberdade de empresa (artigo 170, *caput*), livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e liberdade de contratação (artigo 5º, inciso II).

Extrai-se da leitura dos aludidos dispositivos um caráter eminentemente liberal das decisões políticas do legislador constituinte originário, razão pela qual é possível se afirmar, ao menos em nível perfunctório, que eventual intervenção do Estado na ordem econômica deve se dar de forma absolutamente excepcional, sendo certo que as limitações à

¹⁴⁵ Existe razoável consenso na doutrina contemporânea no sentido de que os direitos fundamentais, uma vez submetidos à interpretação constitucional, traduziriam uma presunção geral em favor da liberdade do cidadão frente ao Estado. Trata-se, nesse particular, da conhecida máxima do *in dubio pro libertate*. V., nesse sentido, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitution*. Madri: Editorial Tecnos, 1999, pp. 315 e seguintes.

livre iniciativa devem estar autorizadas pelo próprio texto constitucional¹⁴⁶. Incluem-se, neste contexto, as hipóteses de restrição da propriedade privada e demais princípios setoriais expressos no artigo 170, tais como função social da propriedade (inciso III), defesa do consumidor (inciso V), defesa do meio ambiente (inciso VI), redução das desigualdades regionais (inciso VII) e a busca do pleno emprego (inciso VIII).

Confirmando-se, pois, a opção do constituinte originário pela adoção de uma economia de mercado, resta absolutamente evidente caber aos agentes privados o papel central da iniciativa na ordem econômica, possuindo deveres (de observância aos comandos constitucionais) e direitos qualificados como fundamentais¹⁴⁷, como o direito de liberdade de empresa e o direito subjetivo ao lucro¹⁴⁸.

Em se tratando, primeriamente, da liberdade de empresa, merece destaque o proficiente ensinamento de GASPAR ARIÑO ORTIZ, para quem, em uma economia de mercado, tal liberdade possuiria uma dupla faceta, consistente: (i) na liberdade de criação de empresas; (ii) no direito à livre direção da empresa em uma economia¹⁴⁹. Registra o autor, nesse ponto, que o princípio geral é a livre entrada a todas as atividades econômicas, devendo eventual reserva estar justificada segundo a Constituição (como por exemplo, no caso de essencialidade do serviço, declaração de reserva de domínio do serviço público, monopólios naturais, etc). Da mesma forma, o conteúdo essencial da liberdade de empresa abrangeria a

¹⁴⁶ V. BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Volume XI, pp. 43 - 68. Ressalta, ainda, o doutrinador, no que concerne ao aspecto histórico, que a Carta de 1988, ao contrário da anterior, não mais concede ampla competência ao legislador ordinário na matéria, elencando de forma expressa no próprio texto as hipóteses de intervenção econômica do Estado.

¹⁴⁷ A doutrina moderna é praticamente uníssona ao reconhecer a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas. V., a respeito, MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Editora, 2000, pp. 165 e seguintes.

¹⁴⁸ Ao Estado, por outro lado, caberá a implementação de políticas públicas para a consecução das finalidades determinadas pelo texto constitucional, seja fiscalizando atos da iniciativa privada, seja agindo de forma direta na economia, através de incentivos e mecanismos de fomento. V., a respeito, PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Sobre o ponto, v., ainda, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁴⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 255.

sua liberdade de organização (escolha do nome, composição, etc) e de direção (de produção, de política de preços e contratações, etc)¹⁵⁰.

É certo, entretanto, que a liberdade de empresa, como as demais liberdades, comporta restrições para a defesa de outros bens e interesses constitucionais (como no caso do respeito aos direitos dos trabalhadores e dos consumidores, bem como respeito às leis do mercado), exigindo, portanto, a regulação de seu exercício sobre os aspectos gerais ou externos, mediante medidas de polícia administrativa; e internos, mediante a denominada regulação econômica do mercado. Frise-se, mesmo constituindo um fundamento da República, subordinando, pois, toda a ação no âmbito estatal, a livre iniciativa, tal como qualquer outro princípio, não se reveste de natureza absoluta, podendo ser ponderada mediante outros valores estampados na Constituição Federal¹⁵¹.

Aclaradas, em apertada síntese, as hipóteses excepcionais legitimadoras de intervenção do Estado na ordem econômica, cumpre analisar, neste momento, a questão sob uma perspectiva jurídico-subjetiva. Significa perguntar: basta que o Poder Público se abstenha de qualquer forma de intervenção no mercado para que se promova a garantia de uma autêntica liberdade de expressão? Ou, ao revés, sob o prisma do princípio democrático e do pluralismo, tornar-se-ia imperiosa uma atuação positiva do Estado para implementação, no tocante à esfera comunicativa, dos princípios-fins traçados na Constituição da República? Existem parâmetros que podem ser estabelecidos como limites à atuação estatal? Confira-se.

Remonta aos idos do liberalismo clássico, inspirado na tradicional máxima mercadológica do *laissez faire, laissez passer*¹⁵², a visão de que o Estado seria um inimigo natural da liberdade. Realmente, a se considerar o momento histórico então vivido, não resta dúvida de que a intervenção estatal demasiada, sobretudo na esfera econômica, acarretaria

¹⁵⁰ Ibidem, p. 260.

¹⁵¹ Essa, inclusive, a posição dominante do Supremo Tribunal Federal. Cf. STF, *DJU* 12 de maio de 2000, MS 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

¹⁵² A doutrina do *laissez faire* foi o fundamento de interpretação da Suprema Corte Norte-Americana no final do século XVIII, quando começou a se delinear a doutrina do devido processo legal substantivo. Para a referida Corte, o desenvolvimento seria melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público nos negócios privados. V, a respeito, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1998, pp. 201 – 202.

sérios problemas nesta ordem. Atualmente, contudo, superado o estigma arraigado do “Estado Liberal”¹⁵³, passa a se considerar a necessidade de auxílio do Poder Público para que este se torne, em vez de “inimigo da liberdade”, um verdadeiro aliado na sua promoção. Cresce em importância, ao longo do século XX, a figura do “Estado Regulador”, emissor de comandos e proibições nas mais diversas áreas¹⁵⁴. Emerge, ainda, uma outra esfera de atuação estatal ainda mais peculiar, também objeto do presente estudo, qual seja, a dimensão do “Estado Alocador”, nas palavras de OWEN FISS¹⁵⁵.

Apesar da crescente adesão doutrinária, a perspectiva ativista do “Estado Alocador” encontra forte resistência dos adeptos do liberalismo clássico, que consideram como abusiva e indevida qualquer ingerência estatal na ordem econômica. Nada obstante, o que se procura evidenciar nesse trabalho é a necessidade de sublinhar a relevância da atuação do Poder Público como agente alocador de recursos para garantia da diversidade econômica e, conseqüentemente, da liberdade de expressão. O que se visa demonstrar é que, em hipóteses excepcionais, o financiamento público de agentes discursivos vem a ser o único instrumento hábil para se alcançar o pretendido desenvolvimento econômico e social¹⁵⁶.

Analisando, nesse passo, a possibilidade de utilização do Direito como instrumento de transformação social, CALIXTO SALOMÃO FILHO, em proficiente artigo dedicado ao assunto, estabelece um conceito de “democracia econômica”, essencial para a modificação radical de uma sociedade. Criticando a tradicional concepção sobre desenvolvimento econômico, aduz o autor que os processos de desenvolvimento dependem de instituições e valores, sendo necessário introduzir no sistema social duas características básicas: (i) primeiramente, é preciso que todos sejam capazes de exprimir suas preferências

¹⁵³ V. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. V., ainda, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

¹⁵⁴ V. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁵⁵ FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 267: “(...) Há, entretanto, uma outra esfera de atuação do Estado que cresceu em importância ao longo do século XX, na qual o Estado não age como um regulador, mas como um alocador. Sob este perfil, o Estado concede licenças, constrói e aluga apartamentos, contrata e demite pessoas, compra livros para bibliotecas, financia e coordena universidades e provê dinheiro para as artes. Algumas dessas atividades não possuem uma conexão visível com a liberdade de expressão, mas muitas têm, seja porque subsídios são destinados a agentes discursivos (*speakers*), seja porque a obtenção de benefícios, como empregos ou passaportes, está ligada a certas questões afetas ao discurso (...)”.

¹⁵⁶ O tema será objeto de maiores reflexões na Terceira Parte do trabalho.

econômicas; (ii) secundariamente, é preciso que existam meios de transmissão dessas preferências¹⁵⁷.

Nessa linha de pensamento, a regulação da atividade econômica deve buscar que todos conheçam suas preferências e tenham igual direito de voto no campo econômico. O conhecimento da melhor escolha econômica da sociedade seria, então o valor fundamental para o processo de desenvolvimento. Para tanto, identifica o autor três princípios básicos que devem reger o esforço desenvolvimentista: (i) o princípio redistributivo, segundo o qual o desenvolvimento econômico somente poderia ser obtido pela difusão do conhecimento econômico; (ii) a diluição dos centros de poder econômico e político, com a conseqüente difusão de informações por toda a sociedade; (iii) o estímulo à cooperação e eliminação do individualismo exacerbado¹⁵⁸.

Traduzindo as idéias-chave estabelecidas pelo aludido doutrinador, extraem-se algumas premissas básicas a serem adotadas no campo da regulação.

Primeiramente, destaca-se a eventual ineficiência do Estado como agente distante e abstrato, sendo imperiosa uma aproximação dos gestores públicos com os problemas econômicos e sociais. Há de se ter em conta, nesse passo, não possuir mais o Estado contemporâneo uma mera função de limitador de condutas¹⁵⁹, mas com atribuição de fomentar e implementar políticas públicas com maior eficiência, atendendo, assim, ao princípio disposto no caput do artigo 37 da Constituição da República¹⁶⁰.

¹⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. In. *Revista de Direito Público da Economia*. Volume 1. São Paulo: Editora Fórum, pp. 20-21.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 29-30.

¹⁵⁹ Sobre a função estatal de conformação da sociedade, v. DAROCA. Eva Desdentado. *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanche, pp. 53 – 55.

¹⁶⁰ Para um aprofundamento do conceito de “princípios” e, em especial, do princípio constitucional da eficiência, v. SAMUEL ESPÍNDOLA, Rui. *Conceito de Princípios Constitucionais. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2004; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994; e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

Secundariamente, almeja-se a redução da concentração econômica dos agentes particulares, de forma a alcançar uma igualdade jurídica material entre os mesmos. Com efeito, o elevado grau de centralização do poder econômico evita a dispersão dos fluxos de capital, não permitindo os efeitos multiplicadores do consumo e restringindo o desenvolvimento social. Surge aqui o papel dúplice do Estado, seja na repressão do abuso do poder econômico¹⁶¹, seja na garantia de canais de transmissão de forma difusa na sociedade, atuando como agente catalisador do acesso à informação¹⁶².

Cumpre, nesse momento, tecer uma importante premissa. Como já adiantado anteriormente, em se tratando de direitos de natureza econômica, tendo o legislador constituinte brasileiro de 1988 optado por uma economia de mercado, elevando o corolário da livre iniciativa a princípio fundamental da República (artigo 1º, inciso IV, da Carta Magna), qualquer hipótese de restrição à entrada ou permanência de determinada empresa no mercado deve constituir medida de caráter excepcional.

Sucedem que, em situações de anormalidade do mercado, não sendo satisfatória a autorregulação pelos atores privados, configurar-se-á legítima uma limitação estatal ao regime de liberdade econômica, que pode ocorrer de duas maneiras: seja impondo obrigações positivas aos particulares; seja alternativamente, atuando o próprio Estado como agente difusor dos valores econômicos, propiciando a diversidade na esfera pública e privada através da informação.

Versando sobre os limites e possibilidades de imposições de obrigações positivas às empresas privadas, ALEXANDRE ARAGÃO adverte para o risco de violação ao núcleo essencial da livre iniciativa para o caso de uma quantidade excessiva de obrigações de fazer. Aduz o renomado administrativista:

¹⁶¹ No plano constitucional, prevê o parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No plano infraconstitucional, a Lei Federal n. 8884 de 1994 (conhecida como “Lei Antitruste”) regulamenta as infrações à ordem econômica.

¹⁶² Perfilhando desse entendimento, defende CALIXTO SALOMÃO FILHO o que denomina de redistribuição setorial. Como forma de conferir eficiência ao Estado, explica que a redistribuição pode ser direta, como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não têm acesso. Chamada de “universalização de serviços”, é, em regra, não lucrativa, pois implica em estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica*. Op. cit., p. 33.

(...) É certo que, exercendo uma atividade com fortes liames com as necessidades da coletividade, e já estando ultrapassada a visão oitocentista de poder de polícia, pode o Estado fazer com que a empresa contribua para o atendimento do interesse público setorialmente definido, indo além das obrigações meramente negativas de não ferir o interesse público geral.

(...)

O que não pode, seja pela quantidade de obrigações impostas, por sua excessiva onerosidade, ou em razão de as obrigações possuírem características propriamente assistenciais ou estatais, é fazer com que a empresa se substitua ao Estado no cumprimento de suas funções constitucionais (...) ¹⁶³.

Vale esclarecer: afigura-se justo e legítimo, por exemplo, que uma determinada empresa de radiodifusão de imagens seja obrigada a cumprir uma portaria do Ministério da Justiça informando, por exemplo, a faixa etária recomendável para se assistir a um determinado programa de televisão. Por outro lado, uma empresa de telecomunicações não pode, em nome de uma suposta garantia do direito constitucional de acesso à informação, ser obrigada a fornecer de forma absolutamente gratuita para uma camada hipossuficiente da população, um serviço de natureza privada. Ou, em outro exemplo, com base em um suposto respeito ao artigo 221 da Constituição Federal de 1988 – que enumera os princípios aplicáveis à produção e programação das emissoras de rádio e televisão – ser uma empresa do ramo instada a transmitir em metade de sua grade programas totalmente incompatíveis com a sua autonomia editorial ou diversos do segmento inicialmente proposto. Em qualquer uma das situações narradas, há de ser preservado o conteúdo essencial da liberdade de empresa (e, conseqüentemente, da própria livre iniciativa), que apresenta natureza de regra.

Por óbvio, a definição exata de uma fronteira entre o núcleo essencial de um princípio e o seu espaço sujeito à ponderação (“reserva de ponderação”) consiste em tarefa de difícil equacionamento ¹⁶⁴. Nada obstante, afigura-se útil a observância de dois

¹⁶³ ARAGÃO, Alexandre. Atividades Privadas Regulamentadas. In. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Editora Fórum, volume 9, 2005, p. 240.

¹⁶⁴ A identificação precisa do núcleo essencial de cada norma-princípio consiste em tarefas das mais árduas a serem desempenhadas diante de um caso concreto. Debruçando-se sobre o tema, ANA PAULA DE BARCELLOS ressalta duas concepções, denominadas absolutas ou relativas. Uma primeira teoria, chamada absoluta ou “do núcleo duro”, sustenta que o núcleo de cada direito corresponde a um conteúdo normativo que não pode sofrer restrição ou ser relativizado em nenhuma circunstância e, por isso mesmo, esse conteúdo deve ser delimitado em abstrato para cada direito. Por esse ângulo, antes mesmo de iniciar o processo de ponderação, o intérprete já saberia quais prerrogativas dos direitos envolvidos não podem sofrer restrição. Uma segunda teoria, chamada relativa ou “do núcleo flexível”, sustenta que o conteúdo essencial de um direito somente pode ser visualizado diante do caso concreto, sendo certo que, somente após a técnica da ponderação, poder-se-ia identificar o que seria afinal o núcleo. Cf. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 142 – 143. Abstraindo-se eventuais críticas a serem formuladas acerca de ambas as concepções, tem-se o entendimento que, ao contrário do previsto pela teoria absoluta, afigura-se praticamente inviável a pronta identificação de um limite (conteúdo) objetivo e pré-

usuais princípios (ou metanormas) identificadores de um ponto ótimo da intervenção estatal na ordem econômica, quais sejam, a subsidiariedade e a proporcionalidade.

Um primeiro importante parâmetro a ser considerado envolve o festejado princípio da subsidiariedade que, em linhas gerais, diz respeito à relação entre níveis de concentração de poder e respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. De acordo com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...) A subsidiariedade escalona atribuições em função da complexidade do atendimento dos interesses da sociedade. Assim, cabe primariamente aos indivíduos decidirem e atuarem para satisfazer com seus próprios meios tudo o que se refira aos respectivos e inerentes interesses individuais; secundariamente, aos grupos sociais menores, decidirem e atuarem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; terciariamente, aos grupos sociais maiores, decidirem e atuarem em prosseguimento de seus respectivos interesses coletivos de maior abrangência; e, quaternariamente, à sociedade civil, como um todo, decidir e atuar para a realização de seus fins gerais. Somente aquelas demandas que por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e imperativa, inclusive com a centralização coacta de recursos, não puderem ser atendidas pela própria comunidade deverão ser cometidas às organizações políticas que atuarão, portanto, subsidiariamente à sociedade¹⁶⁵.

Ao ângulo do Direito Público, o princípio da subsidiariedade implicaria a vedação de intervenção do Estado na esfera empresarial da área de comunicação social, salvo nos casos de imprescindibilidade de regulação. Em outras palavras, a titularidade sobre as atividades privadas do ramo de imprensa é dos agentes particulares, não cabendo à Administração Pública se valer de poderes decisórios sobre o seu estabelecimento, permanência, desenvolvimento e extinção¹⁶⁶.

Existirão situações concretas, contudo, tais como as deficiências do mercado, que ensejarão um poder-dever de incidência da regulação social e econômica¹⁶⁷. Haveria, nestes casos, fortes argumentos favoráveis à edição de normas reguladoras.

estabelecido para a atuação do operador do direito. Daí porque, valendo-se da célebre expressão de ALEKSANDER PECZENIC, seria impossível a formulação de juízo *all things considered* capaz de prever todas as situações relativas ao conteúdo essencial de cada direito fundamental.

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 20.

¹⁶⁶ Cf. MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*. Granada: Editora Colmares, 1998, pp. 623 – 624.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 284: “(...) Sometimes markets fail because people are deceived or lack information. Regulatory agencies commonly respond by requiring correction or full disclosure (...)”.

Em estudo dedicado às funções destas normas¹⁶⁸, CASS R. SUNSTEIN elabora uma série de respostas às falhas de mercado, destacando, dentre outras, a formação de monopólios ou cartéis; problemas de ação coletiva; questões de coordenação e custos de negócios; e, por fim, a falta de informação suficiente.

Discorrendo sobre a eficácia da regulação para os casos de insuficiência de informação na esfera econômica, SUNSTEIN estabelece distinções entre os métodos de intervenção no mercado, ressaltando hipóteses em que a premissa reguladora consistirá na divulgação da informação e, de outro lado, hipóteses excepcionais em que justificar-se-á a proibição da revelação da informação. Em seus dizeres:

(...) se a informação for insuficiente, a regulação estatal será uma resposta sensata. Em vez de proibir o negócio, o melhor recurso consiste em prover a informação que o mercado não produz por si mesmo. No interesse da autonomia e bem-estar, a premissa reguladora deve ser em favor da divulgação da informação, e não da proibição do negócio. No entanto, por vezes, o fornecimento de informação será em si mesmo tão custoso que não é desejável que o Estado intervenha de forma alguma no mercado. Quando a revelação da informação for muito cara e ineficaz, se comparada a uma proibição categórica, é melhor proibir. Se o comportamento relevante envolver riscos que nenhuma pessoa razoável e informada correria, e se o fornecimento de informação for custoso, é perfeitamente apropriado proibir a conduta em vez de simplesmente exigira revelação das informações (...)¹⁶⁹

Observa-se, assim, nem sempre ser eficaz ao Estado acreditar que a solução ideal esteja em revelar a informação, sendo certo que, em algumas situações, a proibição direta será uma solução natural. Trata-se, entretanto, de medida dramática de natureza absolutamente excepcional.

Ao largo das falhas de mercado, há de se ressaltar a importância de um segundo parâmetro limitador da intervenção estatal, isto é, o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação ao Direito Público Econômico pode ser subentendida mediante os seguintes enunciados enumerados por ALEXANDRE ARAGÃO: “(i) a restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – elemento adequação dos meios aos fins; (ii) o Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva

¹⁶⁸ SUNSTEIN, Cass. As Funções das Normas Reguladoras. In. *Revista de Direito Público da Economia*. Volume 3, pp. 33 – 65.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 39 – 40.

à liberdade de mercado; (iii) a restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, em uma relação decreto-legislação racional tendo em vista a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’- proporcionalidade em sentido estrito”.¹⁷⁰

Dissecando-se a tríade formulada, podem ser alcançadas algumas breves conclusões: (i) sob o prisma da adequação, deve haver uma *correlação lógico-racional entre a distorção a ser corrigida e a medida a ser tomada*¹⁷¹; (ii) sob o prisma da vedação do excesso, qualquer intervenção ou restrição há de ser realizada da forma menos gravosa possível, sob pena de violação ao subprincípio da exigibilidade ou necessidade¹⁷². Importa dizer: não se afigura coerente, em nome de uma suposta proteção da liberdade de expressão e acesso à informação, restringir de tal forma a autonomia editorial de uma empresa, caso exista outro meio alternativo dotado de igual ou maior idoneidade do que o meio empregado; (iii) sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, as vantagens obtidas com a difusão dos feixes de informação devem ser superiores aos ônus causados aos agentes privados na seara comunicativa.

Em resumo, à guisa de conclusão: sendo a liberdade de empresa (e de expressão e informação) a regra, qualquer medida estatal, com o propósito de regulação da comunicação, que venha a atingir um dos três subprincípios da proporcionalidade, deve ser invalidada, sob pena de ofensa ao(s) direito(s) fundamental(is) dos próprios particulares, especialmente pessoas jurídicas do ramo comunicativo¹⁷³. Obviamente, na aplicação da tríade

¹⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, pp. 130 – 131.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Op. cit., p. 68.

¹⁷² O subprincípio da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*) também é usualmente conhecido como “princípio da proporcionalidade em sentido amplo”, “princípio da menor ingerência possível” ou, na denominação da doutrina portuguesa, de “princípio da proibição do excesso”. V., a respeito, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 259 e seguintes.

¹⁷³ De forma esquematizada, o denominado “teste da proporcionalidade”, usualmente suscitado pela doutrina publicista, e devidamente ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, preceitua que para a validade da medida restritiva da liberdade de iniciativa – e, conseqüentemente, da liberdade de expressão -, esta deve atender à análise do grau de adequação, ou seja, há de ser garantido o núcleo essencial do interesse em contraposição; da necessidade, comprovada pela ausência de outro meio igualmente eficaz, porém menos gravoso; e proporcional em sentido estrito, quando justificada a compensação do interesse constitucional protegido. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Liberdade de Expressão, de Informação e Propaganda Comercial*. In: SARMENTO, Daniel;

da proporcionalidade, devem ser considerados outros interesses e finalidades constitucionais, essenciais ao regular funcionamento do regime democrático. É o que se passa a discorrer a seguir.

2.2. Finalidades Públicas Constitucionais no Setor Comunicativo. A Eficácia Jurídica do Artigo 221 da Constituição Federal de 1988.

Apesar de não ser dotada de um caráter absoluto, tal como qualquer direito fundamental, a liberdade de expressão consiste em um dos pilares axiológicos da Constituição Federal. No que se refere à sua dimensão coletiva, é possível se extrair, segundo o modelo constitucional brasileiro, uma regra geral – em tese – em favor da liberdade de informação. Por óbvio, contudo, tal liberdade pode – em concreto – ser mitigada diante de outros bens ou interesses constitucionais igualmente relevantes (*compelling interests*).

Questão que se reveste de grande importância, mas que tem sido pouco abordada no âmbito acadêmico, diz respeito à existência de vetores constitucionais que podem indicar – e, assim, limitar – o conteúdo da informação a ser veiculada. Já se investigou em tópicos anteriores eventuais “limitações do discurso”, ou seja, o “que não pode ser veiculado”. Cabe, nesse momento, percorrer as “imposições de discurso”, isto é, “o que deve ser veiculado”.

Passa-se a examinar, nessa quadra, a liberdade de informação não mais sob o ângulo de uma “faculdade”, mas como um “dever”. Em termos mais precisos, analisar-se-á, à luz dos dispositivos constitucionais em vigor, as hipóteses em que a informação deve deixar de ser uma mera faculdade e passa a constituir um “poder-dever” dos emissores da mensagem, notícia ou opinião. Esse o escopo do presente tópico.

Promulgada em um período marcado pela redemocratização do país, a Carta Republicana Brasileira de 1988 traduziu um esforço evidente em se resguardar a liberdade de manifestação do pensamento como norma-princípio de elevado *status* valorativo. Entretanto, a proteção de tal liberdade em acentuado nível, sem a respectiva previsão de mecanismos de regulação pelo Poder Público, nem sempre pode trazer somente benefícios para a população. No campo da liberdade de imprensa, o debate é ainda mais tormentoso. Em geral, qualquer imposição estatal na esfera comunicativa gera, desde o início, acusações e críticas sob o “rótulo de censura”¹⁷⁴.

Tomando-se a liberdade de expressão como um direito individual na esfera privada, não existe no ordenamento brasileiro qualquer legislação que imponha ao cidadão um dever de emitir certa espécie de discurso com base em uma denominada “carta de princípios”. Vale dizer, quando um indivíduo emite uma opinião, o faz despido de qualquer parâmetro estabelecido *a priori* pelo legislador.

O mesmo não pode ser afirmado quanto ao setor comunicativo em sua dimensão coletiva, notadamente em se tratando das empresas de radiodifusão sonora e de imagens. Em decorrência de sua ampla capacidade de influência e formação de opiniões, dado o número substancial de seus destinatários, o texto constitucional brasileiro estabeleceu um tratamento diferenciado para estes meios de comunicação de massa¹⁷⁵. O artigo 220 da

¹⁷⁴ PIERANTI, Octavio Penna. *Políticas públicas para radiodifusão e imprensa*. Rio de Janeiro: Editora FGV (Fundação Getúlio Vargas), 2007, pp. 76 – 77: “(...) É inegável o avanço que representa a Constituição Federal de 1988 em comparação com as suas antecessoras. Nunca uma Carta Magna garantira, com tamanha clareza, a liberdade de expressão, encarada como direito fundamental, em nítida oposição ao caráter que lhe fora reservado pelo regime militar e em consonância com interpretações democráticas desse conceito, notadamente a da Unesco. Além de garantir essa liberdade, a Constituição Federal podou dois tradicionais mecanismos usados pelo Estado para exercer pressão sobre a imprensa: a elevação de impostos (ou a criação de novas taxas) sobre periódicos e a possibilidade de cancelamento da licença das publicações (...). A garantia dessas liberdades não foi acompanhada, porém, de mecanismo de regulação. A liberdade de expressão e, conseqüentemente, a de imprensa em si não garantem a democratização das comunicações, sendo não raro interpretadas, como lembra Arbex Júnior, com direito que têm os donos das empresas de comunicação de escolher o que será veiculado e publicado. A forma como a liberdade de expressão é afirmada no principal documento legal do país e sobretudo a inexistência, no art. 220, de mecanismos de regulação a serem operados pelo Estado têm funcionado, segundo Castro, ‘como uma negação dos empresários à necessidade de estabelecer limites’. Criado o fosso legal, torna-se mais difícil para o Estado formular e implementar políticas referentes ao conteúdo informativo dos meios de comunicação, pois quaisquer medidas que venham de encontro aos interesses do empresariado correm o risco de ser prontamente acusadas de inconstitucionais e de estar violando a liberdade de expressão (...)”.

¹⁷⁵ V. BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/reade.asp>. Acesso em 03 de janeiro de 2010. Aduz o autor: “(...) A razão para o tratamento constitucional diferenciado para os meios de comunicação de massa é intuitiva. É que eles têm

Constituição Federal traz, por exemplo, normas específicas para jornais, impressos e espetáculos públicos. Já o artigo 221 – que mais nos interessa nesse momento - preceitua uma série de princípios a serem atendidos pela programação de emissoras de rádio e televisão, quais sejam: a “*preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (inciso I)*”, a “*promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação (inciso II)*”, “*a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (inciso III)*” e o “*respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (inciso IV)*”.

Sob o prisma da usual classificação das normas constitucionais, o citado comando, na qualidade de norma-princípio setorial da Ordem Social, representa uma norma de princípio programático, ou seja, espelha um programa de governo, uma finalidade pública a ser alcançada na esfera comunicativa¹⁷⁶. Conhecidas pela fluidez na prescrição de seus enunciados, o constituinte, nas denominadas “normas programáticas”, em vez de editar uma regra de aplicação concreta, traça apenas uma linha diretora que há de direcionar o Poder Público¹⁷⁷.

Em relação aos efeitos imediatos operados, as normas programáticas informam, desde a sua concepção, o legislador na edição de leis, bem como a sua respectiva

imensa capacidade de influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de um determinado povo. Além disso, oferecem maior risco potencial de lesão a direitos subjetivos que a Constituição quer proteger, como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros. Por isso, a Carta de 1988 dedicou especial atenção aos meios que, à época de sua promulgação, eram capazes de veicular mensagens a um público amplo, caracterizando-se como meios de comunicação de massa (...)” (p. 4).

¹⁷⁶ Constituindo frutos do Estado intervencionista do primeiro pós-guerra, as normas programáticas ingressaram na ordem econômica e social para redução das desigualdades existentes. Estabelecendo programas de ação para o Poder Público, ora podem definir direitos sociais e ora vêm a projetar comportamentos estatais, a serem efetivados progressivamente. Cf. REIS, José Carlos Vasconcellos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45: “(...) A afirmação dos fins do Estado no texto constitucional, através das normas programáticas, se deu, assim, paralelamente à positivação dos *direitos sociais, econômicos e culturais*, para além dos direitos individuais clássicos. A proximidade entre essas duas classes de normas constitucionais – *as programáticas* e *as definidoras de direitos sociais* – não se restringe, porém, à coincidência histórica, mas reside, também e sobretudo, em sua índole e desiderato. Tais normas apresentam em comum o seu papel de conformar a ordem econômica e social a certos postulados de justiça social e realização de espiritual, para proteger os indivíduos das desigualdades de cunho econômico e elevar-lhes as condições de vida (...)”.

¹⁷⁷ É por demais conhecida, no âmbito do Direito Constitucional, a classificação proposta por JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua festejada obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (São Paulo: Malheiros, 2002). O autor concebe as normas programáticas como “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (p. 138).

aplicação pelo Executivo e interpretação pelo Judiciário. Embora não prevejam diretamente um direito subjetivo a ser tutelado, tais normas são revestidas de uma “eficácia negativa”, traduzido em um dever – também imposto a entes particulares - de abstenção à prática de atos contrários ao programa nelas contido¹⁷⁸.

Aplicando-se tal raciocínio ao supracitado artigo 221 da Constituição da República, se deduz que, ao contrário dos demais desdobramentos da liberdade da expressão, em se tratando especificamente da programação de empresas de rádio e televisão, não existe, *a priori*, uma “liberdade absoluta de informação”. Nesse particular, a liberdade não vai ser tão-somente restringida por outros bens e interesses constitucionais de alta carga axiológica, mas pelo simples fato de existir norma expressa no texto da Lei Fundamental “direcionando” o discurso a ser veiculado.

Assim, por exemplo, programas que contenham cenas de violência gratuita e obscenidade, bem como canais com programas exclusivamente estrangeiros, certamente contrariarão programas contidos em alguns incisos do referido dispositivo (não há como se cogitar, *e.g.*, de uma finalidade educativa ou informativa de um filme de conteúdo estritamente pornográfico; da mesma forma, não há como se sustentar a promoção da cultura nacional brasileira em canais com programação pautada exclusivamente pela indústria norte-americana).

Ao contrário do que se possa ventilar, não se cuida, em tais hipóteses concretas, de um “incentivo ou retorno à censura”, mas de uma modalidade de eficácia de norma-princípio constitucional a ser respeitada na esfera comunicativa¹⁷⁹. A autorização para

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320: “(...) A eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema -, seja em controle incidental de inconstitucionalidade – com sua não-incidência no caso concreto. Também outros atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos (...)”. Em outra obra, o mesmo autor identifica outros efeitos imediatos das normas programáticas: assim, revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos posteriores; conferem ao administrado um direito de se opor ao cumprimento de atos contrários ao seu sentido; servem como vetores interpretativos nas prestações jurisdicionais. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 122.

¹⁷⁹ Sobre as modalidades de eficácia dos princípios constitucionais, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., pp. 318 – 320.

a invalidação de determinada norma ou ato que contrarie o efeito pretendido pelo artigo 221 da Constituição Federal decorre justamente de sua “eficácia negativa”¹⁸⁰.

Adjacente a tal modalidade, é de se ressaltar, ainda, ao ângulo principiológico, uma denominada “eficácia interpretativa” a ser extraída do referido dispositivo constitucional. No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO, “a eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão”¹⁸¹.

De tal premissa teórica decorre questão extremamente controvertida, atualmente em debate na sociedade brasileira: a imposição de “cotas” ou percentuais para a transmissão de certos programas – pautados pelos princípios definidos em sede constitucional - por parte de emissoras de rádio e televisão¹⁸².

Subjacente ao seu caráter de programaticidade, o artigo 221 da Constituição Federal traduz uma norma de eficácia limitada, que, como se sabe, depende de uma legislação infraconstitucional posterior (*interpositio legislatoris*) para a implementação de seus plenos efeitos.

¹⁸⁰ V. BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 369.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Op. cit., pp. 319.

¹⁸² O tema, em verdade, não é totalmente novo no cenário comunicativo brasileiro. O artigo 38 da Lei nº 4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) já previa, em sua alínea “h”, que “as emissões de radiodifusão, inclusive televisão, deverão cumprir sua finalidade informativa, destinando um mínimo de 5% (cinco por cento) de seu tempo para transmissão de serviço noticioso”.

Justamente com a finalidade de se conferir efetividade a tal comando, se encontra em tramitação, no Congresso Nacional, projeto de lei apresentado pela então Deputada Federal Jandira Feghali (Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 59 de 2003), que visa à regulamentação do disposto no inciso III, do artigo 221, da Constituição Federal, no que se refere “à regionalização da programação cultural, artística e jornalística e à produção independente nas emissoras de rádio e televisão”.

Em síntese, o aludido projeto - até a presente data pendente de apreciação na Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Congresso Nacional – dispõe:

(i) em primeiro plano, sobre a obrigatoriedade de veiculação, pelas emissoras de televisão, de condições (cotas ou percentuais) relativas a programas culturais ou jornalísticos a serem produzidos nos estados onde se localizem as suas sedes ou afiliadas (artigo 1º)¹⁸³;

(ii) em segundo plano, sobre uma cota de 40% (quarenta por cento) de veiculação de programas de produção independente (artigo 2º)¹⁸⁴;

¹⁸³ Artigo 1º. As emissoras de televisão ficam obrigadas a veicular, no horário de cinco às vinte e quatro horas, programas culturais, artísticos e jornalísticos totalmente produzidos e emitidos nos estados onde estão localizadas as sedes das emissoras e/ou suas afiliadas, nas seguintes condições:

I – vinte e duas horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com mais de um milhão e quinhentos mil domicílios com televisores;

II – dezessete horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com menos de um milhão e quinhentos mil domicílios com televisores;

III – dez horas semanais, no caso de emissoras que atendem áreas geográficas com menos de quinhentos mil domicílios com televisores.

§ 1º. Os valores estabelecidos nos incisos I e II deste artigo deverão, no prazo de cinco anos, alcançar respectivamente trinta e duas horas e vinte e duas horas, com o aumento, ao final de cada ano, de suas horas no primeiro caso e de uma hora no segundo.

§ 2º. No caso da Amazônia Legal, os valores estabelecidos serão atendidos considerando-se programas produzidos e emitidos na região.

¹⁸⁴ Artigo 2º. No caso das emissoras de televisão, pelo menos quarenta por cento das horas semanais estabelecidas no art. 1º deverão ser obrigatoriamente cumpridos com a veiculação de produção independente.

§ único. Do total reservado à produção independente, pelo menos quarenta por cento deverão ser destinados à apresentação de documentários, de obras audiovisuais de ficção e de animação, incluindo teledramaturgia, e até cinco por cento à apresentação de obras audiovisuais de publicidade comercial.

(iii) terciariamente, sobre a imposição às operadoras de televisão por assinatura a disponibilidade, em sua grade, de canal inteiramente dedicado à veiculação de produção cultural e educativa brasileira (artigo 5º)¹⁸⁵;

(iv) em quarto plano, sobre uma cota de 20% (vinte por cento) de tempo de transmissão, pelas emissoras de rádio, de veiculação de programação musical ou jornalística de caráter nacional, e de 10% (dez por cento) para a de caráter regional (artigo 6º)¹⁸⁶;

(v) por derradeiro, sobre a aplicação de penalidades para o não cumprimento dos percentuais mínimos fixados pela legislação, que podem variar desde uma mera advertência até a suspensão da concessão (artigo 7º)¹⁸⁷.

Consoante se verifica, a proposição tem como objetivo precípuo a regulamentação de dispositivo constitucional referente à regionalização da programação de emissoras de rádio e televisão. Em outros termos, se restringe, segundo a imposição de condições (percentuais) mínimas, a liberdade de informação e comunicação de tais empresas.

Entre outras críticas ao projeto, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, da lavra do Senador César Borges, sublinha: a distorção entre a programação de veiculação obrigatória (programação de caráter regional) e a que deve ser apenas alvo de estímulo (produção independente); a imprecisão dos conceitos mencionados; bem como a

¹⁸⁵ Artigo 5º. As operadoras de serviço de televisão por assinatura deverão destinar, em sua grade, canal inteiramente dedicado à veiculação de produção cultural e educativa brasileira, sendo que, no mínimo sessenta por cento da respectiva programação deverá ser fornecida mediante contrato, por produtores independentes, para exibição pela operadora.

¹⁸⁶ Artigo 6º. As emissoras de rádio são obrigadas a destinar, diariamente, pelo menos vinte por cento de seu tempo de transmissão para a veiculação de programação musical ou jornalística de caráter nacional e dez por cento para a de caráter regional.

¹⁸⁷ Artigo 7º. O não cumprimento dos percentuais mínimos fixados nesta lei por parte das emissoras de rádio e televisão implicará, sucessivamente, a aplicação das seguintes penalidades:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão da concessão por até vinte e quatro horas, no caso da primeira reincidência;

IV – suspensão da concessão por até trinta dias, a cada reincidência.

falta de razoabilidade (adequação) do aspecto territorial econômico¹⁸⁸. Como ponto nodal, entretanto, se registra que a postura de se definir limites ou cotas – mínimas ou máximas –, em matéria de programação, se confrontaria com o princípio da liberdade de expressão.

Data venia, em que pese a formulação de eventuais críticas à estrutura e conceitos definidos no citado projeto de lei, o que poderia ser objeto de amplo debate, se entende, do ponto de vista jurídico constitucional, não haver na hipótese qualquer violação ao “conteúdo essencial” do princípio da liberdade de expressão (ou mesmo da livre iniciativa) dos entes do setor comunicativo.

Em verdade, a proposição em foco tem o condão de apenas concretizar norma-princípio constitucional de caráter programático (ou seja, de eficácia limitada). A despeito de constituir a liberdade de expressão um pilar da Lei Fundamental, a sua restrição decorre, nesse caso específico – programação de emissoras de rádio e televisão – de autorização explícita do constituinte originário. Importa sublinhar: o interesse excepcional (*compelling interest*) contraposto à liberdade de expressão, hábil a “anular a sua posição preferencial em tese”, deflui do próprio texto constitucional.

Naturalmente, a definição estrita do percentual a ser estabelecido, em sede infraconstitucional, para a veiculação de programação sonora e televisiva, consiste em ponto sujeito a maiores discussões. Embora se sustente, em uma primeira leitura, a adequação do projeto em debate às finalidades constitucionais, poder-se-ia aquilatar de eventual inconstitucionalidade em razão da “proibição do excesso”¹⁸⁹. No entanto, diante das cotas

¹⁸⁸ Em consultoria jurídica prestada acerca do projeto, assim concluiu LUÍS ROBERTO BARROSO: “(...) O outro dispositivo constitucional sobre o tema é o inciso II do mesmo art. 221, que prevê a *regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei*. O sentido do texto constitucional nesse ponto não é unívoco. Uma primeira leitura que o harmoniza com o restante do sistema do qual ele faz parte, é a que compreende a *regionalização* como um conceito material, isto é: a produção cultural, artística e jornalística deve abordar temas regionais e a cultura regional, podendo a lei estabelecer percentuais mínimos para a veiculação de programas com essa espécie de conteúdo. Nessa linha, são aplicáveis aqui as mesmas objeções antes apresentadas ao projeto de lei com fundamento no art. 221, II. Ao pretender impor a veiculação compulsória de programas produzidos nos Estados, o projeto erra o alvo constitucional, que não se ocupa aqui de prestigiar o local onde a produção se desenvolve, e sim o conteúdo regional dessa produção (...)”.

¹⁸⁹ A imposição de percentuais elevados para a veiculação de programas em conformidade com o artigo 221 da Constituição da República, mas contrários ao desejo das emissoras de rádio e televisão, poderia, obliquamente, incorrer em ofensa ao fundamento da livre iniciativa ou ao princípio da proporcionalidade, notadamente quanto ao “subprincípio da necessidade”. Esse conceito, análogo à “proibição do excesso”, “aplicação da menor desvantagem possível” ou da “intervenção mais restringida possível” indica que, em tal hipótese, em caso de restrição a princípio constitucional, deve ser utilizado o meio menos gravoso possível para o titular do direito fundamental. V., a respeito, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente*

sugeridas, parece evidente não existir, no caso vertente, violação ao “núcleo essencial” da livre iniciativa ou mesmo da liberdade de informação.

Soma-se a tal argumento o fato de as empresas de radiodifusão sonora e de imagens operarem sob a forma de concessão gratuita do Poder Público, que pode dispor, em caráter absolutamente excepcional, uma vez atendida a proporcionalidade em sentido econômico, de mecanismos regulatórios da informação a ser veiculada.

Sustenta-se, desta forma, que a ulterior conversão do projeto em lei ordinária – ainda sujeito a substitutivos para correções pontuais – teria não somente amparo constitucional, como serviria para “otimizar” norma-princípio disposta no artigo 221 da Constituição da República. Assim sendo, seria possível compendiar os seguintes argumentos em favor da proposta;

(i) não sendo dotada de caráter absoluto, a liberdade de expressão – no caso concreto, a liberdade de programação – poderia ser restringida nas hipóteses diretamente expressas no texto constitucional;

(ii) a edição de legislação ordinária regulamentando a programação de emissoras de rádio e televisão teria o propósito de concretizar comando constitucional de caráter programático (artigo 221 da Lei Fundamental), otimizando seu mandamento nuclear¹⁹⁰;

autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 741 e ss. PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.* Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2003, p. 734 e ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114: “(...) O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados (...)”.

¹⁹⁰ A conhecida concepção dos princípios como “mandamentos de otimização” foi desenvolvida por ROBERT ALEXYY, em seu esforço de formulação de um critério distintivo entre estes e as regras. Cf. ALEXYY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007, pp. 67 – 68: “(...) El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...)”.

(iii) a imposição de cotas ou percentuais mínimos na grade de programação de empresas de radiodifusão sonora e de imagens atende à eficácia interpretativa do artigo 221 da Constituição Federal¹⁹¹, que serve de *compelling interest* para a restrição – tão-somente nesse caso específico – da liberdade de expressão, sem que se cogite de violação de seu “conteúdo essencialmente protegido”;

(iv) soma-se a isso o fato de tais empresas atuarem sob a forma de concessão gratuita por parte do Estado, o que lhe garante – a título excepcional, frise-se – o estabelecimento de mecanismos de regulação da informação transmitida¹⁹².

Ao lado da eficácia interpretativa do referido artigo 221 da Lei maior, a limitação à liberdade de informação – especificamente, nesse caso, de programação – mediante a imposição de “cotas” ou percentuais a serem fixadas na esfera da legislação infraconstitucional encontra, ainda, supedâneo em outras finalidades implícitas do texto constitucional.

Nesse sentido, o projeto em discussão atende, entre outras metas: (i) a valorização da cultura nacional perante produções estrangeiras¹⁹³; (ii) a garantia de acesso a

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Op. cit., pp. 368 - 369: “(...) A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas (...). A eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente (...)”.

¹⁹² Apesar de não expressamente previstos como tal pela Constituição Federal, os serviços de radiodifusão sonora e de imagens podem ser considerados serviços públicos a serem explorados União, ou mediante concessão ou permissão (essa, inclusive, a posição consagrada no Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança nº 5.307/DF). Trata-se de exemplo clássico de prestação descentralizada (delegação) de execução de serviço a particular, sob condições e controle do Estado. V., nesse sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, p. 151.

¹⁹³ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 643 – 644: “(...) A tendência para impor determinadas quotas em matéria de programação tem diversas justificações. Do ponto de vista cultural, a mesma prende-se com a protecção dos *valores vulneráveis*, nomeadamente perante a hegemonia das produções norte-americanas. Do ponto de vista económico, detecta-se por vezes um raciocínio de tipo proteccionista apostado na defesa de indústrias de produção audiovisual em formação. Ambos os argumentos apontam para a necessidade de conferir uma

produtores independentes, com extrema importância prática, porque, em princípio, despidos de maiores interesses econômicos, o que garante a imparcialidade do processo de formação de opinião¹⁹⁴; (iii) o regular funcionamento da “tríade programática”, subdividida em informação, educação e entretenimento¹⁹⁵.

De forma explicitada, a *ratio legis* da proposta garante a valorização e defesa da cultura nacional (conforme o disposto no artigo 215 da Constituição da República e, em especial, o inciso I)¹⁹⁶, a “*democratização do acesso aos bens de cultura*” (inciso IV) e, como um todo, o fortalecimento do princípio democrático, essencial à proteção da liberdade de expressão.

Todo o raciocínio empreendido para se advogar a viabilidade jurídica de uma proposição legislativa definidora de “cotas” em programação de rádio e televisão merece, todavia, ser temperado em matéria de prestação de serviço televisão a cabo (por assinatura).

Sobre o ponto, se encontra em andamento no Congresso Nacional projeto de lei que estabelece uma série de obrigações positivas ao serviço de TV por assinatura no

proteção especial a valores culturais cuja produção e difusão nunca poderá aspirar às economias de escala dos mercados económico e publicístico (...).”

¹⁹⁴ Ibidem, p. 644 – 645: “(...) As quotas traduzem a garantia de um *direito de acesso* a determinados produtores de programas (*producer access*) (...). Elas consistem numa obrigação de transmissão de programas destituídos de interesse económico, porque desprovidos de interesse publicístico junto das audiências (...)”.

¹⁹⁵ Em artigo sobre a liberdade de programação televisiva, JÓNATAS MACHADO enumera diversos princípios relativos ao conteúdo da programação que, em tese, teriam o condão de promover uma esfera de discurso aberta. Destacam-se, nessa linha, o “*princípio da cooperação*” entre o Estado e os concessionários de serviço público, o “*princípio da excelência de programação*”, o “*princípio democrático*”, o “*princípio do Estado de direito*” e o “*princípio do Estado social*”, o “*princípio do pluralismo*” e o “*princípio da valorização cultural da população*”. Calha ressaltar, contudo, que além dos princípios constitucionais explícitos, a conformação da liberdade de programação em matéria televisiva é regida, no sistema português, por dispositivos da Lei Geral de Televisão – LGT, que regulamenta a denomina “tríade programática”. V. MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 101 – 154.

¹⁹⁶ V. BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS. Op. cit., pp. 12 – 13: “(...) Outro objetivo visado pelo constituinte de 1988 com a disciplina dos meios de comunicação de massa foi *assegurar espaços para as manifestações da cultura nacional*. Não se ignora, por certo, que a formação e a evolução de uma cultura, bem como sua relação com as demais, devem ser pautadas por processos abertos e dinâmicos. Mas todos os países democráticos, simultaneamente à preservação da liberdade de expressão e da livre circulação de idéias, cuidam também de assegurar que seus valores culturais, sociais e comportamentais não sejam artificialmente descaracterizados pela imposição massificada de referenciais externos (...)”.

Brasil¹⁹⁷. Entre outras limitações, a proposição enumera um sistema de “cotas” para a programação televisiva de conteúdo nacional, a ser veiculada em horário nobre (*prime time*) por todos os canais, inclusive internacionais. Em apertada síntese, as críticas ao projeto podem ser assim resumidas¹⁹⁸:

(i) as “cotas” traduziriam uma ingerência indevida na atividade de TV por assinatura;

(ii) para a satisfação dos percentuais legalmente exigidos, haveria um aumento do custo da mensalidade dos assinantes e, em contrapartida, a redução da quantidade de canais já existentes;

(iii) por via indireta, impor-se-ia uma obrigação a consumidores de adquirirem e assistirem a canais definidos pelo Poder Público;

(iv) a proposta não atingiria os efeitos pretendidos, por privilegiar a quantidade e não a qualidade da programação nacional, desestimulando determinados segmentos de canais brasileiros.

Pois bem. Diversamente do Projeto de Lei nº 59 de 2003, que regulamenta a programação de televisão “aberta”, a proposta em tela merece, em nosso ponto de vista, ser analisada com mais prudência, do ponto de vista jurídico. Explica-se.

O primeiro argumento a ser suscitado como óbice à validade da proposição encontra fundamento no texto constitucional. Como antes afirmado, a limitação da liberdade de informação ou comunicação das empresas de televisão, em matéria de programação, se ampara na eficácia – negativa e interpretativa – do artigo 221 da Constituição da República que, obviamente, se refere à “televisão aberta” (uma vez que sequer existia, no território brasileiro, uma difusão do serviço de TV a Cabo). Tratando o projeto de lei, portanto, de uma

¹⁹⁷ Trata-se do Projeto de Lei nº 29 de 2007, de relatoria inicial do Deputado Federal Paulo Bornhausen (DEM – SC), que fixa regras para o setor de televisão por assinatura. Registra-se que a proposta original, posteriormente objeto de diversas alterações, não incluía em sua redação a política de “cotas” no referido serviço.

¹⁹⁸ Uma compilação dos principais argumentos contrários à proposta pode ser encontrado em manifesto da Associação Brasileira de TVs por Assinatura (ABTA), contido no sítio eletrônico www.liberdadentv.com.br. Acesso em 03 de janeiro de 2010.

mitigação de liberdade pública (liberdade de expressão e informação), certo é que, mediante uma interpretação restritiva e gramatical¹⁹⁹, não haveria, para o serviço de televisão por assinatura, uma autorização direta ou indireta no ordenamento constitucional²⁰⁰.

Essa, no entanto, não parece, em nosso entendimento, ser a melhor interpretação para se verificar a validade ou não do projeto legislativo. Apesar de se reconhecer, sob o prisma literal, que o serviço de televisão por assinatura não consiste propriamente em um “serviço de radiodifusão de imagens”²⁰¹, subordinado, assim, à eficácia do artigo 221 da Constituição Federal, outros métodos interpretativos se afiguram, em linha de princípio, mais eficazes para a resolução da controvérsia.

Embora o texto constitucional brasileiro somente faça expressa menção ao serviço de rádio e televisão, é evidente que a intenção do legislador constituinte de 1988 (*mens legislatoris*) era preservar determinados valores relativos a uma identidade nacional (cultura pátria, proteção da família, da infância e juventude, entre outros) na seara dos meios de comunicação de massa, de grande alcance na sociedade. Ocorre que, conforme registrado, não existiam à época da elaboração da Lei Maior, meios tecnológicos mais avançados, como a televisão por assinatura e internet, só para citar exemplos dos mais emblemáticos.

Haveria, desta forma, de se proceder a uma definição do regime jurídico desses meios comunicativos mais modernos. Mediante uma interpretação literal, a eficácia

¹⁹⁹ Existe razoável consenso doutrinário no sentido de que as normas contempladoras de direitos fundamentais merecem ser interpretadas de forma extensiva. Por outro prisma, no caso de “restringibilidade” de liberdades públicas – como a liberdade de expressão – dever-se-ia utilizar uma interpretação restritiva. V. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 197 e seguintes.

²⁰⁰ Ressalta-se, nesse particular, a concepção de ROBERT ALEXY acerca dos tipos de restrição a direitos fundamentais. Para o autor, tais direitos somente poderiam ser restringidos mediante normas de estatuta constitucional. Confira-se: “(...) Los derechos fundamentales, em tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo mediante, o sobre la base de, normas com rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, que normas de rango constitucional autorizan a imponer restricciones. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales (...)”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., pp. 248 – 249.

²⁰¹ Como bem adverte LUÍS ROBERTO BARROSO, a radiodifusão se subordina a uma classificação peculiar dentro dos meios de comunicação de massa. Embora venha a integrar um conceito amplo de “telecomunicação” – previsto na Lei nº 9.472 de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações) –, a Carta de 1988 confere um tratamento distinto ao serviço de radiodifusão sonora e de imagens e o serviço geral de telecomunicações. V. BARROSO, Luís Roberto. *CONSTITUIÇÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS*. Op. cit., pp. 5 – 6.

interpretativa do artigo 221, como já afirmado, não alcançaria essas novas plataformas tecnológicas. Por outro lado, por uma interpretação qualificada de “evolutiva”, seria possível uma adaptação do aludido dispositivo aos avanços da vida real²⁰². Nesse sentido, uma vez existindo, cada vez mais, outros meios capazes de transmitir mensagens e informações de largo alcance, similares às empresas de radiodifusão sonora e de imagens, restaria indubitável que também eles deveriam se submeter aos mesmos princípios constitucionais da Ordem Social, inclusive aos fins do artigo 221²⁰³. Entendimento em sentido oposto, ou seja, no caso em foco, que permitisse uma diferenciação entre a “televisão aberta” e a “televisão por assinatura (fechada)”, acarretaria, indiretamente, uma ofensa ao princípio da isonomia²⁰⁴.

Em uma primeira impressão, portanto, seria perfeitamente possível admitir como válida, pelos mesmos argumentos utilizados para o controle de programação da televisão “aberta”, eventual limitação ao serviço de televisão por assinatura.

Um ponto, porém, merece ser debatido para fins de se aquilatar a constitucionalidade da medida. Como é sabido, toda obrigação positiva imputada às empresas do ramo comunicativo deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade. Deveria se

²⁰² A interpretação constitucional evolutiva, também conhecida como “mutação constitucional” traduz uma alteração informal da Constituição. Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, “*consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes*”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 137.

²⁰³ V. BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS. Op. cit., p. 20: “(...) Ora bem: já foram enunciadas, anteriormente, as finalidades constitucionais que inspiram toda a disciplina da comunicação social, destinada originalmente às empresas de radiodifusão – a preservação da soberania, da identidade e da cultura nacionais, a livre formação da opinião pública interna e a viabilidade efetiva da eventual responsabilização por ilícitos. É fora de dúvida, assim, que se há outros meios de comunicação de massa oferecendo programação equivalente à de rádio e televisão, sem se sujeitarem ao regime jurídico vigente, haverá um manifesto esvaziamento dos propósitos constitucionais (...)”.

²⁰⁴ Ibidem, p. 24: “(...) Ora, parece óbvio que o elemento que levou o constituinte a regular destacadamente o rádio e a televisão não foi o fato de serem transmitidos através da técnica de radiodifusão. A tecnologia empregada na hipótese é, a rigor, indiferente. O importante, por natural, era, e é, o fato de tratar-se de meios de comunicação de massa. Ademais, as outras tecnologias, hoje equiparáveis à radiodifusão, não existiam ou não eram viáveis à época da elaboração da Carta, ou simplesmente não se cogitava de equipará-las à televisão ou ao rádio. A Constituição, na verdade, não discriminou entre situações diversas: ela tratou de *todo* o fenômeno existente à época. Diante da nova conjuntura de fato, porém, interpretar a Constituição de modo a impor apenas aos serviços de radiodifusão uma disciplina específica e um conjunto de restrições, e não aplicá-los às demais tecnologias equiparáveis, geraria uma violação evidente ao princípio da isonomia (...)”.

verificar, nesse aspecto, a adequação das medidas previstas no projeto, bem como a sua “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”²⁰⁵.

Sucedo que, no caso específico da televisão por assinatura, justamente por existir uma cobrança do serviço, o mero “telespectador” da “televisão aberta” passa, na “televisão fechada”, à condição de “consumidor”. Nesse sentido, a se comprovar cabalmente um aumento exorbitante no custo das mensalidades – essa a principal crítica das empresas do ramo ao projeto -, incidiria *in casu* uma patente violação à proteção do consumidor, protegida pelo artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal²⁰⁶.

Soma-se a tal fato a possibilidade de diminuição da quantidade de canais até então existentes, o que naturalmente implicaria ofensa ao “princípio do pluralismo”, fundamento da República previsto no artigo 1º da Lei Maior, e ao “acesso à informação”, disposto no inciso XIV, do artigo 5º.

Alternativamente ao conteúdo do projeto em foco, algumas medidas menos onerosas poderiam ser tomadas pelo Poder Público, inclusive através de propostas legislativas substitutivas. Assim, por exemplo, poder-se-ia, por exemplo, formular campanhas educativas para a valorização da cultura nacional, especialmente no âmbito comunicativo. Da mesma

²⁰⁵ Em outros termos, a proposição legislativa em tela haveria de ser submetida ao “teste da razoabilidade”. Sobre o tema, há vasta literatura doutrinária no Brasil. V., entre outros, BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. In: SOARES, José Ronald Cavalcanti (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; e TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 397 – 449. Mais especificamente sobre a aplicação da proporcionalidade no âmbito da liberdade de imprensa, leia-se SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 125 – 148.

²⁰⁶ No que se refere à proteção do consumidor na esfera comunicativa, comunga-se aqui da mesma opinião de LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, que sustenta a aplicação dos princípios gestores do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) ao direito de informação. Por esse ângulo, a informação prestada através do meio televisivo e do rádio seria inserida no disciplina da referida legislação, ante a redação dos artigos 6º, inciso X e 22, *in verbis*: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”; “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. V. CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso de Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 213 - 218.

forma, autoridades governamentais poderiam somar esforços para a promoção de investimentos estrangeiros em produções nacionais, valorizando, nesse passo, o trabalho (artigo 193 da Constituição Federal) e o pleno emprego (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal). Do ponto de vista tributário, incentivos fiscais poderiam ser estimulados, se aperfeiçoando mecanismos já existentes em sede infraconstitucional²⁰⁷.

Entende-se, desta forma, que tais idéias melhor se adequariam às finalidades constitucionais. Distintamente do projeto relativo à programação da televisão “aberta”, a proposta ora criticada, em nossa concepção, embora dotada de razoabilidade “externa”, poderia ser questionada ao ângulo “interno”²⁰⁸.

2.3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Limites à Liberdade de Informação.

Elencada na Constituição de 1988 atual como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana representa “*um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo*”²⁰⁹. Trata-se, do ponto de vista jusfilosófico, da identificação do

²⁰⁷ No plano infraconstitucional, desde a promulgação da Carta Constitucional em vigor, é cada vez mais vasta a elaboração de normas e decretos regulamentando, por exemplo, a fruição de direitos ligados à valorização da cultura. Destaca-se, nesse contexto, a edição da Lei nº 8313 de 1991, que instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC). Tendo como finalidade precípua a captação e canalização de recursos para o setor, destina-se a “contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura” (artigo 1º, inciso I). Possui, ainda, como objetivo o apoio “a projetos dotados de conteúdo cultural que enfatizem a diversidade cultural brasileira” (artigo 4º, inciso III).

²⁰⁸ Quanto à designada razoabilidade interna, pode-se suscitar a ausência de uma relação proporcional entre o meio empregado – implantação de uma política de “cotas” em sede de televisão por assinatura – e a sua finalidade, qual seja, a promoção de uma diversidade na esfera comunicativa. Externamente, contudo, pode-se sustentar a compatibilidade do projeto com as finalidades prescritas no texto constitucional. Sobre o tema, confira-se BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 206 – 207.

²⁰⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252: “(...) A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar (...)”.

“imperativo categórico de IMMANUEL KANT²¹⁰, que reafirma a ideia do “homem como um fim em si mesmo”²¹¹.

Juridicamente, o conteúdo da dignidade da pessoa humana se relaciona estreitamente com o “sentido nuclear” dos direitos fundamentais²¹², consistindo, portanto, em princípio informador de toda a sua “eficácia irradiante” para o texto constitucional²¹³. Assume, nesse passo, papel de destaque na nova feição constitucionalista desenhada pós 2ª guerra mundial, considerado o marco histórico para o resgate da proteção internacional dos direitos humanos²¹⁴.

²¹⁰ V. BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107: “(...) Pode-se dizer que, para Kant, o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos (...)”. Para uma análise pormenorizada da obra de KANT, leia-se FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três “críticas”*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

²¹¹ Ibidem, p. 250: “(...) A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento digno. A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, o *imperativo categórico* kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter* (...)”.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, pp. 89 – 90: “(...) A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade (...)”.

²¹³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59 – 60: “(...) Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado (...)”.

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 10 – 11: “(...) No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, com ênfase no valor da dignidade humana (...). Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana (...)”. FÁBIO KONDER COMPARATO enaltece a dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. Sublinhando as características essenciais inerentes a cada ser humano, como a liberdade, autoconsciência, sociabilidade, historicidade, unicidade existencial, preconiza o entendimento moderno de considerar o homem como fundamento de validade do ordenamento jurídico. Sustenta o doutrinador, com propriedade: “(...) a dignidade de cada homem consiste em ser, essencialmente, uma pessoa, isto é, um ser cujo valor ético é superior a todos os

Sob a ótica pós-positivista, se reconhece que o princípio da dignidade da pessoa humana possui como núcleo elementar o chamado “mínimo existencial”, formado pelas condições materiais básicas para a existência da pessoa, ou seja, o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito²¹⁵.

Na doutrina brasileira, o princípio vem sendo tema de intensa exploração no meio acadêmico²¹⁶. Em sede de Direito Público, se reconhece a dignidade humana como uma das justificações teóricas para a fruição de diversos direitos fundamentais, como a livre manifestação do pensamento²¹⁷. Por outro lado, na área civilista, se vincula a dignidade à proteção dos direitos constitucionais de personalidade, como a honra, imagem, intimidade e privacidade²¹⁸. Constata-se, assim, que em sua múltipla dimensão, a dignidade da pessoa

demais no mundo. O pleonasma da expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é assim justificado, porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem (...). A posição jurídica que engendra a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de outra precisão ou concretização (...). Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Revista Consulex*. Volume 48, dezembro de 2000, pp. 60 – 61.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, volume 54, 2001, p. 72: “(...) Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspecto dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos (...)”. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36: “(...) Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existenciais dignas*. (...) Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados (...)”. O autor elabora, na referida obra, um estudo detalhado sobre o mínimo existencial, passando por temas como a sua positivação e teoria, conceito e estrutura normativo.

²¹⁶ V., entre outras obras, BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²¹⁷ V. FARIAS, Edilsom. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, A Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Comunicação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 58 – 64.

²¹⁸ Em meio a uma perspectiva do novo Direito Civil-Constitucional, os direitos de personalidade poderiam ser subdivididos em dois blocos: primeiramente, os direitos à integridade física, tais como o direito à vida;

humana atua como fundamento da liberdade de expressão e, concomitantemente, como agente limitador da mesma²¹⁹.

Em um primeiro momento, a designação da liberdade de expressão como “*direito mãe*” (*cluster right*) relaciona o seu exercício como condição elementar para a subsistência do indivíduo, ou seja, à sua existência digna²²⁰. Do conceito *lato* de liberdade de expressão derivam outras subespécies como a liberdade de opinião, de informação, de imprensa e de radiodifusão, entre tantas. Aduz-se, desta forma, que tais liberdades públicas, referentes à esfera comunicativa, seriam corolários do princípio da dignidade da pessoa humana²²¹.

De outro viés, em um segundo momento, há de se reconhecer que não sendo a liberdade de expressão – como qualquer outro princípio constitucional – revestida de um caráter absoluto, a dignidade humana acaba por constituir uma das principais limitações à liberdade do discurso (*free speech*). Nessa toada, há quem sustente que, sendo o princípio, na prática, um dos fundamentos para a imposição de limitações negativas à liberdade de

secundariamente, os direitos à integridade moral, como a honra, imagem e privacidade. V., sobre o tema, TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 1998. Para uma análise da proteção do nome, imagem e honra como elementos da personalidade, v. SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 42 - 55.

²¹⁹ V. MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 135. V., no mesmo sentido, MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 361: “(...) Todavia, a medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana pode funcionar como critério de limitação das liberdades de comunicação deve ser objecto de um rigoroso controlo. Em primeiro lugar, porque, se é certo que a dignidade humana pode constituir um limite às liberdades da comunicação, também o é que estas se deduzem daquele valor fundamental (...)”.

²²⁰ A expressão é de autoria de JÓNATAS MACHADO. In: Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. Op. cit., p. 105.

²²¹ MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Op. cit., p. 359: “(...) A liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação (...)”.

informação, seria por demais inadequado idealizá-lo como uma das “justificativas teóricas” da liberdade de expressão²²².

Poder-se-ia questionar, diante de tal assertiva, se tal paradoxo não induziria à existência de uma ruptura no sistema jurídico, ante a aparente contradição que poderia advir de um conflito entre bens constitucionais correlatos. No entanto, o equacionamento do problema pode ser alcançado mediante a adoção de uma interpretação sistemática e da técnica da ponderação de interesses (*ad hoc balancing*), tantas vezes manejada pelos intérpretes do Direito²²³. Uma análise comparativa entre as experiências constitucionais norte-americana e alemã bem ilustra a questão²²⁴.

Conforme já registrado anteriormente, a liberdade de expressão desfruta, no ordenamento americano, de uma “posição preferencial” em relação aos demais bens constitucionais. Salvo raríssimas hipóteses – como, *e.g.*, em casos de discursos obscenos²²⁵ –, prevalece, ao ângulo do emissor da mensagem, o princípio geral da liberdade de informação. A concepção libertária da liberdade de expressão, predominante nos Estados Unidos da América, se calca em duas premissas básicas de seu modelo constitucional: em primeiro lugar, tem como alicerce o caráter garantista da Primeira Emenda da Carta de 1787, conferido ao longo da história jurisprudencial da Suprema Corte; em segundo lugar, funda-se na

²²² Em obra dedicada ao reconhecimento das justificações teóricas para a liberdade do discurso, GUY E. CARMI sublinha três argumentos em tal sentido: por um modelo clássico, a liberdade de expressão seria fundamentada na verdade, na autonomia e na democracia. A dignidade humana, por sua vez, tantas vezes invocada como fundamento para a limitação do *free speech*, acabaria sendo uma inimiga da liberdade, ou seja, um verdadeiro “Cavalo de Tróia”. CARMI, Guy E. *Dignity – The enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*. 4articlesrevised.doc, 2007, pp. 974 - 975: “(...) The nexus between human dignity and freedom of expression is problematic in nature. The inadequacy of human dignity as a principle justification for freedom of speech is reviewed for Frederick Schauer, who remarks that ‘there is little to be gained by thinking of the right to freedom of speech as but the instantiation of a more general right to dignity’ (...).” Disponível em <http://ssrn.com/abstract=896162>.

²²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 205: “(...) Como já foi dito a outro propósito, pertence à essência dos princípios gerais de Direito que eles entrem, com frequência, em conflito entre si, sempre que, tomados em cada um, apontem em soluções opostas. Deve-se, então, encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação. Trata-se, pois, aqui de característica, acima elaborada, da mútua limitação dos princípios (...)”.

²²⁴ V., sobre o tema, KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective: a Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*. New York: New York University Press, 2006.

²²⁵ O tema será objeto de exame em separado, em tópico oportuno.

centralidade ocupada pela autonomia da vontade, nos termos desenvolvidos pelo liberalismo clássico²²⁶.

O ordenamento alemão, a seu turno, é marcado por dois traços marcantes de seu constitucionalismo: primeiramente, a previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana no corpo da Lei Fundamental²²⁷; secundariamente, a imposição do Tribunal Constitucional de uma ação estatal (*state action*) para assegurar as liberdades individuais contra a prática de atos a elas atentatórios, mesmo quando cometidos nas relações privadas²²⁸. A partir dessas características, pode se estabelecer as principais distinções entre o tratamento jurídico conferido à liberdade de expressão na Alemanha e nos Estados Unidos, essencialmente importante para a proposta aqui abordada.

Em virtude da expressa adoção de uma raiz jusnaturalista²²⁹, a jurisprudência sedimentada pelo Tribunal Constitucional alemão - particularmente desenvolvida após o advento da Lei Fundamental de Bonn - concebe a Constituição como uma “ordem objetiva de valores”²³⁰. Nesse passo, se extrai do texto constitucional uma

²²⁶ Ressalta-se, nesse particular, entendimento filosófico que defende a possibilidade de restringibilidade de direitos fundamentais tão-somente por direitos de cunho individual e não por padrões comunitários. V. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 348.

²²⁷ A Constituição Alemã de 1949, estabelece, logo em seu primeiro artigo, dentro do capítulo dedicado aos direitos fundamentais, a proteção da dignidade do ser humano, *verbis*:

“Artigo 1. Dignidade do ser humano, caráter obrigatório dos direitos fundamentais para o poder público.

1. A dignidade do ser humano é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la.

2. Em conseqüência, o povo alemão reconhece ao ser humano direitos invioláveis e inalienáveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

3. A liberdade da pessoa é inviolável. Alterações de seus direitos somente podem ser provocadas, em virtude de uma lei.”

²²⁸ ALFORD, Roger P. Free speech and the case for constitutional exceptionalism. In: *Michigan Law Review*, vol. 106, pp. 1076 – 1077.

²²⁹ Influenciado pelas barbáries cometidas durante o período nazista, o Tribunal Constitucional alemão passou a reconhecer, após o término da Segunda Guerra, a existência de um direito suprapositivo, acima do Estado, calcado em um Direito Natural. Se admite, assim, que uma norma constitucional originária pode ser invalidada, caso venha a violar algum desses valores transcendentais.

²³⁰ V. Sentença de 20 de dezembro de 1960, BVerfGE, 12.

intensa carga axiológica que deve orientar o ordenamento jurídico e pautar todo o processo hermenêutico. Por esse aspecto, os direitos fundamentais assumiriam uma dúplici dimensão: em um primeiro momento, constituiriam direitos subjetivos dos cidadãos perante o Estado (ou seja, limitações estatais); e, em segundo momento, traduziriam uma ordem objetiva de valores, capaz de orientar toda a atuação do Poder Público²³¹.

Prevista no artigo 1º da Lei Fundamental, a dignidade da pessoa humana se coloca como o valor central do Direito Constitucional germânico, dela derivando o exercício de todos os demais direitos fundamentais básicos, dentre os quais a liberdade de expressão. Diferentemente, portanto, da experiência norte-americana, que atribui às liberdades consignadas na Primeira Emenda uma “posição preferencial”, na jurisprudência constitucional alemã, a dignidade humana é considerada o “mais fundamental de todos os direitos do homem”, não podendo ser violada em qualquer circunstância²³².

Em razão da “ordem de valores”, no processo de ponderação (*balancing*) adotado pela Corte Constitucional, quanto mais próximo da dignidade humana se situar o interesse constitucional, maior deverá ser o seu grau de proteção conferido pelo Estado. Assim, por exemplo, no ordenamento alemão, a liberdade de expressão e de religião também ocupam papel de destaque. Entretanto, na hipótese de conflito aparente entre tais liberdades e a dignidade humana, é essa que, devido à sua posição de primazia, vai possuir uma posição jurídica *prima facie*²³³.

Dois emblemáticos julgados ratificam tal posicionamento. No julgamento de caso conhecido como “*soldados assassinos de Lebach*”, em que se discutia a possibilidade

²³¹ V. BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 96 – 138.

²³² CARMI, Guy E. *Dignity versus liberty: the two western cultures of free speech*. 2008, pp. 47 – 48. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1246700>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

²³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 586: “(...) Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde uma escalão superior ao de outros bens, em especial os bens materiais. O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu <significado, pura e simplesmente constitutivo> para a convivência democrática (...)”.

de veiculação, por parte de emissora de televisão, de exibição de documentário acerca de crime de grande repercussão social, a Corte se deparou com um conflito entre a liberdade de expressão (em especial, a liberdade de imprensa) e a dignidade da pessoa humana (intangibilidade da esfera íntima de cidadão condenado pelo delito). Sob o argumento de que a exibição da imagem poderia prejudicar substancialmente o processo de reintegração do indivíduo à sociedade, uma vez que seria transmitida pouco antes do cumprimento da pena imposta ao acusado, o entendeu o Tribunal Constitucional, com lastro no princípio da proporcionalidade, que naquele caso específico, a liberdade de informação televisiva deveria ser restringida pelo direito à honra e privacidade do cidadão²³⁴.

²³⁴ BVerfGE 35, 203. Apesar de reconhecer uma posição de preferência, em tese, da liberdade de informação sobre a proteção da personalidade, asseverou a Corte Constitucional que nem sempre seria legítima a divulgação de imagens hábeis à identificação de autor do crime. Veja-se, nesse passo, que apesar de o artigo 5º da Lei Fundamental de Bonn garantir “a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema” (parágrafo 1), preceitua expressamente que “esses direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as disposições legais para proteção da juventude e o respeito da honra” (parágrafo 2). O caso *Lebach* representa, segundo a jurisprudência, hipótese típica de proteção da dignidade humana fundamentada em um denominado “direito ao esquecimento”. Decisão muito semelhante à da Corte alemã, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reproduz o raciocínio empreendido. Discutia-se a possibilidade de veiculação de matéria jornalística a respeito de famoso episódio ocorrido no Rio de Janeiro, popularmente conhecido como “chacina da candelária”. Cuidava-se, portanto, de típico conflito aparente entre a liberdade de informação e o direito à vida privada, intimidade e imagem de indivíduo considerado suspeito do crime. Em grau de Embargos Infringentes, o Tribunal manteve a condenação a título de dano moral e à imagem, sob o fundamento de que a centralidade da dignidade da pessoa humana passava por um “direito de ser deixado em paz”, na locução da jurisprudência norte-americana. Confira-se, por oportuno, a respectiva ementa do acórdão, *in verbis*:

“Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo-jornalística: “chacina da Candelária”. Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, (sic) alfin, inocentada. Uso inconsciente de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação “vs” Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não-pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios.

1. Trata-se de ação indenizatória por dano moral e à imagem, fundada não em publicação caluniosa ou imprecisa, mas no só revolver de fatos pretéritos que impactaram drasticamente a esfera da vida privada do autor - acusado que fora, injustamente, de participação na autoria de crime de glória lembrança, a “chacina da Candelária”. Por isto mesmo, não aproveita à ré a alegação de cuidado com a verdade dos fatos e sua não distorção - alegação que, conquanto veraz, não guarda relação com a causa de pedir.

2. Conquanto inegável seja o interesse público na discussão aberta de fatos históricos pertencentes à memória coletiva, e de todos os pormenores a ele relacionados, é por outro lado contestável a necessidade de revelarem-se nome completo e imagem de pessoa envolvida, involuntariamente, em episódio tão funesto, se esses dados já não mais constituem novidade jornalística nem acrescem substância ao teor da matéria vocacionada a revisitar fatos ocorridos há mais de década. Não é leviano asseverar que, atendido fosse o clamor do autor de não ter revelados o nome e a imagem, o distinto público não estaria menos bem informado sobre a Chacina da Candelária e o desarranjado inquérito policial que lhe sucedeu, formando uma vergonha nacional à parte.

3. Recorre-se ao juízo de ponderação de valores para solver conflito (aparente) de princípios de Direito: no caso, o da livre informação, a proteger o interesse privado do veículo de comunicação voltado ao lucro, e o interesse público dos destinatários da notícia; e o da inviolabilidade da intimidade, da imagem e da vida privada.

De forma semelhante, em disputa judicial envolvendo a publicação de livro de romance denominado “*Mephisto*”, de Klaus Mann, novamente colocou-se em conflito a liberdade de expressão (especificamente a liberdade de manifestação artística) e o direito de personalidade da honra²³⁵. Discutiu-se, no caso em apreço, se a veiculação de obra que supostamente ofendesse a imagem de indivíduo (o então falecido diretor teatral Gustav Gründler) poderia ser proibida, em virtude de proteção constitucional de bens de personalidade. Utilizando-se da ponderação de interesses, houve unanimidade quanto ao fato de a liberdade de expressão artística não se revestir de um caráter ilimitado²³⁶. Todavia, a

A desfiguração eletrônica da imagem do autor e o uso de um pseudônimo (como se faz, em observância a nosso ordenamento, para proteção de menores infratores) consistiria em sacrifício mínimo à liberdade de expressão, em favor de um outro direito fundamental que, no caso concreto, merecia maior atenção e preponderância.

4. Das garantias fundamentais à intimidade e à vida privada, bem assim do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, extraíram a doutrina e a jurisprudência de diversos países, como uma sua derivação, o chamado “direito ao esquecimento”, também chamado pelos norte-americanos de “direito de ser deixado em paz”. Historicamente, a construção desses conceitos jurídicos fez-se a bem da ressocialização de autores de atos delituosos, sobretudo quando libertados ou em vias de o serem. Se o direito ao esquecimento beneficia os que já pagaram por crimes que de fato cometeram, com maior razão se deve observá-lo em favor dos inocentes, involuntariamente tragados por um furacão de eventos nefastos para sua vida pessoal, e que não se convém revolver depois que, com esforço, a vítima logra reconstruir sua vida.

5. Analisado como sistema que é, nosso ordenamento jurídico, que protege o direito de ressocialização do apenado (art. 748 do CPP) e o direito do menor infrator (arts. 17 e 18 do ECA), decerto protegerá também, por analogia, a vida privada do inocente injustamente acusado pelo Estado.

6. O direito de imagem não se confunde com o direito à honra: para a violação daquele, basta o uso inconsciente da imagem, pouco importando se associada ou não a um conteúdo que a denigra. Não sendo o autor pessoa pública, porque a revelação de sua imagem já não traz novidade jornalística alguma (pois longínqua a data dos fatos), o uso de sua imagem, a despeito da expressa resistência do titular, constitui violação de direito a todos oponível, violação essa que difere da ofensa moral (cf. art. 5º, V, da CF).

7. Tomando em linha de conta a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a severidade dos danos decorrentes da exibição do programa televisivo na vida privada do autor (relançado na persona de “suspeito” entre as pessoas de sua convivência comunal), e o conteúdo punitivo-pedagógico do instituto da indenização por dano moral, a verba aparentemente exagerada de R\$ 50.000,00 se torna adequada - tanto mais em se tratando do veículo de comunicação de maior audiência e, talvez, de maior porte econômico. Desprovimento do recurso” (Processo nº 2009.005.00079, 19ª Câmara Cível, Relator Des. Marcos Alcino A. Torres, julgado em 26 de maio de 2009).

²³⁵ BVerfGE 30, 173. O artigo 5.3 da Lei Fundamental dispõe que “*são livres as expressões artística e científica, a investigação e o ensino*”.

²³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 584: “(...) Todos estavam de acordo em que o art. 5º., parágrafo 3, da Lei Fundamental, atribui ao artista, como indivíduo, um direito fundamental e que este direito fundamental não está sujeito aos limites das leis gerais, das disposições legais para proteção da juventude e do direito à honra pessoal, mencionados no art. 5º, parágrafo 2, da Lei Fundamental. Isto não significa, contudo, que o direito fundamental da liberdade artística não tenha qualquer limite, mas tão-só que os seus limites haveriam de estar determinados pela própria Constituição. A liberdade artística pode, por isso, entrar em conflito com a também jurídico-constitucionalmente protegida esfera da personalidade. Todos os juízes

divergência apontada pelos julgadores dizia respeito à valoração dos fatos envolvidos na ponderação. Por apertada maioria, entendeu o Tribunal que, apesar do texto constitucional proibir a censura, e a liberdade artística não se sujeitar aos “limites das leis gerais” do item 2, do artigo 5º da Lei Fundamental, a diminuição da dignidade humana do cidadão, por possuir uma significativa dimensão de peso, justificaria uma proibição à divulgação da obra.

Depreende-se, dessa forma, que apesar de ostentar, em tese, uma posição *prima facie* em relação a bens de personalidade, certo é que, diante de um caso concreto que envolva preferencialmente a dignidade da pessoa humana, no ordenamento alemão, essa desfrutará de uma primazia sobre a liberdade de expressão e demais direitos correlatos (liberdade de opinião, de imprensa, de manifestação artística, entre outros).

No constitucionalismo brasileiro, uma corrente doutrinária defende posicionamento análogo. De forma mais parcimoniosa, sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, por consistir no epicentro axiológico da Constituição da República, haveria de ser reconhecido como o principal critério na aplicação da ponderação de bens constitucionais²³⁷.

Por outro lado, notadamente na esfera comunicativa, cumpre ressaltar a existência de posição mais radical – que se aproxima da jurisprudência constitucional germânica - que defende a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana em qualquer

estiveram de acordo em que, num tal caso, tinha que haver lugar a uma ponderação <sobre a base das circunstâncias concretas do facto em questão> (...)”.

²³⁷ V. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74: “(...) Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se como (sic) uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove (...)”. No mesmo sentido, v. BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 251: “(...) Nesse contexto, a decisão de tomar como critério para a ponderação a preferência das normas que diretamente promovem a dignidade humana justifica-se amplamente com a Carta de 1988. É absolutamente tranqüilo na doutrina e na jurisprudência que a Constituição fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade humana e, como consequência direta, dos direitos fundamentais (...)”. Sobre o tema, confira-se, ainda, na doutrina nacional, SANTOS, Fernando Ferreira. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002; e SILVA, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Volume 212, 1998, pp. 89 – 94.

hipótese de conflito entre bens constitucionais²³⁸. Em razão de sua supremacia axiológica, o princípio teria o condão de proscrever discursos a ela atentatórios, independentemente de previsão expressa nos textos constitucionais²³⁹.

Ainda que persuasivo, o raciocínio que eleva a dignidade da pessoa humana a um *status* absoluto não nos parece amplamente satisfatório. Primeiramente, porque, como amplamente repetido, resta pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a ausência de direitos absolutos – mesmo os fundamentos da República – na Constituição da República de 1988. Ademais, a prática demonstra que, a partir da conjuntura de certos fatos e fundamentos, mesmo a dignidade humana pode ser relativizada²⁴⁰.

Dessa forma, no campo comunicativo, justamente com a finalidade de se repelir compressão desproporcional às liberdades públicas atinentes à difusão da informação, e em decorrência do regime estabelecido pela Carta de 1988, se advoga a concepção relativa

²³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, pp. 93 – 94: “(...) O princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da inviolabilidade humana, é indeclinável, indisponível e irrenunciável e não depende, para sua aplicação, de qualquer acolhimento pelo texto constitucional. Trata-se de limitação absoluta, o que implica a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em qualquer caso de conflito com os direitos à liberdade de expressão e de informação. Desse modo, toda forma de expressão ou informação cujo conteúdo atente contra a dignidade da pessoa humana deve ser terminantemente proibida, pois ‘o direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade e não para a sua destruição (...)’.

²³⁹ *Ibidem*, p. 94: “(...) Nesse diapasão, é evidente que a propaganda de guerra ou de terrorismo ou a apologia do ódio racial, nacional ou religioso devem ser totalmente proscritas, independentemente da sua proibição nos ordenamentos jurídicos (...)’.

²⁴⁰ Perfilhando do entendimento que admite a possibilidade de limites e restrições à dignidade da pessoa humana, INGO SARLET, em obra dedicada ao referido princípio, questiona o seu caráter absoluto, infenso a qualquer tipo de relativização. Pontua o Autor, à luz de diversos exemplos, que situações existem em que necessariamente haverá necessidade de uma ponderação de bens em rota conflitiva, no caso, do mesmo bem (dignidade). Cf. SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Op. cit., pp. 124 – 125. No mesmo sentido, tem-se a posição de RICARDO LOBO TORRES: “(...) Ao tempo do Estado de Bem-Estar Social, que prosperou nas décadas de 50 a 70 e durante o qual a doutrina defendia a generalização do conceito de direitos fundamentais sociais, a dignidade humana era apontada como princípio absoluto, insuscetível de ponderação e colocado no patamar superior da hierarquia estabelecida pela Constituição. Nipperdey defendeu esse ponto de vista na Alemanha, ao fito de permitir que dele se extraíssem diretamente todas as conseqüências no plano dos direitos sociais e do mínimo existencial, assuntos sobre os quais a Constituição de Bonn silenciara. J.J. Gomes Canotilho incumbiu-se de divulgar a idéia no mundo luso-brasileiro. No Brasil, Daniel Sarmento aderiu à tese. Com a mudança do paradigma jurídico e ético trazido pelo Estado Democrático de Direito, houve profunda modificação na problemática da dignidade humana: a) já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação; b) dela se irradiam não só os direitos fundamentais, mas também os sociais. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Escritos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Renovar, 2003, p. 13. V, a propósito, TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Interpretação e Eficácia dos Direitos Fundamentais: a Responsabilidade do Estado na Garantia dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mimeo), 2004.

do princípio da dignidade da pessoa humana, que a despeito de desfrutar, em tese, de uma evidente primazia axiológica no ordenamento brasileiro, não a alça, em concreto, a um patamar absoluto no processo ponderativo²⁴¹.

Não se descarta aqui, a toda evidência, da magnitude da dignidade humana na tábua constitucional. No entanto, por consistir na matriz da liberdade de expressão, a imprecisão e plasticidade em torno da delimitação de seu conteúdo pode conduzir a subjetivismos e arbitrariedades, pondo-se em risco a própria liberdade de informação. Como bem adverte JÓNATAS MACHADO:

(...) Por se tratar de um conceito de contornos abertos, disputado e contestado por inúmeras ontologias, mundividências, epistemas e concepções da vida e o bem, o conceito de dignidade da pessoa humana deve ser utilizado pelos operadores do jurídico com especial prudência e contenção, quando se trata de restringir as liberdades comunicativas. Isso, a fim de impedir a sua transformação num expediente retórico de racionalização autoritária da restrição da liberdade de expressão das minorias e dos indivíduos, contra as suas próprias e autônomas razões, convicções e aspirações (...)²⁴².

Pois bem. Tomando-se em conta uma análise comparativa das experiências constitucionais norte-americana e alemã a respeito das liberdades comunicativas, é possível, em um primeiro momento, se afirmar que: (i) aproximando-se da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte americana, e consoante recentemente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de colisão de princípios constitucionais, a liberdade de expressão – a despeito de não se revestir de um caráter absoluto - possui um caráter de preferência, em tese, sobre os direitos de personalidade; (ii) na esteira jurisprudencial formada pelo Tribunal Constitucional alemão, em virtude de sua previsão expressa no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, que elenca os princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana funciona, ao mesmo tempo, como “fonte” e “limitação” da liberdade de expressão. Assim sendo, devido à sua posição *prima facie*, pode o princípio fundamental ostentar interesse relevante (*compelling interest*) hábil a restringir as liberdades

²⁴¹ Comungando da mesma posição, assinala-se FARIAS. Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 167: “(...) A categoria histórica da pessoa humana é estimada atualmente como o mais eminente de todos os valores, porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais. Contudo, ela não deve ser vista como um valor absoluto, no sentido de prevalecer sempre sobre os outros em todas e quaisquer circunstâncias (concepção individualista-burguesa). É necessário compatibilizá-la com outros valores sociais e políticos da coletividade (concepção personalista) (...)”.

²⁴² MACHADO, Jónatas. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. Op. cit., p. 133. O autor chama particular atenção para a importância do tema na experiência constitucional alemã, em discussões afetas à proibição da pornografia e do sexo telefônico.

comunicativas. Advoga-se, contudo, com amparo na doutrina majoritária, a tese da relatividade da dignidade humana, de tal sorte que, em circunstâncias fáticas específicas, pode não constituir justificativa suficiente para “anulação da posição de preferência” da liberdade de expressão. É o que se passa a discorrer.

A partir de um cotejo analítico das decisões judiciais tangenciando o conflito liberdade de expressão (e, sobretudo, de imprensa) *versus* dignidade da pessoa humana, se conclui que não existe, no ordenamento brasileiro, um parâmetro seguro para delimitação da prevalência de um ou outro princípio constitucional. Nada obstante, à vista de todas as premissas teóricas até então delineadas, se afigura viável a construção de ao menos três *standards* orientadores da processo ponderativo aplicável a tais hipóteses.

Inicialmente, o primeiro *standard* a ser utilizado diz respeito à “*potencialidade de difusão do meio veiculador do discurso ou mensagem*”. Não é todo e qualquer discurso que, em nome de uma garantia da dignidade da pessoa humana, poderá ser objeto de restrição. Naturalmente, há de se estabelecer uma distinção entre a opinião transmitida em meios mais reservados, de natureza privada, e a veiculada em canais de grande poder de difusão ou órgãos públicos.

Assim, por exemplo, quando um indivíduo expressa a sua opinião – particular – acerca de determinado assunto em um ambiente familiar ou em um meio com pouca capacidade de difusão, parece óbvio que essa forma de expressão não poderá ser objeto de censura, mesmo que *a posteriori*. A liberdade de expressão, em tal hipótese, assume uma dimensão de peso superlativa. Em sentido diverso, quando um periódico de grande circulação regional ou nacional emite uma mensagem polêmica, de controvertido teor quanto às finalidades constitucionais, parece natural que, devido ao alto poder de difusão comunicativa, em tal hipótese, a liberdade de expressão – de informação, mais precisamente – poderá assumir uma dimensão de peso inferior à dignidade humana da pessoa ou grupo social ofendido.

Inserir-se, nesse contexto, a pontual distinção realizada pela doutrina entre “a expressão de uma ideia” e “a informação”. No primeiro caso, a mera opinião pessoal pode ser despida de características elementares a deveres normativos, como verdade, igualdade e solidariedade. Já no segundo caso, em se tratando de uma informação, devido ao poder de

“formação de opinião” do emissor da mensagem, essa deve estar em conformidade com pressupostos legais (licitude do meio de obtenção da informação, compromisso com a veracidade, entre outros) e demais princípios constitucionais (democracia, isonomia e, logicamente, a dignidade humana)²⁴³.

O *standard* apresentado se coaduna, em verdade, com entendimentos já sedimentados na jurisprudência. A denominada “potencialidade de difusão” do órgão emissor da mensagem traduz um importante critério, em caso de ofensa à dignidade humana, para fins de fixação de indenização por dano moral ou à imagem²⁴⁴. Na mesma linha, a Suprema Corte Americana faz uma distinção entre o discurso veiculado por empresa de rádio ou televisão, e o transmitido por meio da imprensa escrita²⁴⁵. Nota-se que, em caso de conflito entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, a proteção da primeira será diretamente proporcional ao “grau de difusão da opinião ou informação”.

²⁴³ CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 211 – 212: “(...) Enquanto a expressão de uma idéia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não pode ser confundida como simples manifestação do pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a existência, a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal (...). Por que isso deve acontecer? Por que se afigura imprescindível distinguir informação de expressão? Porque o receptor da informação necessita do fato objetivamente ocorrido para estabelecer a sua cognição pessoal e para que possa elaborar a sua percepção sobre o mesmo fato, de modo a formar sua convicção sem qualquer interferência. Já a divulgação de uma opinião é necessariamente parcial, pessoal, impregnada de uma cognição já realizada pelo seu emissor, de modo que o receptor da opinião deve recebê-la, não como matéria-prima para seu pensamento, mas como matéria já trabalhada por outrem, já resolvida à luz dos fatos objetivamente recolhidos pelo conhecimento daquele. No primeiro caso, o receptor elaborará seu próprio pensamento; no segundo, aderirá ou não ao pensamento já formulado (...)”.

²⁴⁴ CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 248. Segundo o autor, a indenização por dano moral deve se pautar por três investigações: quanto ao poder de difusão do órgão ofensor; pela reprovabilidade da conduta; e pela intensidade da lesão na pessoa da vítima. No que concerne ao primeiro critério, afirma: “(...) A potencialidade de difusão deve ser avaliada por um critério objetivo. Pode ser deduzida da tiragem de um jornal, dos índices percentuais de audiência que são medidos por institutos de pesquisa, pelo valor da campanha publicitária, pela quantidade de consultas fornecidas pelo banco de dados, pela soma das tiragens se a informação oficial tiver sido publicada em vários órgãos, ou seja, sempre um critério objetivo, voltado a dimensionar a probabilidade de extensão da lesão. Isso quer dizer que quanto maior o órgão informador, no que respeita à sua capacidade de ter receptores, maior deve ser a indenização (...)”.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 284: “(...) Observou-se, também, uma diferença de tratamento entre a imprensa escrita e os meios de radiodifusão se sons e/ou de imagens. Do mesmo modo que o Brasil, os Estados Unidos adotam o controle governamental para permitir o funcionamento de rádios e televisões. Além disso, considera-se que estes veículos são mais intrusivos na intimidade alheia e que estão mais disponíveis aos menores de idade. Em razão destes dois fatores, a Suprema Corte tem validado restrições bem mais amplas que lhe têm sido impostas, diferentemente do que ocorre com a imprensa escrita, alheia a qualquer tipo de limitação (...)”.

O segundo *standard* proposto consiste no “*grau de intensidade da lesão efetuada em face da dignidade humana*”. Para se aquilatar a validade (constitucionalidade) da conduta praticada em nome da liberdade de expressão, deve se verificar se a mensagem veiculada foi suficiente ou não para atingir o “conteúdo essencialmente protegido” pela dignidade humana. Em outros termos, por representar um alicerce da própria liberdade de informação, não se pode invocar a dignidade humana para se restringir qualquer espécie de discurso um pouco mais controvertido na opinião pública, contundente ou mesmo intolerante. Caso contrário, a prevalecer tal entendimento, estar-se-ia, obliquamente, “anulando” por completo a “posição preferencial da liberdade de expressão”, levando-se à conclusão de que – distintamente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – essa deveria ceder, em tese, diante dos bens afetos à personalidade (como honra, imagem e intimidade).

Indagação que emerge é a seguinte: como definir, em termos conceituais, a “intensidade da lesão”? Qual espécie de discurso seria protegido pela liberdade de informação? A questão já foi parcialmente respondida em tópico próprio (v. “A Identificação do Conteúdo Relevante da Informação”), em que se propõe uma dicotomia entre o discurso notoriamente relevante (situado em uma “zona de consenso”) e o de relevância controvertida (situado em uma “zona cinzenta”). Sustenta-se que, em virtude de sua nítida importância social, mensagens de cunho político, religioso ou doutrinário (acadêmico) deveriam ser protegidas em caráter “quase absoluto”, ou seja, mesmo que infensas à dignidade da pessoa humana. Aduz-se que, em tais hipóteses, o “interesse público” seria presumido.

Simetricamente, goza de uma presunção – relativa, ou seja, que admite prova em contrário – de interesse público mensagens consideradas notórias, cuja veracidade cabalmente se demonstra pela narrativa dos fatos²⁴⁶. Assim, por exemplo, grandes acidentes naturais, crimes de elevada repercussão social ou notícias amplamente divulgadas na

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89: “(...) Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidos (...)”.

imprensa, não devem ser qualificados, em tese, como discursos ofensivos à dignidade da pessoa humana²⁴⁷.

O mesmo pode ser afirmado no que concerne a mensagens de natureza eminentemente artística. Em tal situação, a liberdade de expressão atua, em sua concepção instrumental, como importante ferramenta para a promoção e valorização de direitos ligados à educação e cultura (artigos 205 a 216 da Constituição da República) e o direito social ao lazer (artigo 6º)²⁴⁸. Dessa forma, não sendo patente a violação à dignidade humana, milita uma presunção de validade em favor da divulgação da obra²⁴⁹. Todavia, embora a regra seja a liberdade de informação, certo é que, em se tratando de peças de ficção, ou mesmo charges e

²⁴⁷ Confira-se, a respeito, ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL - PUBLICAÇÃO DE LIVRO CONTENDO FATOS NOTÓRIOS ANTERIORMENTE DIVULGADOS NA IMPRENSA - INFORMAÇÕES COMPATÍVEIS COM A VERDADE DOS FATOS - AUSÊNCIA DE CONTEÚDO OFENSIVO - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. O direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, insculpido no Art. 5º, IX, deve ser conciliado a outro direito fundamental, previsto no Art. 5º, X, da Carta Magna, que garante a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. A atividade informativa não é absoluta, sendo vedada a divulgação de fatos que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra dos indivíduos, em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com o Art. 1º, III, da CRFB/88. A publicação de fatos públicos e notórios, já veiculados por órgãos de imprensa, e sem conteúdo valorativo, não configura ato ilícito a ensejar a reparação por danos morais. Improvimento do recurso” (Apelação Cível nº 2009.001.53089, 7ª Câmara Cível, Relator Des. José Geraldo Antonio, julgada em 14 de outubro de 2009).

²⁴⁸ FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 159 – 160: “(...) A liberdade para a criação e divulgação de obras artísticas ou científicas, como é sabido, é de vital importância tanto para o desenvolvimento da personalidade humana quanto para o bem-estar social. Por isso a liberdade de expressão relacionada com a arte, a ciência, a educação e a cultura sempre mereceu tratamento especial por parte do ordenamento constitucional democrático (...)”.

²⁴⁹ Nesse sentido, assinala-se interessante decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se questionava uma violação a direitos de personalidade e à dignidade da pessoa humana de indivíduo que afirmava ter sido fonte inspiradora de personagem caricato do filme “Cidade de Deus”. Na ação, proposta em face das empresas produtoras e distribuidoras, a despeito de restar consignada a limitação da liberdade de expressão frente a valores fundamentais, como a dignidade humana, se entendeu pela validade de divulgação da obra, pelo fato de o próprio autor reconhecer que a sua vida – em especial, a sua participação no tráfico de entorpecentes – ter sido amplamente exposta pela imprensa. Confira-se trecho da respectiva ementa, *in verbis*:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. A liberdade de expressão é considerada um dos alicerces do estado constitucional de Direito. Entretanto, tal liberdade não deve ofender aos direitos e valores fundamentais, como os direitos da personalidade e a dignidade humana. O que se questiona é se a obra cinematográfica “Cidade de Deus” é violadora do direito da personalidade do autor. O filme “Cidade de Deus”, é uma adaptação livre do livro que o precedeu, onde retrata a trajetória romaneada dos dramas vivenciados nos idos dos anos 70, pela comunidade conhecida como “Cidade de Deus”, localizada no Município do Rio de Janeiro, em razão do envolvimento com o tráfico de drogas à época, sendo baseado em fatos reais e históricos, o que não lhe retira o caráter de obra ficcional. Não há como se afirmar que a história contada pelo filme, no que diz respeito ao personagem Sandro Cenoura seja a história do autor, Ailton Batata, sendo certo que as coincidências que possam ter ocorrido não tem o condão de comprovar que se tratam de versões da mesma pessoa” (Apelação Cível nº 2009.001.50660, 18ª Câmara Cível, Relator Des. Jorge Luiz Habib, julgada em 06 de outubro de 2009).

sátiras, o tom jocoso do discurso (*animus jocandi*) deve respeitar direitos como a intimidade – da família, do lar – e honra dos cidadãos²⁵⁰.

De outra banda, mensagens de evidente caráter difamatório, inverídico, sem interesse público, ou mesmo discursos contrários às finalidades constitucionais, desfrutariam de uma menor “dimensão de peso” em relação à dignidade humana. Esse o caso, por exemplo, de obras vexatórias²⁵¹, violentas, obscenas, pornográficas, ou de teor racista e preconceituoso²⁵². Não há como se vislumbrar, em tais hipóteses, um relevante interesse

²⁵⁰ A fim de se perquirir se a mensagem ou informação veiculada se encontra ou não protegida pelo princípio da liberdade de expressão, é bastante comum se analisar, em sede jurisprudencial, diante de circunstâncias concretas e de valoração de provas trazidas aos autos, a presença de um denominado *animus jocandi*. Ressalta-se, nesse particular, interessante julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em grau de apelação interposta pelo CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO – COREN/RJ, em face de sentença prolatada pelo Juízo Federal da 9ª Vara do Rio de Janeiro. Em síntese, pleiteava-se, mediante Ação Civil Pública proposta em face da Rede Globo de Televisão, que a emissora se abstinhasse de divulgar no Programa “Zorra Total”, quadro humorístico de personagens trajando vestimentas semelhantes a da categoria de enfermagem e desempenhando atividades inerentes a referida categoria. Apesar de reconhecer que a liberdade de expressão não se reveste de um caráter absoluto, entendeu o Tribunal que, no caso vertente, uma vez detectado o indiscutível objetivo da programação, qual seja, fazer humor, não haveria de se ventilar eventual dano à imagem da categoria do profissional de enfermagem (Apelação Cível nº 2006.51.01.007692-0, Relator Des. Federal Frederico Gueiros, julgada em 11 de maio de 2009).

²⁵¹ Sublinha-se, nesse contexto, julgado sugestivo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em que se reconheceu abuso no direito de expressão e informação de programa de televisão que veiculava quadro rotulando “mulheres belas” e “mulheres feias”. Veja-se, a propósito, ementa do acórdão, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROGRAMA “PÂNICO NA TV”. EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DA AUTORA DE FORMA DESRESPEITOSA E SEM AUTORIZAÇÃO. VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE QUE MERECE EXEMPLAR REPRIMENDA. IMPROVIMENTO AO PRIMEIRO E PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO (ADESIVO), PARA ELEVAR O VALOR DA CONDENAÇÃO. I - Não existe mulher feia! A mulher é bela pelo simples fato de ser mulher. Assim, a forma desrespeitosa com que foi exibida a imagem da autora, sem permissão, em traje de banho, com óculos escuros, na praia de Ipanema, sentada em uma cadeira, e em paralelo animação com pequeno dragão e a propagação da música “Lua de São Jorge”, atenta contra sua dignidade, agride a sua privacidade e merece exemplar reprimenda; II - Nas lições do eminente professor e desembargador SERGIO CAVALIERI FILHO, “nenhum direito é absoluto e ilimitado; todos devem se compatibilizar com o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual a inviolabilidade da privacidade é o seu último refúgio. Sem privacidade não haverá dignidade. Em hipótese alguma o homem pode ser utilizado como simples meio para a consecução de uma finalidade, ainda que justa. A inviolabilidade da privacidade, consagrada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, é o limite extremo da liberdade de expressão e de informação. O abuso porventura ocorrido no exercício do direito de expressão ou de informação é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, preventivo ou repressivo, e, neste último caso, com a conseqüente responsabilidade civil e penal dos seus autores”; III - Soma-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na indenização pelo dano moral, os aspectos pedagógicos, o ideal de, através de indenizações elevadas, se evitar a repetição do ato danoso, quer em relação ao autor, quer em relação a terceiros; IV - Improvimento ao primeiro, acolhendo-se o segundo recurso (adesivo), para elevar a verba indenizatória” (Apelação Cível nº 2009.001.32419, 13ª Câmara Cível, Relator Des. Ademir Pimentel, julgado em 30 de setembro de 2009).

²⁵² Examinar-se-á, no tópico subseqüente, estudos de caso envolvendo especificamente o discurso de conteúdo obsceno ou pornográfico.

público (*compelling interest*) suficiente para justificar uma mitigação da dignidade da pessoa humana²⁵³.

O terceiro e derradeiro *standard* representa, na verdade, uma derivação do anterior. Identificada a “*potencialidade do meio difusor do discurso*”, o “*grau de intensidade da lesão à dignidade humana*”, cabe, por fim, investigar se a opinião ou informação em debate implica uma ofensa em caráter individual ou coletivo. Nesse passo, se entende que a possibilidade de restrição à liberdade de expressão deve ser proporcional ao “*alcance da lesão provocada pelo discurso*”. Importa dizer: eventual mensagem que venha a violar a dignidade humana de um segmento ou grupo social deve possuir uma menor “dimensão de peso” no processo ponderativo, de tal forma que, por essa concepção, quanto maior o espectro de pessoas alcançadas pelo discurso, menor deve ser a proteção à liberdade de expressão ou informação.

Doutrina e jurisprudência pátrias são uníssonas ao admitir que a dignidade humana pode possuir uma dimensão individual – quando referida a um só indivíduo – e uma dimensão coletiva, quando atinente a uma parcela representativa da sociedade²⁵⁴. Assim sendo, pode-se afirmar que na hipótese de um discurso ter, potencialmente, um alcance significativo de ofensa à dignidade humana, deve, em razão disso, gozar de menor garantia no sopesamento de princípios constitucionais²⁵⁵. A posição *prima facie* da liberdade de

²⁵³ SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142: “(...) Na identificação de qual o princípio que deve preponderar, quando presente estiver o entrelaçamento entre o Princípio da Liberdade (no aspecto liberdade de informação jornalística), de um lado, e do outro, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (sob o aspecto da dignidade da pessoa humana investigada na fase pré-processual), apresenta-se relevante a identificação da existência, ou não, de um relevante interesse público em relação à divulgação dos dados relacionados com o nome e com a imagem do investigado, dado este que será alcançado, também, com o auxílio da proporcionalidade aplicada ao caso concreto, como critério de orientação na escolha do princípio preponderante (...)”.

²⁵⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 125: “(...) Questionou-se, num primeiro momento, se a dignidade é algo que diz respeito tão-somente ao indivíduo ou pode se falar na dignidade de um povo, de uma raça, de uma cultura ou etnia. Os sistemas jurídicos têm conferido proteção a ambos, tanto à dignidade de cada ser humano como a dignidade referente a um grupo, e o sistema constitucional brasileiro adotou essa posição (...)”.

²⁵⁵ Um bom exemplo do afirmado diz respeito aos chamados “reality shows”, cada vez mais veiculados em programas televisivos. Mesmo que se adote, em linhas gerais, como regra, a liberdade de programação, essa pode ser restringida em caso de nítida violação à dignidade da pessoa humana. Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “*Reality Shows*” e *Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 102 – 110: “(...) A liberdade é a regra e a restrição é a exceção (...). A liberdade de programação deve abranger, *prima facie*, a possibilidade de emitir qualquer programa, independentemente do seu conteúdo ou da sua qualidade, sendo essa matéria reserva de empresa de radiodifusão (...). A liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos,

expressão seria, portanto, inversamente proporcional ao alcance da lesão provocada pelo discurso²⁵⁶.

Os três *standards* formulados não esgotam, obviamente, todas as controvérsias porventura existentes em torno do conflito liberdade de expressão *versus* dignidade da pessoa humana. Dadas as múltiplas perspectivas assumidas por ambos os princípios, bem como a sua correlação com outros direitos fundamentais, a utilização da técnica da ponderação de interesses, como de maneira geral ocorre, não tem o condão de alcançar uma “única resposta possível” para cada caso em concreto. Tem-se como propósito, no entanto, orientar o intérprete e aplicador do Direito na busca de uma racionalidade de sua atividade.

Cuidar-se-á, linhas adiante, de uma análise pormenorizada de uma típica situação de restrição da proteção da liberdade de expressão: a controvérsia acerca da pornografia.

liberdades e garantias (...). Os programas individualmente considerados encontram-se vinculados pela observância dos princípios constitucionais, como o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos de personalidade, pelos diferentes grupos sociais, pelas exigências de proteção da infância e da juventude e de outros bens constitucionalmente tutelados (...). Quando um programa tenha por base a finalidade imediata de produção de lesões graves, irreversíveis ou mesmo letais aos bens físicos e psicológicos que integram a pessoa humana, o mesmo encerra, independentemente do consentimento, uma violação intolerável e insuportável do valor constitucional da dignidade da pessoa humana (...).”

²⁵⁶ Um julgado pertinente, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ilustra a posição aqui defendida. Tratava-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da TV GLOBO LTDA., em curso perante o Juízo da 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro (Processo nº 2005.51.010179119), em que se postulava que a emissora de televisão não transmitisse, no curso da novela ‘A Lua me disse’, quaisquer cenas que expusessem a personagem índia a situações constrangedoras ou degradantes, ou que alimentassem o estereótipo contra indígenas, sob pena de pagamento de multa cominatória. Pleiteava, ainda, o autor que, em virtude de tratar-se de programa exibido em horário livre, não transmitisse, no curso da mesma novela, cenas de violência e de insinuações de sexo, conforme classificação indicativa e constatação posterior, pelo Departamento de Justiça. Acolhendo o pedido inicial, entendeu o Juízo *a quo* que as cenas descritas no corpo dos autos judiciais conteriam teor discriminatório contra “todo o povo indígena”, violando a dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva. Transcreve-se, por oportuno, trechos da decisão judicial, *in verbis*:

“(…) Neste sentido, a abordagem da índia feita na novela, ao vilipendiar o indígena enquanto minoria, viola não somente o dispositivo constitucional (Art. 221 da CR/88) que regulamenta a adequada prestação deste serviço público concedido (Art. 21, XII, alínea ‘a’ da CR/88), como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico que embasa todo o arcabouço normativo nacional. E mais: incute ainda, no seio social, a não aceitação e o respeito ao outro, tal como ele é, pilar básico para a criação de uma geração mais fraterna (...). A liberdade de pensamento e expressão artística prevista no Art. 220, caput, da Constituição, deve estar em consonância com os demais valores constitucionais. O Art. 221, IV, da CR/88 estabelece que a programação das emissoras de televisão atenderá aos princípios do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (...) Assim, a televisão tem, nos termos do veiculado pela Constituição, o dever de informar e entreter, não sendo, o direito de liberdade de expressão (Art. 220, da CR/88), cheque em branco que aceite conteúdo colidente com outros valores constitucionais igualmente consagrados, devendo o Judiciário atuar, quando adequadamente provocado, em caso de violação a tais valores (...)”.

2.4. Um Estudo de Caso. A Controvérsia Acerca do Discurso Pornográfico e a Relativização da Liberdade de Expressão.

Questão permanentemente acesa em grande parte dos ordenamentos jurídicos diz respeito ao alcance e conteúdo de um direito constitucional à liberdade de expressão. Em tópicos anteriores, já se procurou delimitar a relevância dos discursos abrangidos por tal liberdade pública. Sugeriu-se, assim, que apesar de desfrutar, em meio a um processo de ponderação de bens, de uma “posição preferencial”, mesmo o *free speech* poderia sofrer limitações. Nessa toada, ao se identificar determinado discurso como “notoriamente relevante” (situado em uma “zona de consenso”), deveria ele possuir uma “dimensão de peso” mais elevada que outros interesses constitucionais contrapostos. Por sua vez, discursos “não nitidamente relevantes” (situados em uma “zona cinzenta”) poderiam ter sua posição *prima facie* neutralizada por interesses não necessariamente de acentuada estatura axiológica.

É justamente nessa última hipótese que se pode encaixar o discurso pornográfico. A se admitir a possibilidade de se estabelecer uma “hierarquia axiológica” entre as múltiplas espécies de mensagens ou opiniões abrigadas pela liberdade de expressão, certamente a pornografia – ao lado, talvez, do *hate speech* - poderia ser classificada entre os discursos de “menor relevância”²⁵⁷.

Em sede doutrinária, se destacam duas concepções em constante conflito: de um lado, com lastro em uma visão libertária, há quem adote um conceito amplo de liberdade de expressão, de forma a proteger também discursos menos afinados com os demais valores constitucionais, aqui se incluindo a pornografia²⁵⁸. De outro giro, vozes mais

²⁵⁷ Essa, por exemplo, a posição sedimentada na jurisprudência constitucional inglesa, conforme se infere de uma leitura de trechos de decisões proferidas pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), especialmente no caso *Belfast City Council versus Miss Behavin' Limited* (Northern Ireland), julgado em 2007. Veja-se excerto de Baroness Hale of Richmond: “(...) Pornography comes well below celebrity gossip in the hierarchy of speech which deserves the protection of the law. Far too often it entails the sexual exploitation and degradation of women for the titillation of men (...)”.

²⁵⁸ V., nesse sentido, DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 500: “(...) A livre expressão é essencial não apenas como um meio para o desenvolvimento humano mas como parte

conservadoras, de viés moralista, sustentam que a mensagem de cunho pornográfico não poderia ser tipificada como um discurso garantido pelo texto constitucional. Ambas as posições se baseiam em fundamentos jurídicos absolutamente plausíveis, mas também não imunes a críticas.

Passa-se, a seguir, a se analisar os principais argumentos enfrentados na doutrina e na jurisprudência, com especial enfoque para a experiência constitucional norte-americana, onde a liberdade de expressão, na qualidade de direito fundamental clássico, detém uma primazia “quase absoluta”.

Em primeiro plano, com o escopo de se enquadrar a pornografia entre os discursos cobertos pela liberdade de expressão, a corrente libertária traz como principais argumentos em favor de um “direito geral de liberdade” (*right to liberty*): a liberdade de manifestação artística (em casos, por exemplo, de obras eróticas); o direito de cada cidadão ao livre desenvolvimento de sua personalidade (*free development*); o seu direito de autonomia moral (*moral autonomy*) ou, mais especificamente, o direito de cada um escolher o seu próprio estilo de vida (*choose lifestyle*). Haveria, ainda, de se ressaltar um direito à privacidade de se ler mensagens pornográficas em ambientes íntimos, como o lar²⁵⁹.

Os argumentos de tal concepção, favorável à inclusão do discurso pornográfico na cláusula da liberdade de expressão, são reforçados por duas noções em torno da atuação do Poder Público em relação às liberdades públicas: primeiramente, a partir de uma ótica absenteísta, o Estado deveria se comportar de forma neutra na esfera comunicativa, a ele não cabendo definir o que “deve ou não ser dito ou lido” no íntimo de cada cidadão. Ademais, a se permitir uma limitação ou, de forma mais grave, o banimento de todo discurso pornográfico, legitimar-se-ia, em tempos futuros, outras formas de censura, o que poderia ser um perigoso precedente, avesso à democracia²⁶⁰.

dele. Como os seres humanos não estão apenas sujeitos à sua história, mas aspiram a ter consciência dela, o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e da humanidade em geral é um processo adequadamente constituído em parte pela livre expressão e pelo intercâmbio da comunicação humana (...). A concepção *lato sensu* da liberdade de expressão também pode ser encontrada em MILL, John Stuart. *On liberty*. Toronto: Broadview Literary texts, 1999.

²⁵⁹ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 353.

²⁶⁰ WARBURTON, Nigel. *Free Speech. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 69 – 70: “(...) In the area of free speech, there is a fear that making any special case for censorship is dangerous: it can be the first step down a slippery slope that legitimizes far broader censorship than was originally intended

Em sentido oposto, sob um prisma mais conservador, a pornografia em si não poderia, em regra, ser categorizada como um discurso merecedor de proteção constitucional. Diferentemente das demais formas de discurso em geral, como o político, religioso ou artístico, a mensagem meramente pornográfica – notadamente a violenta ou vexatória (*hardcore pornography*) - não teria o poder de comunicar ideias que pudessem ser benéficas para a sociedade²⁶¹.

Na mesma esteira de entendimento, afirma-se que a admissão por completo de toda a espécie de mensagem pornográfica implicaria uma violação de outros interesses constitucionais, de “dimensão de peso” equivalente ou superior. A difusão irrestrita de diversas condutas sexuais explícitas poderia, em circunstâncias concretas, acarretar ofensa à dignidade humana (por exemplo, em casos de escatologia ou lesão corporal), à proteção de crianças e adolescentes (*e.g.*, no caso da pornografia infantil), ou, como ocorre na grande maioria dos casos, a direitos relativos ao sexo feminino, situação em que se encaixam os principais argumentos contrários à garantia constitucional do discurso pornográfico²⁶².

or justified (...). Even if pornography does bring about greater costs than benefits to society and particularly to women, it doesn't necessarily follow that it should be censored. It is extremely difficult for a censor to suppress just the material that is corrupting (...)."

²⁶¹ Essa, por exemplo, a concepção defendida por FREDERICK SHAUER. In: *Free Speech: A Philosophical Inquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 181. V., ainda, WARBURTON, Nigel. *Free Speech. A Very Short Introduction*. Op. cit., pp. 60 – 61: "(...) If hardcore pornography isn't speech in any important sense, it shouldn't have free speech protection. It would then be in a different category from the types of communication that merit special preservation. Political speech and artistic expression communicate ideas that can benefit society even when they are false. Pornography images of sexual acts aren't obviously communicative at all (...)."

²⁶² FRANK MICHELMAN, Professor de Harvard, afirma que certas formas de expressão, entre as quais a pornografia, podem ter o poder de 'silenciar' outras formas, de tal modo que acabam por impedir outras pessoas de exercer sua liberdade de expressão. Diz ele que a fala da mulher pode ser silenciada não só por um ruído feito com intenção de abafá-la, mas também por argumentos e imagens que mudem a percepção que o público tem de seu caráter, dos seus desejos e de sua condição, e que talvez mudem a ideia que ela mesmo tem de quem é e do que quer. Em sua ótica, a expressão dotada dessas consequências silencia a mulher na medida em que impossibilita que ela contribua efetivamente para o processo pelo qual as ideias competem pela preferência do público. Em sentido oposto, anota RONALD DWORKIN: "(...) Não existe contradição nenhuma em insistir que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-la não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa constituição. Porém, nem por isso os atos que têm essas consequências negativas privam as outras pessoas de sua liberdade de se expressar; e essa distinção, como insistia Berlin, esta longe de ser arbitrária ou ineficaz (...)". DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 356 – 359.

Sob uma perspectiva feminista, a pornografia infringiria inúmeros direitos das mulheres, como um “direito básico ao reconhecimento na sociedade” (*right to recognition*), direitos de personalidade (em especial, a imagem e honra), direito à segurança (afirmando-se, nessa linha, que a pornografia estimularia a prática de delitos sexuais) e, por derradeiro, um direito à igualdade (vez que, em grande parcela das mensagens pornográficas – televisivas ou virtuais -, a mulher seria qualificada em uma situação de subordinação ao homem)²⁶³. Aqui reside o principal argumento da doutrina feminista: ao se representar as mulheres como um mero objeto sexual, o discurso pornográfico violaria o tratamento isonômico estabelecido pelos textos constitucionais. De forma análoga a outras variadas formas depreciativas de discursos contrários a minorias, como o racial (*hate speech*) ou religioso, a pornografia reduziria as mulheres à condição de vítimas na esfera comunicativa²⁶⁴.

Embora plausíveis, os argumentos feministas suscitados em prol do cerceamento do discurso pornográfico não lograram êxito na jurisprudência estadunidense. Com lastro no pensamento idealizado por CATHARINE MACKINNON, o Estado de Indiana, em 1983, editou ato normativo (*ordinance*) que visava ao reconhecimento da pornografia como forma de discriminação contra as mulheres. Definia-se pornografia como “a subordinação sexualmente explícita da mulher, de forma realista e sugestiva, quer através de imagens, quer de palavras; e, entre outros os materiais pornográficos que se encaixavam nesta definição, mencionavam-se especificamente aqueles nos quais as mulheres pareciam gostar da dor, da humilhação e do estupro, ou eram apresentadas como seres degradados,

²⁶³ Entre os defensores de uma concepção conservadora, destacam-se, como expoentes da perspectiva feminista, CATHARINE MACKINNON e ANDREA DWORKIN. Em sua obra mais festejada, “*Only Words*”, as autoras aduzem que a pornografia, ao apresentar as mulheres como desumanizadas, humilhadas, ou reduzidas a partes do corpo, deveria ser acionada como uma violação de direitos civis. Cf. MACKINNON, Catharine. *Only Words*. London: HarperCollins, 1995. V., no mesmo sentido, HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity*. London: Yale University Press, 2008, p. 186 – 187: “(...) According to MacKinnon and Dworkin, pornography is a form of sex discrimination which subordinates women and denies them equality. This denial of equality is not simple a matter of treating women less favorable than men, or even of according women inferior status and power in society. Instead, at the most fundamental level, the claim is that pornography denies recognition to women by treating them as mere objects for sexual gratification (...)”.

²⁶⁴ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 379: “(...) The central feminist claim is that pornography presents women purely as objects for men’s sexual needs and so demeans and disparages them. In its most extreme forms, where sexual violence is portrayed or promoted, pornography is a variety of hate speech, with women, rather than racial or religious minorities, as the victims (...)”.

*humilhados ou sujos, com hematomas ou perdendo sangue, ou ainda em postura de servidão, submissão ou exibição*²⁶⁵.

Entretanto, a partir de ação ajuizada por editores e cidadãos de Indiana, o ato veio a ser declarado inconstitucional pela Corte de Apelos do Sétimo Circuito (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*), sob o fundamento de que as autoridades públicas não poderiam restringir a disseminação de idéias sobre as mulheres, nem mesmo estabelecer quais pontos de vista seriam aceitáveis ou não sobre o tema²⁶⁶.

A posição encampada pela Corte bem reflete a noção geral da jurisprudência americana acerca da liberdade de expressão. Em que pese a razoabilidade dos argumentos colhidos pela posição feminista, de viés moralista e conservador, predomina atualmente no cenário doutrinário uma visão altamente libertária, que defende que todas as formas de expressão – incluindo-se as mais odiosas e preconceituosas – devem ser protegidas pela Primeira Emenda²⁶⁷.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Op. cit., p. 349.

²⁶⁶ *American Booksellers Ass'n versus Hudnut* 771 F 2d 323 (7th Cir, 1985). Cumpre ressaltar voto do Juiz Easterbrook, que observou, na decisão, que a lei não declarava a ilegalidade de todo o material obsceno ou indecente, mas somente aquele material que refletisse a idéia de que as mulheres são submissas, ou gostam de ser dominadas, ou devem ser tratadas como se gostassem. Em sua ótica, o objetivo essencial da Primeira Emenda seria exatamente proteger a expressão contra esse tipo de disciplina legal por conteúdo. A censura poderia ser permitida ocasionalmente quando tivesse o objetivo de proibir as formas de expressão imediatamente perigosas, ou as que são especiais e desnecessariamente inconvenientes. Porém, não se deveria censurar nada com o pretexto de a mensagem veiculada ser má ou de expressar idéias que não devem ser ouvidas de modo algum.

²⁶⁷ Entre os principais expoentes da concepção libertária da liberdade de expressão, se encontra RONALD DWORKIN, defensor de uma liberdade negativa, de não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja, e de uma liberdade positiva, relacionada ao poder de participar das decisões públicas e controlá-las, inclusive decidir o quanto se deve restringir a liberdade negativa. Especificamente no campo da pornografia, aduz o autor: "(...) A pornografia, muitas vezes, é grotescamente ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não pode ser aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressões heróicas, mas também as de mau gosto (...). Mesmo que se pudesse demonstrar que a pornografia, como causa, é parcialmente responsável por uma estrutura econômica na qual poucas mulheres chegam a posições profissionais de responsabilidade ou recebem o mesmo salário pelo mesmo trabalho feito por homens, isso, pela Constituição, não justificaria a censura (...). DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Op. cit., pp. 351 – 353. Para DWORKIN, adepto de uma corrente denominada substancialista, os magistrados deveriam fundamentar suas decisões independentemente de suas concepções morais pessoais. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248. Leia-se, no mesmo sentido, POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

Sob o ponto de vista jurídico, três fundamentos poderiam ser extraídos do sistema constitucional norte-americano para ratificar tal concepção²⁶⁸: (i) em primeiro lugar, em meio à tradição cultural, uma valorização maior da liberdade, em detrimento de outros interesses constitucionais (*right to liberty*); (ii) uma desconfiança em relação a uma postura do Estado, que deveria ser absolutamente neutra em matéria de discurso e religião; (iii) terciariamente, o fato de não se admitir, de forma irrestrita, uma vinculação dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, motivo pelo qual eventual intolerância discursiva deveria abranger somente autoridades públicas e não os particulares²⁶⁹.

Nada obstante, certo é que, a despeito de não se afigurar viável o banimento da pornografia, conforme pretendido por concepção mais radical, haveria de se indagar se todas as espécies de tal modalidade discursiva estariam ou não escoradas pelo(s) texto(s) constitucional(is). A vasta experiência norte-americana serve de apoio para a busca de uma resposta.

Pois bem. Salvo posicionamento defendido por uma corrente doutrinária minoritária, que eleva a Primeira Emenda a um caráter absoluto²⁷⁰, o pensamento dominante na jurisprudência americana preconiza a possibilidade de imposição de limitações à liberdade de expressão, notadamente no que se refere discurso pornográfico. Ao largo de toda a controvérsia que reveste a abrangência ou não de atos de conotação sexual pela Constituição, se identifica um notável esforço da Suprema Corte em definir quais condutas seriam passíveis de regulação estatal.

Existe, contudo, razoável consenso no sentido de que a imputação de restrições, por parte do Poder Público, ao acesso a mensagens pornográficas, deve obedecer a

²⁶⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. “A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 217 – 218.

²⁶⁹ V. TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988, pp. 1688 e seguintes.

²⁷⁰ Essa a posição sustentada pelo Justice HUGO BLACK, indicado para a Suprema Corte em 1937 pelo então Presidente Franklin Roosevelt. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 143 – 148.

uma razoabilidade mínima, sob pena de acarretar uma indevida ingerência estatal na liberdade de escolha, na esfera comunicativa, inerente a cada cidadão²⁷¹.

A difícil tarefa consiste exatamente em definir, com um mínimo de racionalidade, quais atos pornográficos estariam abrigados pela Primeira Emenda. Em outras palavras, sendo a pornografia um gênero, haveria de se investigar quais espécies poderia ser reguladas – restringidas ou banidas – pelas autoridades governamentais.

A despeito da grande variedade de decisões judiciais acerca do tema, dois precedentes da Suprema Corte, em especial, são dignos de realce, não somente pelo importante aspecto histórico, mas também pelo papel que desempenham até a presente data na jurisprudência constitucional.

O primeiro julgado marcante sobre o assunto remonta ao julgamento de *Roth versus United States*²⁷², proferida em 1957. O caso envolvia a condenação de indivíduo condenado pela elaboração de obra de conteúdo obsceno, com base em legislação estadual da Califórnia, que tornava contravenção a venda ou publicidade de material lascivo ou indecente. Em decisão que se tornou célebre, a Suprema Corte veio a entender que o discurso obsceno não estaria inserido no espaço de liberdade constitucionalmente assegurado pela Primeira Emenda. Ao criar um “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*) de conduta qualificada como anti-social, não haveria de se cogitar em violação, por parte da norma atacada, de qualquer garantia constitucional do cidadão²⁷³.

²⁷¹ Assinala-se, nesse particular, voto do *Justice* Frankfurter no julgamento de *Butler versus Michigan* - 352 U.S. 380 (1957) – que, em ácida crítica às limitações impostas à pornografia, afirma não se poder reduzir a população a ler somente material infantil. No original: “(...) We have before us legislation not reasonably restricted to the evil with which it is said to deal. The incidence of this enactment is to reduce the adult population of Michigan to reading only what is fit for children. It thereby arbitrarily curtails one of those liberties of the individual, now enshrined in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, that history has attested as the indispensable conditions for the maintenance and progress of a free society (...)”.

²⁷² 354 U.S. 476 (1957).

²⁷³ Confira-se trecho capital da decisão, *in verbis*: “(...) Obscenity is not within the area of constitutionally protected freedom of speech or press - either (1) under the First Amendment, as to the Federal Government, or (2) under the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, as to the States. (a) In the light of history, it is apparent that the unconditional phrasing of the First Amendment was not intended to protect every utterance. (b) The protection given speech and press was fashioned to assure unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people. (c) All ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, controversial ideas, even idead hatefull to the prevailing climate of opinion – have the full protection of the guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited

Na visão da Corte, portanto, a Primeira Emenda não teria a pretensão de proteger qualquer enunciado, de tal forma que tornar-se-ia imperioso estabelecer uma distinção entre mensagens obscenas (fora da esfera de proteção constitucional) e as meramente indecentes (passíveis de proteção). Segundo o teste constitucional *Roth*, uma obra seria obscena se: (a) o tema dominante do material, considerado em sua totalidade, apela a um interesse mórbido pelo sexo; (b) o material for claramente ofensivo por afrontar os padrões contemporâneos da comunidade relativos à descrição ou representação de temas sexuais; e (c) o material for totalmente desprovido de um valor social que possa redimi-lo²⁷⁴.

A posição encampada pela Suprema Corte seria reiteradamente observada ao longo da história, tendo sido firmado o entendimento de que, com base em princípios de decência, o discurso obsceno – distintamente do indecente – poderia ser restringido em sua totalidade²⁷⁵.

O segundo julgado de extrema importância sobre o tema remonta ao precedente *Miller versus California*, apreciado em 1973²⁷⁶. Versava-se, em síntese, sobre a condenação de cidadão, com base em uma legislação estadual da Califórnia (Código Penal), acusado de promover uma campanha de distribuição em massa de material de conteúdo adulto. Reconhecendo-se o interesse legítimo estatal em proibir a divulgação de mensagens obscenas, em especial no caso de ofensa significativa à sensibilidade dos destinatários que

area of more important interests; but implicit in the history of the First Amendment is the reflection of obscenity as utterly without redeeming social importance (...)."

²⁷⁴ Tradução obtida em DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 395. No original da decisão: "(a) Sex and obscenity are not synonymous. Obscene material is material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest - i. e., material having a tendency to excite lustful thoughts; (b) It is vital that the standards for judging obscenity safeguard the protection of freedom of speech and press for material which does not treat sex in a manner appealing to prurient interest; (c) The standard for judging obscenity, adequate to withstand the charge of constitutional infirmity, is whether, to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material, taken as a whole, appeals to prurient interest; (d) In these cases, both trial courts sufficiently followed the proper standard and used the proper definition of obscenity".

²⁷⁵ Essa a posição também consagrada, à mesma época do Caso *Roth*, no julgamento de *Kingsley Books Inc. versus Brown* - 354 U.S. 436 (1957). Nos termos do voto do Justice Frankfurter, *verbis*: "(...) In an unbroken series of cases extending over a long stretch of this Court's history, it has been accepted as a postulate that "the primary requirements of decency may be enforced against obscene publications." And so our starting point is that New York can constitutionally convict appellants of keeping for sale the booklets incontestably found to be obscene (...)."

²⁷⁶ 413 U.S. 15 (1973).

não as desejassem, a Suprema Corte foi instada a definir os parâmetros a serem utilizados para a identificação do que pode ou não ser regulado pelo Poder Público, sem que haja violação ao comando da Primeira Emenda²⁷⁷.

Nesse passo, as diretrizes básicas a serem manejadas pelo julgador de fato devem ter em consideração, segundo uma pessoa média que aplique os padrões da comunidade contemporânea: (i) se aquele trabalho, como um todo, apela para o interesse lascivo; (ii) se o trabalho representa ou descreve, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especialmente definida pela lei estatal aplicável; (iii) se o trabalho, tomado como um todo, carece de sérios valores literários, artísticos, políticos ou científicos²⁷⁸.

Importa sublinhar: ocorrendo alguns desses pressupostos – denominado “*Miller Test*”-, o discurso passaria a ser considerado obsceno e, por conseguinte, fora do espectro de proteção constitucional²⁷⁹. Para a maioria da Corte, não se poderia, portanto, “*equiparar o mercado livre de ideias (marketplace of ideas), tantas vezes invocado pela*

²⁷⁷ Nos termos da decisão, sexo e nudez não poderiam ser explorados de forma ilimitada em filmes ou imagens expostas em locais de acomodação pública. Para merecer a proteção da Primeira Emenda, a descrição da conduta sexual deve conter um sério valor literário, artístico, político ou científico. Seria o caso, por exemplo, de livros de medicina contendo ilustrações gráficas e descrições de anatomia humana. No original: “(...) Sex and nudity may not be exploited without limit by films or pictures exhibited or sold in places of public accommodation any more than live sex and nudity can be exhibited or sold without limit in such public places. At a minimum, prurient, patently offensive depiction or description of sexual conduct must have serious literary, artistic, political, or scientific value to merit First Amendment protection. For example, medical books for the education of physicians and related personnel necessarily use graphic illustrations and descriptions of human anatomy. ¶ In resolving the inevitably sensitive questions of fact and law, we must continue to rely on the jury system, accompanied by the safeguards that judges, rules of evidence, presumption of innocence, and other protective features provide, as we do with rape, murder, and a host of other offenses against society and its individual members (...).”

²⁷⁸ No original: “(...)The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law, and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary (...).”

²⁷⁹ Nos termos do voto do *Justice Brennan*, *verbis*: “(...) All ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion – have the full protection of the [First Amendment] guaranties, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests. But implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance(...).”

*concepção libertária, com a exploração comercial de material obsceno, sob pena de se aviltar os propósitos da Primeira Emenda em sua luta histórica pela liberdade*²⁸⁰.

Resta saber, no entanto, quais fundamentos ou bens constitucionais seriam suficientes para justificar uma restrição ao discurso pornográfico. Confira-se, a seguir.

Um dos principais fundamentos para a imposição, por parte da Suprema Corte Americana, das maiores limitações à liberdade discursiva supostamente abrangida pela Primeira Emenda, tem como norte a proteção de crianças em face de atos de conotação sexual.

Com relação à difusão de mensagens via rádio ou televisão, segundo a jurisprudência constitucional norte-americana, o direito de informação do telespectador se cingiria às finalidades e propostas estampadas na Constituição, de tal forma que programas com conteúdo obsceno ou indecente poderiam ser regulados pelo Poder Público, notadamente quando o objetivo fosse proteger a indevida exposição de imagens a crianças e adolescentes²⁸¹. Alguns julgados demonstram tal concepção.

No julgamento de *FCC versus Pacifica Foundation*²⁸², a Corte admitiu a validade de regulação da informação em casos de “indecência”, “descrição de atividades sexuais e excretoras em uma maneira patentemente ofensiva” e “quando existisse um risco razoável de que crianças pudessem estar assistindo aos programas”. A regulação permitida, entretanto, não poderia implicar o banimento do discurso, sob pena de violação de um direito à privacidade²⁸³.

²⁸⁰ No original: “(...) to equate the free and robust exchange of ideas and political debate with commercial exploitation of obscene material demeans the grand conception of the First Amendment and its high purposes in the historic struggle for freedom (...)”.

²⁸¹ Convém frisar que desde o julgamento de *Sable Communications of California Inc. versus FCC* (492 U.S. 115 (1989)), a Suprema Corte passou a entender, no que se refere às restrições impostas ao *free speech*, que a obscenidade não estaria protegida sob o manto da liberdade de expressão, ao passo que discursos indecentes – que não chegam ao nível de obscenidade – se encontrariam abrigados pela Primeira Emenda. V. BERMAN, Jerry. WEITZNER, Daniel. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. In: *Yale Law Journal* 1619, 1995, pp. 1619 – 1637.

²⁸² 438 U.S. 726 (1978).

²⁸³ V. HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 948: “(...) In *FCC v. Pacific Foundation* (1978), the Supreme Court permitted the regulation of broadcast indecency under a different rationale. The Court said the Federal Communications

A decisão retrata dois interessantes fundamentos contrapostos para a limitação ou proteção da liberdade de expressão. Em primeiro plano, poder-se-ia, segundo a Suprema Corte, regular a informação na esfera comunicativa, tendo em conta a potencialidade do órgão difusor da mensagem. Nesse sentido, devido à imensa capacidade de transmissão e alcance de destinatários de emissoras de rádio e televisão, discursos indecentes, com palavras de baixo calão (*dirty words*), poderiam ser limitados com base em uma proteção à criança²⁸⁴.

Por outro lado, em segundo plano, apesar de se admitir a limitação da liberdade de expressão em circunstâncias específicas, tais restrições deveriam ser mantidas a um “mínimo absoluto”²⁸⁵, a fim de se preservar não somente valores contidos expressamente na Primeira Emenda, mas também outros direitos constitucionais implícitos, como a privacidade (*right of privacy*)²⁸⁶.

Comission colud regulate the depiction or description of sexual and excretory activities in a manner patently offensive to the broadcast audience when there is a reasonable risk that children may be watching or listening. The Court said broadcast indecency such as the repetitious use of so-called dirty words could be regulated, but not banned, because broadcast signals intrude into the privacy of the home. In addition, children too young to read might inadvertently be exposed to indecent broadcast programming (...).”

²⁸⁴ V. BERMAN, Jerry. WEITZNER, Daniel. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. Op. cit.: “(...) *Pacifica* upheld the FCC regulations based on the dual finding that: (1) radio has a “uniquely pervasive presence” that intruded – dirty words and all – into peoples homes; and (2) the only way to Project children from exposure to objectionable content was to keep it off the air altogether. Tus, the Court relied on a key architectural characteristic of the broadcast medium – lack of user control over content – to justify intrusive content regulation (...)”.

²⁸⁵ Ibidem: “(...) Though there are circumstances in which restrictions on expression are permissible, in general First Amendment values are best served when such restrictions are kept to an absolute minimum (...)”.

²⁸⁶ Em se tratando de liberdade sexual, há de estabelecer uma distinção entre atos praticados ou veiculados na esfera pública, como a informação transmitida por meios de comunicação de massa, e atos cometidos na esfera privada. No segundo caso, naturalmente, a liberdade individual estará revestida de maior peso, justamente em razão do direito à privacidade, implicitamente previsto na Constituição Americana. Interessante decisão da Suprema Corte ilustra a questão. No julgamento de *Lawrence versus Texas* (2003), a Corte declarou a inconstitucionalidade de legislação estadual do Texas que criminalizava a relação sexual entre pessoas do mesmo sexo. Superando precedente firmado no julgamento de *Bowers versus Hardwicks* (478 U.S. 186, 1986), onde se havia validado lei estadual da Georgia que criminalizava a sodomia, veio a se entender que a liberdade sexual entre pessoas do mesmo sexo seria um aspecto legítimo e intrínseco ao direito de liberdade (*right to liberty*). Refutou-se, assim, arcaica concepção anti-libertária que enxergava as relações homossexuais como uma conduta atentatória aos padrões de moralidade e bons costumes. Ao ângulo do devido processo legal substantivo (*due process of law*), não haveria, na esteira do voto condutor do Justice Kennedy, qualquer interesse governamental que justificasse a necessidade de uma restrição à liberdade sexual em tal hipótese. V., acerca do tema, comentários de MARCO VIZZINI sobre o direito à liberdade e presunção de constitucionalidade. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*, volume 6, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 290 – 298. Uma crítica ao caso *Bowers* pode ser encontrada em TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 69 – 70.

A controvérsia em torno da possibilidade de regulação do discurso pornográfico ganharia contornos distintos em decisões mais recentes da Corte, quando em foco a discussão acerca da validade de atos normativos (*Protector Acts*) com o objetivo de proteger crianças de mensagens de sexo explícito. A trajetória jurisprudencial sobre o tema traduz uma evidente evolução de uma visão libertária – contrária à restrição do discurso – para uma concepção que prestigia opções do legislador infraconstitucional.

Uma pioneira tentativa de proteger crianças de mensagens pornográficas se deu com a edição do *Communications Decency Act (CDA)*, editado pelo Congresso Nacional em 1996. A norma representava uma intenção governamental de reduzir o acesso infantil, via internet, de serviços de conteúdo explícito adulto. O Judiciário veio a se manifestar sobre a medida ano mais tarde, no julgamento de *American Civil Liberties Union (ACLU) versus Janet Reno*²⁸⁷. Na ocasião, a Corte Distrital Federal da Filadélfia, uma vez provocada por uma variedade de cinquenta e sete organizações (entre as quais a Microsoft), invalidou texto da referida legislação, ao argumento de que o território livre da internet deveria ser ainda mais protegido do que a imprensa escrita, não cabendo ao governo interromper qualquer conversa no espaço virtual²⁸⁸. Debruçando-se sobre a questão, a Suprema Corte, posteriormente, ratificou a inconstitucionalidade da norma, aduzindo que as limitações impostas aos meios de comunicação tradicionais não seriam aplicáveis à internet²⁸⁹. Sublinhou-se, ademais, que o

²⁸⁷ 521 U.S. 844 (1997).

²⁸⁸ A conclusão do voto do *District Justice Dalzell* bem resume o ponto, *in verbis*: “(...) Cutting through the acronyms and argot that littered the hearing testimony, the Internet may fairly be regarded as a never-ending worldwide conversation. The Government may not, through the CDA, interrupt that conversation. As the most participatory form of mass speech yet developed, the Internet deserves the highest protection from governmental intrusion (...). For these reasons, I without hesitation hold that the CDA is unconstitutional on this face (...)”.

²⁸⁹ HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, Op. cit., p. 948: “(...) The Supreme Court, in *Reno v. ACLU* (1997), said the Internet should be freer from governmental supervision than either broadcasting or cable, and treated more like the print media. In striking down as unconstitutional the Communications Decency Act, restricting indecency on the Internet, the Court said that Internet users were less likely to run into objectionable materials by accident than they would by listening to radio. In addition, the Internet did not have the same physical limitations as broadcast and cable (...)”. Confira-se, a propósito, trecho capital da decisão, *in verbis*: “(...) The CDA lacks the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech. Although the Government has an interest in protecting children from potentially harmful materials, the CDA pursues that interest by suppressing a large amount of speech that adults have a constitutional right to send and receive. Its breadth is wholly unprecedented. The CDA's burden on adult speech is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the Act's legitimate purposes. The Government has not proved otherwise. On the other hand, the District Court found that currently available user based software suggests that a reasonably effective method by which parents can prevent their children from accessing material which the parents believe is inappropriate will soon be widely available. Moreover, the arguments in this Court referred to possible alternatives such as requiring that indecent material be "tagged" to facilitate parental control, making exceptions for messages with artistic or educational value, providing some tolerance for parental choice, and regulating some portions of the

total banimento de mensagens de pornografia extrema (*extreme hardcore pornography*) aniquilaria um direito de informação de adultos em receber mensagens cobertas pela liberdade de expressão²⁹⁰.

Outra marcante decisão da Suprema Corte, proferida poucos anos depois, representaria um golpe no esforço do Estado em proteger crianças de condutas pornográficas. No julgamento de *Ashcroft versus Free Speech Coalition*²⁹¹, a Corte declarou a inconstitucionalidade de legislação – *Child Pornography Prevention Act* (de 1996) – proibindo menores que estivessem aparentemente engajados em atos sexualmente explícitos. Entendeu-se que não havia, no caso em tela, um interesse suficiente para a restrição da liberdade discursiva, haja vista a impossibilidade de se estabelecer uma conexão entre a pornografia infantil e o abuso sexual de pessoas jovens²⁹².

Os precedentes supracitados traduzem um fracasso inicial do Poder Público – em especial, do Poder Legislativo - em impor uma regulação no espaço cibernético norte-americano. Em um primeiro momento, pode-se afirmar que, ao menos na esfera virtual, a edição de legislação com o intuito de limitar o acesso a vídeos de conotação sexual seria, segundo a Suprema Corte, incompatível com os propósitos da Primeira Emenda²⁹³.

Anos depois, contudo, a Corte veio a reformular a concepção libertária adotada no caso *ACLU versus Reno*. Assim que, em um segundo momento, no julgamento de

Internet differently than others. Particularly in the light of the absence of any detailed congressional findings, or even hearings addressing the CDA's special problems, the Court is persuaded that the CDA is not narrowly tailored (...)"

²⁹⁰ BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 362: "(...) Some types of extreme hard-core pornography may constitutionally be outlawed by the states or the federal government. But it will be very difficult for them to ban, or even to restrict the distribution of, less objectionable matter, given the strong protection afforded to the exercise of speech rights. For instance, the Court held unconstitutional two provisions of the Communications Decency Act of 1996 which banned the sending of indecent messages on the Internet to recipients under eighteen years old or the sending and display of patently offensive messages to them. Though intended to protect children and young persons, the ban inevitably limited the freedom of adults to transmit and receive messages fully covered by freedom of speech (...)"

²⁹¹ 535 U.S. 234 (2002).

²⁹² BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 377.

²⁹³ V., sobre o tema, SUNSTEIN, Cass. The First Amendment in Cyberspace. In: *Yale Law Journal* 1757, 1995, pp. 1781 – 1804.

*United States versus American Library Association*²⁹⁴, em 2003, se declarou a constitucionalidade de estatuto federal que obrigava escolas a usar programas de filtros (*filtering software*) em computadores, com a finalidade de proteger crianças de imagens de sexo explícito. Entendeu-se, por uma maioria de seis votos a três, que a redução de subsídios federais a bibliotecas que não utilizassem os filtros seria, em verdade, um exercício válido do poder do Congresso, o que não implicaria uma violação da Primeira Emenda²⁹⁵.

Recentemente, no que se pode afirmar como um terceiro momento, a Suprema Corte veio a enfrentar novamente a intrincada controvérsia envolvendo o *free speech* e a pornografia. Em dissonância de precedente anterior, em que restou consignado que a mera posse de material obsceno, mantido na privacidade do lar, não justificaria uma regulação estatal²⁹⁶, se abriu a oportunidade para a avaliação de constitucionalidade de legislação federal (*Protector Act*) que visava à coibição de difusão de imagens – reais ou por meio cibernético - de sexo explícito contendo crianças, criminalizando diversas condutas em tal sentido.

Nesse passo, no julgamento de *Williams versus United States*, realizado em 19 de maio de 2008, a Suprema Corte manteve a condenação imposta em instância inferior a Michael Williams, cidadão acusado de promover a pornografia infantil. Corroborando o entendimento de que a Primeira Emenda não protegeria duas espécies de discurso, quais

²⁹⁴ 539 U.S. 194 (2003).

²⁹⁵ HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, Op. cit., p. 948. Pedu-se vênua para transcrever trecho do voto condutor do *Chief Justice Rehnquist*: “(...) CIPA does not impose an unconstitutional condition on libraries that receive E-rate and LSTA subsidies by requiring them, as a condition on that receipt, to surrender their First Amendment right to provide the public with access to constitutionally protected speech. Assuming that appellees may assert an “unconstitutional conditions” claim, that claim would fail on the merits. When the Government appropriates public funds to establish a program, it is entitled to broadly define that program’s limits. As in *Rust*, the Government here is not denying a benefit to anyone, but is instead simply insisting that public funds be spent for the purpose for which they are authorized: helping public libraries fulfill their traditional role of obtaining material of requisite and appropriate quality for educational and informational purposes. Especially because public libraries have traditionally excluded pornographic material from their other collections, Congress could reasonably impose a parallel limitation on its Internet assistance programs (....)”.

²⁹⁶ Trata-se de orientação firmada no precedente *Stanley versus Georgia*, 394 U.S. 557, 568 (1969), onde se registrou que o *Miller Test* não seria aplicável à esfera privada, razão pela qual o simples ato de se possuir material obsceno dentro do lar consistiria em atitude abrangida pela Primeira Emenda. V. CRS Report for Congress, *Child Pornography: Constitutional Principles and Federal Statutes*, Updated October 15, 2003. Segundo a Corte: “(...) Whatever may be the justifications for other statutes regulating obscenity, we do not think they reach into the privacy of one’s own home. If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his house, what books he may read or what films he may watch (...)”.

sejam, o discurso obsceno e a pornografia infantil²⁹⁷, se considerou que, primeiramente, a legislação atacada não era demasiadamente vaga, se adequando, portanto, à cláusula do Devido Processo Legal (*Due Process of Law*) estampada na Quinta Emenda. Além disso, para a Corte, o ato de possuir, favorecer ou promover pornografia infantil, seria um discurso não protegido pela Constituição²⁹⁸. Frise-se que, consoante orientação jurisprudencial da Corte, no caso em apreço, não haveria de se utilizar o *Miller Test*, anteriormente mencionado.

Todas as decisões acima descritas estampam a problemática que cerca o conflito em torno da validade de um “direito de informação de adultos” em ter acesso a qualquer material – impresso ou virtual -, inclusive pornográfico. Conclui-se, pelos julgados colacionados, uma tendência atual da jurisprudência constitucional em conceder uma “dimensão de peso” mais acentuada ao interesse contraposto (*compelling interest*) em tais hipóteses, ou seja, o “direito de pais e da comunidade em proteger crianças de material obsceno”²⁹⁹.

Todavia, na tentativa de se permitir uma regulação do Poder Público em casos de discurso pornográfico, alguns pontos merecem ser observados. Assim que, para a declaração de constitucionalidade de atos limitadores da liberdade de expressão (*free speech*) em tal hipótese, deve-se:

²⁹⁷ CRS Report for Congress, *Child Pornography: Constitutional Principles and Federal Statutes*. Op. cit.: “(...) In general, the First Amendment protects pornography, with this term being used to mean any erotic material. The Supreme Court, however, has held that the First Amendment does not protect two types of pornography: obscenity and child pornography. Consequently, they may be banned on the basis of their content, and federal law prohibits the mailing of child pornography as well as its transport or receipt in interstate or foreign commerce by any means, including by computer (...)”.

²⁹⁸ Observe-se a síntese conclusiva do coto condutor do *Justice Scalia*, *in verbis*: “(...) Child pornography harms and debases the most defenseless of our citizens. Both the State and Federal Governments have sought to suppress it for many years, only to find it proliferating through the new medium of the Internet. This Court held unconstitutional Congress’s previous attempt to meet this new threat, and Congress responded with a carefully crafted attempt to eliminate the First Amendment problems we identified. As far as the provision at issue in this case is concerned, that effort was successful (...)”.

²⁹⁹ HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity*. Op. cit., p. 205: “(...) From a liberal humanist perspective, the problem is one of reconciling competing claims: the rights of adults to view pronography, on one hand, and the rights of parents and the community to shield children from such material, on the other. Resolving this problem calls for a careful consideration of the nature and value of the rights on both sides, as well as of the alternative ways in which each interest can be satisfied (...)”.

(i) utilizar o meio menos restritivo para os demais cidadãos, sob pena de esvaziamento do “mínimo absoluto” da esfera discursiva (equivalente, *mutatis mutandis*, no teste da proporcionalidade, ao subprincípio da exigibilidade);

(ii) em caso de edição de leis e atos normativos, se evitar o uso de locuções vagas (*vagueness*) ou demasiadamente amplas, a fim de não se desviar dos objetivos da Primeira Emenda;

(iii) no processo de ponderação (*balancing*), proceder a uma avaliação dos interesses em conflito, se conferindo uma preferência - em tese - à proteção de menores (*children shield*), em casos de discursos obscenos e atos de pornografia infantil (independentemente do *Miller Test*), ainda que cometidos na esfera privada³⁰⁰.

2.5. Limites à Liberdade Discursiva no Sistema Constitucional Brasileiro. Os Valores Éticos e Sociais da Família e a Proteção à Infância e Adolescência.

Cumpre, nessa quadra da exposição, investigar se as mesmas limitações impostas ao discurso pornográfico nos Estados Unidos da América devem ser aplicadas no modelo constitucional brasileiro. Ou, em outros termos, qual deve(ria) ser o tratamento conferido a essa espécie de discurso no âmbito nacional, à luz dos dispositivos da Carta de 1988 pertinentes à matéria.

³⁰⁰ Essa a posição consagrada no julgamento de *New York versus Ferber* - 458 U.S. 747 (1982) -, em que se destaca trecho do voto condutor do *Justice White*, *in verbis*: “(...) (a) The States are entitled to greater leeway in the regulation of pornographic depictions of children for the following reasons: (1) the legislative judgment that the use of children as subjects of pornographic materials is harmful to the physiological, emotional, and mental health of the child, easily passes muster under the First Amendment; (2) the standard of *Miller v. California*, for determining what is legally obscene is not a satisfactory solution to the child pornography problem; (3) the advertising and selling of child pornography provide an economic motive for and are thus an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the Nation; (4) the value of permitting live performances and photographic reproductions of children engaged in lewd exhibitions is exceedingly modest, if not de minimis; and (5) recognizing and classifying child pornography as a category of material outside the First Amendment's protection is not incompatible with this Court's decisions dealing with what speech is unprotected. When a definable class of material, such as that covered by the New York statute, bears so heavily and pervasively on the welfare of children engaged in its production, the balance of competing interests is clearly struck, and it is permissible to consider these materials as without the First Amendment's protection (...)”.

Adianta-se, desde já, que não existe, no cenário brasileiro, vasta discussão acerca do assunto. Apesar de muito já se ter escrito a respeito de princípios constitucionais - como a dignidade da pessoa humana e proporcionalidade -, poucas são as obras acadêmicas dedicadas especificamente à questão da pornografia³⁰¹. Em sede jurisprudencial, as decisões judiciais que tangenciam o tema versam quase sempre sobre pleitos de indenização por dano moral ou à imagem, que escapam ao objetivo precípuo do presente trabalho. No entanto, ainda assim se revela possível tecer breves considerações que hão de servir de norte para discussões mais profundas que certamente devem eclodir.

Inicialmente, é possível se fazer uma aproximação do regime constitucional brasileiro aplicável ao setor comunicativo com a jurisprudência formada no âmbito da Suprema Corte Americana. De modo geral, a mesma liberdade (*right to liberty*) defendida pela esmagadora doutrina norte-americana encontra paralelo no cenário brasileiro. Como tantas vezes já afirmado, a regra é a liberdade de expressão, a ser regida por um “princípio de incensurabilidade”, ratificado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130). As exceções à liberdade discursiva, por sua vez, devem derivar de autorização expressa do texto constitucional.

De tal premissa teórica deriva a primeira observação atinente ao tema em debate. Na esteira do pensamento dominante americano, em virtude de uma “posição preferencial” da liberdade de expressão, não se afigura válido, também no Brasil, o banimento total do discurso pornográfico pelo Poder Público³⁰². Embora se possa, em nossa concepção,

³⁰¹ Com supedâneo no sistema constitucional norte-americano, o debate em torno da liberdade de expressão no Brasil começa a ultrapassar a fronteira do Direito Civil-Constitucional, em que se discutia tão-somente conflitos aparentes entre bens de personalidade, passando-se a examinar limites estabelecidos por outros interesses constitucionais. Controvérsias acerca de discursos com maior potencialidade de ofensa à dignidade da pessoa humana - *e.g.*, o chamado discurso do ódio (*hate speech*) - já chegaram, recentemente, ao Supremo Tribunal Federal. Pouco se tem caminhado, entretanto, na delimitação de parâmetros que possam conferir maior carga de racionalidade nas decisões judiciais, que se cingem somente a uma mera aplicação da técnica da ponderação de interesses.

³⁰² Não há como se sustentar, sob o manto de um abuso do exercício da liberdade de expressão, um cerceamento definitivo do discurso pornográfico. Apesar de não ter enfrentado diretamente o tema, é possível se extrair tal conclusão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF nº 130, em que se invalidou por completo a aplicação da “Lei de Imprensa”. Confira-se, a propósito, trecho da ementa, que pode ser relacionado ao caso vertente: “(...) AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das

enquadrá-lo como um discurso “não relevante”, situado em uma “zona cinzenta”, logo, com “dimensão de peso” reduzida em relação a outras formas de expressão, se entende que tal ideia acarretaria uma violação à regra geral de liberdade de informação (do emissor da mensagem), ao direito de informação (dos leitores e espectadores, destinatários da mensagem) e, do ponto de vista instrumental, ao princípio da proporcionalidade, notadamente no que se refere ao subprincípio da “proibição do excesso”.

Significa dizer, a despeito da existência de interesses constitucionais (*compelling interests*) hábeis a anular a posição *prima facie* da liberdade de discurso, na ocorrência de conflitos entre normas constitucionais, se pode adotar meios menos gravosos às liberdades acima enumeradas, preservando-se um “conteúdo essencialmente protegido” a elas inerentes.

Uma nota preliminar, todavia, é digna de registro. Da mesma forma que o pensamento encampado na esfera britânica pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), se sustenta que, no caso brasileiro, apesar de essencialmente protegido pelo princípio da livre manifestação do pensamento, disposto no inciso IV, do artigo 5º, da Lei Maior, o discurso pornográfico possui certamente uma carga axiológica menor que outras formas de expressão³⁰³. Não se pode, em um processo de ponderação de bens, conferir à pornografia o mesmo tratamento reservado ao discurso político, religioso ou científico (consensualmente classificados como “notoriamente relevantes”). Como já visto oportunamente, existe, entre tais espécies, uma diferença abissal de relevância e afinidade com os valores fundamentais da Carta de 1988, que não pode ser desprezada pelo intérprete.

Efetuada tal observação, haveria, então, de se delimitar quais subespécies do discurso pornográfico poderiam sofrer restrições com base no texto constitucional. Aproveitando-se da concepção americana, pode-se classificar a “pornografia” como um gênero, cujas espécies seriam a “obscenidade” e a “indecência”. Utilizando-se o *Miller Test*, o discurso indecente, embora moralmente reprovável para grande parcela da sociedade, estaria

informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de “plena” (§ 1 do art. 220) (...).”

³⁰³ Em nossa ótica, ao lado do discurso do ódio, a pornografia seria a modalidade de expressão com menor grau de proteção constitucional (v., a respeito, *Belfast City Council versus Miss Behavin' Limited*, julgado pela *House of Lords* em 2007).

protegido pela liberdade de expressão, ao passo que o obsceno não encontraria amparo constitucional. De forma mais explícita, poder-se-ia entender como inconstitucional e, portanto, sujeito ao controle estatal, mensagens de cunho pornográfico que “apelasse para um interesse lascivo”, “descrevesse conduta sexualmente ofensiva, conforme definição em lei” ou “fosse despida de qualquer valor literário, artístico, político ou científico”.

Pois bem. Apesar de a legislação brasileira – constitucional ou infraconstitucional –, bem como a jurisprudência não definir precisamente o conceito de “obscenidade” ou “indecência”, para fins de proteção ou não do discurso, os três parâmetros acima enumerados servem, em nosso entendimento, como um interessante vetor interpretativo para a resolução de casos considerados difíceis (*hard cases*).

Assim sendo, em primeiro plano, com a finalidade de se aquilatar a validade ou não de uma opinião, mensagem ou conduta de teor pornográfico haveria de se verificar se o ato apela ou não para a lascívia, ou seja, para a luxúria. Tratando-se de uma conduta meramente libidinosa, caberia investigar, em face de um caso concreto, a existência ou não de um *animus* capaz de violar outros bens constitucionalmente protegidos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República), a “*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade*” (objetivo fundamental da República disposto no inciso IV, do artigo 3º, da Constituição Federal) ou a proteção da infância e juventude. Algumas situações enfrentadas pela Suprema Corte Americana ilustram esse primeiro *standard*, sendo de valiosa utilidade para o modelo brasileiro.

No tocante ao discurso feminista, abordado linhas atrás, poder-se-ia adotar posição diversa da consolidada na jurisprudência americana. Uma vez evidenciada, mediante análise de mensagem pornográfica (livro, vídeo, etc) uma lesão de grave intensidade à dignidade humana da mulher (por exemplo, uma exposição em situações vexatórias ou degradantes), se afiguraria viável a proibição da divulgação do discurso (sempre que possível, através de sanção *a posteriori*). Nesse caso, em um processo de ponderação de bens, a posição *prima facie* da liberdade de expressão seria facilmente “anulada” por outros interesses relevantes (*compelling interests*), como a isonomia e a proibição de “não discriminação” preceituada no artigo 3º da Carta de 1988.

Notadamente em matéria de programação de rádio e televisão – aqui se inclui qualquer espécie de pornografia -, poder-se-ia, ainda, arguir uma necessidade de observância dos “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, disposto no inciso IV, do artigo 221, da Constituição da República. Por mais que se possa arguir eventual ineficácia social de tal comando constitucional, haja vista a ausência de parâmetros capazes de delimitar o seu conteúdo, não há como negar, em determinados casos concretos – *e.g.*, o discurso pornográfico -, a sua aplicabilidade.

Em outras palavras, diversamente do que se possa cogitar, a indeterminabilidade do conceito de “valor ético da família” não pode conduzir a uma total ineficácia do preceito constitucional. A uma, porque como é trivialmente sabido, não há na Constituição meros conselhos ou lições de moral, passíveis de serem descumpridos³⁰⁴; a duas, porque os denominados “conceitos indeterminados” fazem parte de todo ordenamento jurídico³⁰⁵. Extrai-se, portanto, a conclusão lógica de que, em decorrência do sistema constitucional brasileiro (que protege, ainda, ao lado da dignidade humana, direitos de personalidade), mensagens de teor obsceno podem – e devem – ser objeto de restrição. No que se refere ao conteúdo da programação de rádio e televisão, não haveria que se falar *in casu* em uma liberdade absoluta³⁰⁶.

Já no caso de envolvimento de menores em atos de conotação sexual, com lastro em uma proteção da dignidade e respeito da criança e adolescente (artigo 227 da Constituição Federal³⁰⁷), mensagens pornográficas (incluindo-se em tal hipótese tanto as

³⁰⁴ V. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 489.

³⁰⁵ V., no sentido do texto, FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 253: “(...) O inciso IV, por sua vez, tem sua aplicação dificultada por pressupor um maior detalhamento do que está contido no conceito de ‘valores éticos e sociais da pessoa e da família’. Não há, na legislação vigente, nenhuma regra que procure delimitar parâmetros mais concretos que permitissem instrumentalizar a efetividade do preceito constitucional. Seria, porém, equivocado pretender desqualificar a necessidade (ou possibilidade) de aplicação do artigo 221, IV, dado o caráter genérico e vago de seus termos, pois tal posição implicaria negar a possibilidade de o direito se valer de conceitos indeterminados. Conceitos com significativo grau de generalidade e indeterminação estão na base de todo o sistema jurídico. Não é, portanto, uma tese defensável negar qualquer possibilidade de aplicação ao dispositivo, a menos que se admitia a existência de normas constitucionais sem qualquer força normativa e a impossibilidade de o direito se valer de conceitos indeterminados (...)”.

³⁰⁶ V., nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality Shows” e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

³⁰⁷ Preceitua o caput do artigo 227 da Constituição da República: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

“obscenas” quanto as “indecentes”) deveriam ser censuradas, ainda que vistas em ambientes de privacidade³⁰⁸. Assinala-se, nesse passo, a existência de dispositivos infraconstitucionais constantes no “Estatuto da Criança e do Adolescente” (ECA - Lei nº 8.069 de 1990), que concretizam o supracitado comando constitucional³⁰⁹.

Em matéria de preservação de direitos de menores, a jurisprudência pátria tem sido bastante rígida e conservadora. Bens de personalidade são frequentemente invocados para fundamentar decisões assecuratórias da integridade moral e, sobretudo, imagem de crianças e adolescentes expostas em meios de comunicação de massa³¹⁰. De outro viés, no que se refere à delimitação e contorno de uma “moral sexual”, o que se nota é um maior espectro de permissividade por parte do Poder Judiciário, especialmente ao se buscar um “escudo de proteção de crianças” (*children shield*) de mensagens de cunho pornográfico. O

comunitária, além de colocá-los a salvo de forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³⁰⁸ Na esteira do recente entendimento firmado pela Suprema Corte, mensagens (fotos, vídeos, entre outros) pornográficas contendo menores não devem jamais ter sua circulação permitida, ainda que em ambientes restritos (como o lar) ou cibernéticos (na Internet, por exemplo). Por esse prisma, o usualmente invocado “direito de ficar sozinho” (*right to be let alone*) não seria aplicável em tal hipótese.

³⁰⁹ O artigo 17 do Estatuto, por exemplo, dispõe que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, preservando a sua imagem, identidade, autonomia, valores, idéias e crenças.

³¹⁰ Confira-se, por oportuno, ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que bem espelha a questão:

“Ação indenizatória. Dano moral. Uso indevido de imagem. Revista dirigida ao público masculino (Playboy) que publica fotografia da autora, menor de idade à época (16 anos), de costas e de biquíni, na praia, sem sua autorização. Incontroverso que a pessoa retratada é a autora, pois possível visualizar o seu rosto, de perfil. Sentença que julga procedente o pedido. Manutenção. 1- Violação a direito da personalidade. Direito de imagem. O fato de estar uma jovem na praia, local público, trajada de biquíni, e ser bela, não significa dizer que se despiu de sua intimidade, nem concedeu o direito de ser fotografada, muito menos exposta em revista de conteúdo sexual. Diferentemente, as outras mulheres fotografadas em virtude de contrato com a revista, na mesma página onde publicada a foto da autora, verdadeiramente se despiram de parcela da sua intimidade em troca da remuneração acordada. É consabido que a publicação ou utilização da imagem, salvo se autorizadas, podem ensejar tutela judicial, inibitória ou repressiva, sem prejuízo da indenização cabível quando atingida a honra ou a respeitabilidade da pessoa, ou, ainda, quando o mote for comercial. A exploração econômica da imagem, no caso, dirigiu-se a um público específico, sendo a legenda “refresco para os olhos” de acentuada sensualidade, como forma de atender ao público consumidor da revista, trazendo, assim, lucro e garantia da manutenção desse mesmo consumidor. 2- Infringência aos direitos do adolescente. O artigo 17 do ECA assegura o direito a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do menor, “abrangendo a preservação da imagem.” 3- Dano moral configurado. Tratando-se de direito á imagem, o dano está na mera utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo exigir-se a demonstração do prejuízo material ou moral. Precedentes jurisprudenciais. 4- Quantum debeat. Exemplariedade e proporcionalidade. Na fixação do dano moral há de se ter em mira os princípios norteadores do tema, impondo-se a sua manutenção. 5- Honorários advocatícios. Majoração do percentual condenatório. Artigo 20, § 3º, do CPC. 6- Apelo da parte autora parcialmente provido e desprovimento do recurso da parte ré.” (Apelação Cível nº 2006.001.32825; 7ª Câmara Cível; Relatora Des. Helda Lima Meirelles; julgada em 22 de agosto de 2006).

que se constata, ao menos nesse plano, é uma total ausência de regulação da informação por parte do Poder Público, tanto em sede de pornografia impressa (em revistas, por exemplo) quanto virtual (veiculado no “território livre” da Internet)³¹¹.

Em segundo plano, uma conduta sexualmente ofensiva, a ser definida em lei, poderia também ser taxada de inconstitucional. Nesse particular, delegar-se-ia ao legislador infraconstitucional a difícil tarefa de qualificar algo como “obsceno”. Por um lado, tal *standard* traz como benefício um prestígio e maior deferência às opções traçadas pelo Poder Legislativo, cujos membros são investidos mediante o batismo do voto popular. De outro, se transferiria para a esfera do Parlamento, muitas vezes marcado por maiorias eventuais, um excessivo poder de definir, em última análise, o “que pode ou não ser dito ou lido em matéria sexual”, o que poderia vir a se tornar perigoso precedente para a imposição de padrões morais em tênue limite para uma “censura”. Em uma sociedade plural como a brasileira, a abertura de um critério de interpretação constitucional se afiguraria mais conveniente³¹². Naturalmente, independentemente da reserva legal, caberia ao Judiciário, em

³¹¹ Julgado interessante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro serve de ilustração para a afirmativa. Apesar de o artigo 78 do ECA prever a comercialização de revistas e publicações de material impróprio ou inadequado a menores em embalagem lacrada, e o parágrafo único preceituar que as editoras devem cuidar para que capas com mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas em embalagem opaca, a jurisprudência tem afastado tal restrição legal com base em uma falta de razoabilidade. Observe-se a ementa de decisão da 3ª Câmara Cível, *in verbis*:

“Ação Civil Pública detonada pelo MP junto ao Juízo da Infância e Juventude da Comarca da Capital, com base no artigo 78 do ECA (Lei nº 8069/1990), em desfavor da empresa que edita a revista "Playboy". Interlocutório de satisfação provisória, no determinar da venda e exposição sob invólucro opaco, com "astreinte, e busca e apreensão de exemplares. Agravo de Instrumento da Ré. Efeito suspensivo concedido pelo Relator, de forma contida, após modificado, no diferir da medida até julgamento do Apelo contra a Sentença; essa proferida na acolhida da pretensão. Razão que assiste à Agravante, em imperfeita cognição, em que pese o zelo do "parquet". Moral sexual que, de tempos para cá, e por fatores que aqui dispensam comentários, passou do viés repressivo e proibitivo para o oposto, de permissivismo e libertinagem, mas que o Poder Judiciário deve encarar dentro de prisma utilitário, no correto interpretar das normas jurídicas. Leveza do conteúdo da revista, em imagens de nudez feminina e textos, no cotejo com muitas outras que são, de pleno, indecentes. Falta de razoabilidade em aplicar-se tal restrição na Cidade do Rio de Janeiro, sem extensão ao restante do Estado e, muito menos, às outras Unidades da Federação. Fato hodierno da possibilidade de sua leitura integral por crianças e jovens, no fácil manuseio de computador, através da Internet. Provimento do Recurso.” (Agravo de Instrumento nº 2002.002.01318; Relator Des. Luiz Felipe Haddad; julgado em 04 de maio de 2004).

³¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13: “(...) Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (...)”.

seu papel de intérprete qualificado das leis”, dizer com definitividade sobre a constitucionalidade ou não da medida³¹³.

Aqui cabe uma ressalva. É certo que existe vasta legislação ordinária que criminaliza diversas situações fáticas que supostamente poderiam vir a ser suscitadas como uma “expressão” protegida pela liberdade discursiva. Condutas tipificadas no Código Penal – como crimes contra honra (injúria, calúnia e difamação) e crimes contra os costumes (como o “ato obsceno”, tipificado no artigo 233) – estariam, obviamente, fora da esfera de proteção constitucional³¹⁴. A questão é: o que se fazer em casos de omissões legislativas? Poderia o Judiciário, à falta de um dispositivo legal que defina um conceito de “obscenidade”, declarar como inválida uma mensagem pornográfica? A resposta é afirmativa.

Distintamente do ordenamento norte-americano, onde prevalece uma tese da não vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas (salvo, para os adeptos da *state action*, no caso de conduta praticada por autoridade governamental), predomina na esfera jurídica brasileira a concepção que preconiza uma aplicabilidade imediata de tais direitos³¹⁵. Através da tese da eficácia direta, encampada pela doutrina majoritária e chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, permite-se ao Judiciário, na ausência de norma regulamentadora sobre o assunto, se examinar a validade ou não da medida tomada *inter privatos*, com base em princípios constitucionais. Ou seja, aplicando-se tal raciocínio à hipótese em comento, verificando o órgão julgador, em um caso concreto, uma manifesta ofensa à dignidade, isonomia ou outro princípio de semelhante estatura, efetuada com base

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167: “(...) A interpretação constitucional é atividade desenvolvida pelos três Poderes no âmbito do Estado. Idealmente, todos os órgãos públicos pautam sua conduta na conformidade da Constituição e agem na realização do bem comum. Embora se haja reservado ao Judiciário o papel de intérprete qualificado das leis, os poderes se situam em plano de recíproca igualdade, e os atos de cada um deles nascem com presunção de validade (...)”.

³¹⁴ Acórdão interessante proferido pelo Supremo Tribunal Federal envolvia a apuração de crime de ato obsceno supostamente cometido pelo diretor de teatro Gerald Thomas (Habeas Corpus 83996-RJ). Ao final de exibição de peça sob sua direção, o autor teria reagido a vaias da plateia com gesto de exposição de suas nádegas. O Tribunal, por maioria, entendeu que o ato não se encontrava no tipo penal, tendo sido trancada a ação penal. Destaca-se, nesse contexto, voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que tangenciando o tema da liberdade de expressão, identificou dois fatores no caso em foco que permitiam a não criminalização da conduta como “obscena”: (i) o local onde se praticou o ato; e (ii) o perfil do público presente.

³¹⁵ V., sobre o tema, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. Na doutrina estrangeira, leia-se CAPITANT, David. *Lês effets juridiques des droits fondamentaux em Allemagne*. Paris: L.G.D.J., 2001.

em um discurso pornográfico, seria perfeitamente legítima a imposição de limitação ao mesmo, independentemente de intermediação legislativa.

Por fim, o terceiro *standard* do *Miller Test* também é merecedor de maiores reflexões. Uma mensagem de cunho eminentemente político, a despeito de leve teor pornográfico, pode, em princípio, ser veiculada, desde que: o seu objetivo precípua esteja diretamente relacionado a alguma atividade política, de especial relevância social; não ofenda cabalmente outros interesses constitucionais mais relevantes no caso em concreto. O mesmo pode ser afirmado no que concerne, por exemplo, às obras de teor científico ou literário, onde se verifique que o objetivo imediato não seja a lascívia. Livros de Medicina, romances, ou mesmo cenas de apelo erótico têm a seu favor o princípio geral de “liberdade de informação”. Da mesma forma, no campo das artes, a liberdade de manifestação deve ser a regra e não a exceção. Não há como se imputar ao Estado a missão de impedir o que adultos devem ou não ler ou assistir, ainda que se trate de algo considerado por muitos como “indecente”, desde que, certamente, não haja patente ofensa a interesses mais relevantes no caso concreto³¹⁶.

³¹⁶ A proibição de vedação absoluta do discurso pornográfico remonta a períodos até mesmo anteriores à Carta Constitucional vigente. Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal durante o regime ditatorial passado retrata fielmente tal assertiva. Apesar de se reconhecer a livre manifestação do pensamento, era lícito ao Juiz de Menores adotar medidas que tivessem como objetivo impedir o acesso de material obsceno a menores de idade. Veja-se, a propósito, ementa de julgado de 1968, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, *in verbis*:

“Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles”. (Recurso em Mandado de Segurança 18534 / SP; data do julgamento: 01/10/1968; Órgão Julgador: Segunda Turma).

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA E PLURALISMO NA ESFERA COMUNICATIVA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1. Direito de Informação e Liberdade de Expressão nos Estados Unidos da América. A Controvérsia em Torno da “*Fairness Doctrine*”.

Já se teve a oportunidade, em capítulos anteriores, de se enaltecer a importância – normativa e axiológica - da liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano. Apoiando-se, portanto, na experiência jurisprudencial emanada da Suprema Corte no decorrer dos tempos, há de se evidenciar, nas linhas que se seguem, a importância da construção e delimitação do conteúdo do(s) direito(s) em debate tanto para os próprios cidadãos americanos como, por via de consequência, para os demais ordenamentos mundiais.

Salienta-se, desde já, que não se almeja nessa Terceira Parte aprofundar todos os temas possíveis atinentes à liberdade de expressão, o que demandaria estudos específicos mais variados, mas tão-somente sublinhar, em linhas gerais, o relevo da evolução jurisprudencial da Suprema Corte ao longo das décadas mais recentes e, especificamente para os objetivos aqui pretendidos, a intensa controvérsia – até hoje em ebulição – em torno do caráter democrático do mais importante direito fundamental previsto no texto constitucional.

Passa-se, posteriormente, a uma breve reflexão teórica acerca dos modelos alemão e francês, se indagando sobre a possibilidade de utilização, na esfera pátria, dos principais conceitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência estrangeira.

Importa, nessa quadra da exposição, tecer breves considerações sobre a Primeira Emenda (*First Amendment*), bem como ressaltar, mais uma vez, a posição preferencial (*preferred position*) exercida pela liberdade discursiva (*free speech*). Analisar-se-á, em seguida, de forma comparativa, os pontos nodais envolvendo as concepções libertária e democrática da liberdade de expressão, abordando-se as vantagens e críticas formuladas em

torno da denominada “doutrina da equidade” (*fairness doctrine*), encampada pela Suprema Corte no final da década de 1960.

No Direito Americano, conforme já exaustivamente assinalado, a liberdade de expressão encontra previsão expressa na Primeira Emenda da Carta de 1787³¹⁷. O comando normativo, examinado preliminarmente, cuida, além de uma específica liberdade de imprensa (e de outros direitos, como a liberdade de reunião pacífica e direito de petição), da liberdade religiosa, onde também é vasta a jurisprudência constitucional sobre o tema³¹⁸.

Paralelamente, com relação ao espectro de proteção dos direitos constitucionais relacionados ao *Bill of Rights*, cumpre ressaltar que, ao lado dos direitos expressos no texto constitucional, mediante moderna construção jurisprudencial, se veio a consignar, ao longo da década de 1970, a existência implícita de um direito à privacidade contido na Primeira Emenda (“*right to privacy*”)³¹⁹.

³¹⁷ Vale, novamente, reproduzir o teor do dispositivo: “O Congresso não legislará definindo uma preferência por uma religião ou proibindo-lhe o livre exercício, restringindo a liberdade de expressão, de imprensa ou o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e dirigir ao Estado petições para obter reparação de prejuízos sofridos” – tradução livre.

³¹⁸ No que concerne ao direito fundamental à liberdade de religião, dois julgamentos mais recentes merecem destaque. Primeiramente, no caso *County of Allegheny versus American Civil Liberties of Union (ACLU)*, julgado em 1989 - 492 U.S. 573 (1989) -, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da instalação de um presépio natalino na escadaria de tribunal público. Entendendo-se que o ato veicularia, em verdade, uma mensagem religiosa, haveria uma incompatibilidade da referida conduta com a cláusula “*anti-establishment*”, inserta na Constituição. Em um segundo julgado, se utilizando de semelhante fundamentação, no julgamento do caso *McCreary County versus A.C.L.U. of Kentucky*, em meados de 2005 - 125 S. Ct. 2722 (2005)-, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da afixação, em certos tribunais do Estado de Kentucky, de painéis que estampavam textos dos “Dez Mandamentos”. Afirmou-se, na ocasião, que a manutenção de documentos de caráter nitidamente religioso em tribunais ofenderia a cláusula constitucional de neutralidade religiosa. V., a propósito, FARBER, Daniel. *The First Amendment*. New York: The Foundation Press, 2003, pp. 275 – 296. V., na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. “O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado”. In. *Revista de Direito do Estado*. Volume 8. Outubro/Dezembro de 2007, pp. 75 – 90.

³¹⁹ No julgamento do caso *Roe versus Wade* - 410 U.S. 113 (1973) -, iniciado em 1971, em que se contestava a validade de legislação do Estado do Texas que proibia a prática incondicional do aborto, a Suprema Corte, na esteira do voto (*opinion*) condutor do Justice Harry Blackmun, entendeu pela garantia constitucional de uma autonomia pessoal (*personal autonomy*), insuscetível de ingerência governamental injustificável. A decisão, até hoje objeto de intenso debate, é tida como uma das mais controvertidas e importantes da história constitucional americana. V. HARTMAN, Gary R.; MERKSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. Checkmark Books, First Edition, 2006, pp. 150 – 162. Leia-se, sobre o caso, na doutrina brasileira, APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162: “(...) A questão central em *Roe v. Wade* (1973) não é de natureza moral, mas sim de natureza política. Afirmo isso a partir da consideração de que boa parte dos debates estabelecidos em torno da decisão não se restringe à discussão acerca dos limites da vida, colocando frente a frente os grupos “pró-escolha” e “pró-vida”. A partir do caso *Roe*, a Corte assumiu como sua a função de declarar (criar) direitos que se encontram implícitos na Constituição (...)”. A questão da existência de um direito à autonomia da vontade já tinha sido anteriormente aclarada no caso *Olmstead versus United States* (277 U.S. 438, 1928), em que a Corte registrou se tratar “do mais amplo e valioso direito do homem civilizado”.

Notadamente quanto ao denominado “*free speech*” (relacionado à liberdade de expressão *lato sensu*), predomina hodiernamente no cenário jurídico norte-americano a teoria da “posição preferencial” (*preferred position*), que indica resumidamente que, em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda possuiria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais, presumindo-se, desta forma, a sua legitimidade (*preferred balancing*). Assim sendo, tal liberdade somente poderia ser restringida na remota hipótese de primazia de outros valores constitucionais (*compelling interests*), devendo ser cabalmente demonstrada a necessidade de ponderação ou restringibilidade.

Nesse passo, infere-se, mediante um cotejo analítico das mais diversas decisões judiciais, que em diversos momentos a Suprema Corte veio a ratificar a tese preferencial do *free speech*, se atribuindo um peso superior ao mesmo em relação a outros interesses e direitos como, por exemplo, a reputação, respeito a símbolos pátrios e interesse público. Confira-se, a seguir.

No célebre julgamento do caso *New York Times versus Sullivan*³²⁰, que envolvia uma ponderação entre interesses conflitantes – no caso, de um lado a reputação de autoridade pública, e, de outro, a liberdade de imprensa -, a Suprema Corte deixou sublinhado que o objetivo da garantia de uma liberdade de expressão e de imprensa (*freedom of expression and press*) seria fomentar um “*robusto, aberto e livre debate público*”. Decidiu-se, na ocasião, que os agentes públicos somente teriam direito à percepção de indenização por danos à imagem se, ainda que perante informações falsas prestadas por editorial, conseguissem demonstrar que o emissor da informação teria agido com dolo real (*actual malice*) ou eventual (*reckless disregard of whether it was false or not*)³²¹.

Depreende-se do texto original: “(...) The makers of our Constitution conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive right and the right most valued by civilized men (...)”. É de se apontar, contudo, que em recente decisão da nova composição da Suprema Corte, proferida em abril de 2007, veio a se declarar a constitucionalidade da “Lei de Proibição ao Aborto com Nascimento Parcial (*Partial-Birth Abortion Ban Act*)”, que bane a prática do aborto a partir do segundo trimestre de gravidez. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20008, pp. 150 – 162.

³²⁰ 376 U.S. 254 (1964).

³²¹ Em se tratando de discursos difamatórios (*defamation speech*), a Suprema Corte Americana não se utiliza da técnica da ponderação de interesses casuística (*ad hoc balancing*) ou mesmo do já comentado standard do

Interessantes julgados da Suprema Corte também podem ser encontrados no que se refere à temática da liberdade de expressão e o respeito a símbolos pátrios. Nos Estados Unidos, o culto à bandeira (designada de “*old glory*” ou “*stars and stripes*”) remonta à tradição histórica da sociedade americana, que a concebe como verdadeiro símbolo de glória e conquista da unidade nacional. Desde o início do século XX, diversos Estados editaram legislações coibindo o uso não cívico da bandeira³²².

Pois bem. Em 1989, deparando-se com a necessidade de apreciação da validade de ato cometido por cidadão – Gregory Lee Johnson, membro da “Brigada Jovem Revolucionária Comunista” – consistente na queima da bandeira (*burning flag*), a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade do Código Penal do Estado do Texas (*Texas Penal Code*), que previa a pena de prisão e multa para a hipótese. Por maioria apertada de apenas um voto (cinco a quatro), decidiu-se que o fato de atear fogo à bandeira nacional estaria incluído na liberdade de expressão consagrada na Primeira Emenda. No caso – conhecido como *Texas versus Johnson*³²³ –, ficou assentado o entendimento de que a liberdade de manifestação de pensamento deveria prevalecer sobre uma suposta ameaça à paz pública, sendo inválida a tentativa da legislação estadual em proteger o referido símbolo pátrio³²⁴.

“perigo real e iminente” (*clear and present danger*), mas do acima mencionado critério do dolo real (*actual malice*) ou eventual. A justificativa teórica seria a extensão de imunidades desfrutadas por políticos e autoridades públicas na emissão de suas opiniões. V., nesse sentido, BARENDT, Eric. *Balancing Free Speech and Reputation*. In: “Freedom of Speech”. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 205.

³²² Especificamente na sociedade norte-americana, a bandeira nacional é considerada um objeto de respeito, a ser venerado. Nesse passo, foram várias as tentativas de se proteger tal símbolo de atos de mutilação. Nada obstante, em que pese a edição de diversos atos normativos proibindo a expressão de condutas a ela atentatórias, a Corte tem entendido pela incompatibilidade de tais normas com os objetivos da Primeira Emenda. Sobre o tema da execração da bandeira (*flag desecration*), v. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., pp. 84 – 86.

³²³ 491 U.S. 397 (1989). Uma análise detalhada do caso pode ser encontrada em GOLDSTEIN, Robert Justin. *Flag Burning and Free Speech. The Case of Texas v. Johnson*. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

³²⁴ No voto divergente do Justice Rehnquist, Ministro Presidente (*Chief of Justice*) da Suprema Corte até 2005, se aduziu que “*a queima pública da bandeira americana por Johnson não era parte essencial de nenhuma exposição de idéias e ao mesmo tempo ele (o ato) tinha uma tendência para incitar a ruptura da paz pública*”. Nada obstante, apesar da suposta ofensa cometida, fato é que a Corte se alinhou no sentido de compreender a atitude como uma manifestação de pensamento, “*significado técnico e fundamental que a Constituição lhe empresta*”. Cf. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Op. cit., pp. 170 – 171.

Um ano mais tarde, no julgamento do caso *United States versus Eichman*³²⁵, a Corte veio a ratificar a decisão anteriormente proferida. Novamente questionada legislação de proteção à bandeira – no caso vertente, uma lei federal específica (*Flag Protection Act*) -, corroborou-se, com base nos mesmos fundamentos do precedente *Texas versus Johnson*, a inconstitucionalidade da proteção legislativa à bandeira, sob a perspectiva da liberdade de expressão³²⁶.

A posição preferencial da liberdade de expressão também resta estampada nas hipóteses de colisão entre a mesma e valores como “interesse público”. Em decisão conhecida como a mais importante sobre o tema “liberdade de imprensa” (*freedom of press*), a Suprema Corte enfrentou a questão no julgamento de *New York Times Co. versus United States*, em 1971³²⁷. O precedente, popularmente difundido como “*The Pentagon Papers*”, versava sobre a possibilidade (ou não) de meio de comunicação impressa (no caso, o *New York Times*, então principal jornal do país e, posteriormente, o *Washington Post*) veicular informações com base em documentos sigilosos do Pentágono sobre a guerra do Vietnã. Após intensa disputa judicial, a Corte, por seis votos a três, decidiu pela constitucionalidade da emissão da notícia, com amparo em uma primazia da liberdade de expressão sobre um “interesse de Estado” na manutenção do sigilo de arquivos militares.

Na ocasião do julgamento, duas correntes de pensamento foram formadas: de um lado, um posicionamento liderado pelo *Chief Justice* Warren Burger entendia que a Primeira Emenda não se revestia de um caráter absoluto, sendo absolutamente possível a sua restrição em face de outros interesses constitucionais, tais como a suposta proteção da segurança nacional. Em sentido oposto, outra corrente preconizava a liberdade de imprensa como um valor fundamental, merecendo proteção em face da atuação do governo federal na espécie. Merece transcrição, por oportuno, trecho do voto (*opinion*) condutor do *Justice* Hugo Black:

³²⁵ 496 U.S. 310 (1990).

³²⁶ Também por uma maioria apertada de cinco votos a quatro, a Suprema Corte veio a considerar no caso *Eichman* que o ato de “queima da bandeira”, apesar do interesse governamental em proteger a sua integridade, estaria inevitavelmente relacionado ao *free speech*, razão pela qual não se afiguraria válida tentativa de limitação legal a conduta. V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 85.

³²⁷ 403 U.S. 713, (1971). Um exame detalhado do caso é efetuado em PRADOS, John; PORTER, Margaret Pratt. *Inside the Pentagon Papers*. Kansas: The University Press of Kansas, 2004. A obra analisa a visão da Suprema Corte em relação à liberdade de imprensa e traça uma conexão entre o Governo Nixon e o impacto do julgamento do “*Pentagon Papers*”.

(...) Na Primeira Emenda os Pais Fundadores proporcionaram à liberdade de imprensa a proteção que ela necessitava para cumprir seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa era servir os governados, não os governantes. O poder do Governo em censurá-la restou abolido de modo que ela pudesse permanecer para sempre livre para censurar o próprio governo. A imprensa foi protegida de forma que ela pudesse desnudar os segredos governamentais e, por conseguinte, informar o povo. Somente uma imprensa livre e sem restrições é capaz de efetivamente demonstrar os equívocos do governo (...) Em minha opinião, longe de merecer condenação pela sua corajosa reportagem, *The New York Times* e o *Washington Post*, e outros jornais, deveriam ser condecorados por servir aos propósitos defendidos claramente pelos Pais Fundadores. Ao revelar a atividade governamental que conduziu à guerra do Vietnã, os citados jornais atuaram de forma nobre e precisa, como os Fundadores esperavam e confiavam que eles fizessem (...)³²⁸.

Com relação à liberdade de informação – e esse é o ponto que mais diretamente se afigura interessante –, é na esfera de liberdade de imprensa que se encontra controvérsia significativa sobre os limites de interferência do Estado na esfera comunicativa. Observam-se, esquematicamente, duas concepções distintas sobre a matéria, que vivem em permanente tensão.

Uma primeira teoria, denominada “*libertária*”, defende que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Já uma segunda teoria, chamada de “*democrática*”, observa a referida Emenda como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, assim, estejam aptos a formar livremente a sua convicção³²⁹.

³²⁸ 403 U.S. 713,718. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Op. cit., pp. 146 – 147. Pontifica o autor: “(...) Quando se confronta Liberdade de Imprensa e interesse do Estado, interesse público para ser mais específico, há uma tendência natural de se escolher a primeira opção. É natural que seja assim, afinal de contas a soberania reside no povo e aos instrumentos para mantê-lo bem informado devem ser franqueadas todas as vantagens possíveis. Por outro lado, o Estado detém o poder, elabora atos normativos que não raro contrariam interesses e ferem direitos, por vezes constitucionais, e as medidas para contê-lo nem sempre são efetivas, por razões que descabe aqui enumerá-las. Nesse ambiente, é natural que se procure imprimir ao conjunto de direitos conhecido como *Bill of Rights* - que equivale, em termos, aos Direitos e Garantias Individuais da Constituição de 1988 – uma interpretação ampliativa, de modo que se construam alternativas para fazê-lo – tanto quanto possível – prevalecer. (...) Em linhas gerais (abstraindo-se o caso específico) ambos os *Justices* – Burger e Hugo Black – têm razão em suas observações acerca da Primeira Emenda. A Liberdade de Imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional. Qual a solução? Ela reside numa linha tênue que impõe ao hermenêuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende aos interesses da sociedade. Numa frase: somente o caso concreto pode dizer que valor prevalecerá, entretanto, a interpretação deverá sempre buscar a valorização dos direitos e garantias individuais, entre os quais se inclui o conjunto de Liberdades Públicas conhecido a partir do século XVIII e ampliado desde então (...)”.

³²⁹ Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 5 – 6.

A primeira concepção ilustra o caráter liberal da Carta de Direitos da Constituição de 1787, salientando a liberdade de expressão (gênero) e informação (espécie) como direitos de defesa perante o Poder Público. Para os seus adeptos, o papel do Estado deveria se limitar à proteção dos direitos do emissor, sendo vedada qualquer interferência no conteúdo da opinião ou matéria veiculada. Um dos maiores expoentes de tal corrente doutrinária é ROBERT POST, que sustenta que a eventual limitação da liberdade de expressão excluiria do chamado “espaço público” defensores de determinadas idéias controversas – como, *e.g.*, discursos racistas ou xenófobos -, comprometendo-se, dessa forma, a integridade da democracia³³⁰. Para o autor, as múltiplas concepções relativas às formas de articulação da vida em sociedade deveriam ser expressadas sem censura, uma vez que deveriam emergir do próprio discurso público, ao invés de traduzirem prévias limitações impostas pelo Estado aos participantes do discurso, com base em padrões de civilidade e moralidade adotados pela maioria³³¹.

A segunda concepção, por outro lado, ilustra uma outra dimensão fundamental da liberdade expressiva, qual seja, a sua dimensão assecuratória. Seus articuladores preconizam a construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, de tal forma que a Primeira Emenda teria como finalidade última assegurar a liberdade política dos cidadãos. O papel do Estado, neste caso, seria proteger e incentivar um “mercado de idéias” (*marketplace of ideas*) por meio de uma regulação estratégica³³². Vale dizer, a atuação estatal deixaria de ser encarada como uma vedação, na visão libertária, para se erigir em verdadeiro pressuposto essencial para fruição de outros direitos, como a própria liberdade de expressão³³³. Perfilhador de tal entendimento, pontifica OWEN FISS:

³³⁰ V. POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. O autor percorre, com lastro em trabalhos de filosofia, sociologia e teoria política, a liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Mediante uma visão libertária, trata dos limites a temas controvertidos como a regulação da pornografia, discursos racistas e do direito à privacidade.

³³¹ POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. In. Henry Lous Gates Jr. et alli. *Speaking of Hate, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*. New York: New York University Press, 1994, pp. 115 – 180.

³³² Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 7. A célebre expressão do *marketplace of ideas* foi cunhada pioneiramente por OLIVER WENDELL HOLMES no já mencionado precedente judicial *Abrahms versus United States*, julgado em 1919. Anos mais tarde, a Suprema Corte reproduziria a metáfora no julgamento do caso *Red Lion versus FCC*, em 1969, que marcou o desenvolvimento da *fairness doctrine* na jurisprudência americana.

³³³ Um dos principais precursores da concepção democrática foi ALEXANDER MEIKLEJOHN, Professor de Filosofia e Reitor da Brown University. Consistindo como conhecido defensor da liberdade de expressão, sua teoria é exposta na obra *Political Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1966. V., sobre o tema, na doutrina

(...) A autonomia protegida pela Primeira Emenda e corretamente desfrutada por indivíduos e pela imprensa não é um fim em si mesmo, como poderia ser em algum código moral, mas sim um meio de promover valores democráticos subjacentes à Declaração de Direitos (Bill of Rights).

(...)

O que é necessário, portanto, não são algumas novas nomeações (apesar de que elas ajudarão) mas um aperfeiçoamento do senso de proporcionalidade. Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la (...) ³³⁴.

Ambas as teorias, embora calcadas em consistente fundamentação, são merecedoras de intensas críticas pela doutrina americana. Quanto à concepção libertária, pode-se afirmar que a elevação da Primeira Emenda a um caráter absoluto, insuscetível de restrição pelos agentes estatais, pode “ironicamente” – na expressão de FISS - conduzir a um inevitável paradoxo: ao mesmo tempo em que se pretende proteger os cidadãos (e pessoas jurídicas) de qualquer interferência indevida do Poder Público na liberdade de informação e de imprensa, a total ausência do Estado na esfera comunicativa pode vir a deixar os mesmos indivíduos reféns de grupos detentores de maior poderio econômico. Importa assinalar: nessa linha, a “mão invisível” do mercado – na clássica visão de ADAM SMITH – poderia acarretar em conceder a um segmento um poder dominante no processo de formação e difusão de idéias e opiniões, “abafando” grupos de menor poder aquisitivo e frustrando, em última análise, ideais de igualdade e democracia ³³⁵.

Por outro lado, quanto à concepção democrática, a crítica a ser tecida vem a ser ainda mais contundente. Ao se relativizar a “posição de preferência” da Primeira Emenda, permitindo-se, por conseguinte, uma ingerência do Estado na órbita comunicativa, despertar-se-ia uma série de cogitações de difícil resolução, a saber: (i) do ponto de vista

brasileira, PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³³⁴ FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 144.

³³⁵ Ibidem, p. 48: “(...) O chamado à intervenção estatal é baseado não na teoria de que a atividade a ser regulada é intrinsecamente violadora da primeira Emenda (um argumento que exigiria, como questão puramente técnica, uma demonstração de ação estatal), mas apenas na teoria de que a promoção do debate aberto e integral – assegurando que o público ouça a todos que deveria – é um fim permitido ao Estado. Mesmo se a dinâmica silenciadora é empreendida apenas por mãos privadas – por exemplo, pela pessoa que lança epítetos raciais, publica pornografia ou usa recursos econômicos superiores para dominar as campanhas políticas – há uma ampla base para intervenção. O Estado está meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade no trânsito. Nesse caso, o fim calha ser uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos (...)”.

jurídico, haveria uma permissão constitucional para uma interferência do Poder Público no controle do discurso?; (ii) quais seriam os limites para um cerceamento da liberdade de expressão ou, em se tratando de imprensa coletiva, da autonomia editorial dos meios de comunicação?; (iii) a mera autorização de um controle do discurso pelo Estado não poderia caminhar para uma censura, constitucionalmente vedada? As indagações não são de fácil resolução. Aduz-se, desde já, que em tempos atuais, tanto a doutrina como a jurisprudência da Suprema Corte caminham no sentido de se aproximar da primeira concepção³³⁶. Cumpre, entretanto, nesse momento, narrar de forma breve a trajetória de ambas as teorias na experiência norte-americana. Confira-se.

Conforme pontuado anteriormente, no início do século XX, a Suprema Corte Americana, ao julgar importantes conflitos judiciais envolvendo o alcance da Primeira Emenda, somente havia tangenciado a vertente “libertária” (negativa) da liberdade de expressão. A coletânea de julgados nas primeiras décadas tem o mérito de ratificar a condição “preferencial” do *free speech* na tábua de valores constitucionais³³⁷. Nada obstante, importa, nesse ponto, examinar tema dos mais polêmicos ocorridos em um passado recente da história da jurisprudência da Corte, onde, ainda que por pouco tempo, se chegou a conferir uma adoção da vertente democrática da liberdade de expressão.

Em 1949, em busca de promover uma maior aproximação do Estado na função de regulador do discurso público, instituiu-se nos Estados Unidos da América a denominada “*fairness doctrine*” (aqui traduzida como “doutrina da equidade”), estabelecida por uma agência federal do setor de imprensa eletrônica chamada FCC (*Federal Communications Commission*). Embora explicitados em documentos públicos, na referida época, os objetivos das normas regulatórias, a aludida doutrina somente veio a ser encampada oficialmente dez anos depois, mediante introdução de emenda à “Lei de Comunicações”

³³⁶ A concepção libertária, atualmente dominante no cenário jurídico norte-americano, se baseia em três argumentos centrais na defesa de um “quase absolutismo” da Primeira Emenda: primeiramente, sendo o governo um “inimigo da liberdade de expressão”, qualquer tentativa de regulação do discurso poderia constituir uma ameaça ao free speech; secundariamente, a Primeira Emenda deveria ser considerada como um compromisso de “neutralidade” do governo, que não poderia promover uma discriminação entre “expressões que goste” e “expressões que odeie” (como no caso de pornografia e hate speech); terciariamente, a liberdade de expressão não poderia se limitar à expressão política, haja vista a existência de um limite tênue entre o discurso “político” e o “apolítico”, que não poderia deixar de ser visto como uma forma de expressão. V. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 258 – 259.

³³⁷ O tema da posição preferencial da liberdade de expressão na jurisprudência norte-americana já foi amplamente examinado em tópico oportuno da Segunda Parte.

norte-americana³³⁸. Considerando a concepção democrática da Primeira Emenda, a FCC impunha às empresas de rádio e televisão uma série de obrigações com o firme propósito de garantia, no campo da imprensa, de fomento à diversidade de idéias que contribuísse em alguma medida para uma robustez do debate à luz de um interesse público.

De forma resumida, podem ser compendiadas as seguintes ideias propagadas pela *fairness doctrine*:

(i) oferecer, no ramo comunicativo, uma paridade de tempo na exposição de fatos controvertidos, permitindo ao receptor da informação um amplo conhecimento dos diversos pontos de vista acerca de uma mesma matéria³³⁹;

(ii) obrigar às empresas de comunicação a adoção de período da programação para a cobertura de fatos de relevante interesse coletivo;

(iii) garantir a determinados cidadãos – candidatos em campanha eleitoral, por exemplo – um direito de resposta, no caso de ofensas pessoais em meios da mídia eletrônica³⁴⁰.

³³⁸ Uma breve incursão à história da *fairness doctrine* pode ser encontrada em RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Postado em 23 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.thehispanicconservative.com/problems-with-fairness-doctrine.html>. Acesso em 16 de janeiro de 2010. Além da trajetória jurisprudencial da Suprema Corte, o texto ressalta as atuais tentativas de parlamentares americanos em resgatar os seus ideais democráticos. Exemplos disso foram os projetos apresentados pelos congressistas Louise Slaughter e Mike Pence – idealizadores do Meida Act of 2004 e Broadcaster Freedom Act, respectivamente -, os quais, no entanto, não foram aprovados.

³³⁹ V. PLUMBER, Joe. *The fairness doctrine: a violation of 1st emendment or necessary and balance?*. Postado em 20 de março de 2009. Disponível em <http://www.idahofallstoday.com/2009/03/20/the-fairness-doctrine-a-violation-of-the-1st-amendment-or-necessary-for-fairness-and-balance/>. Acesso em 16 de janeiro de 2010. A política da doutrina – também conhecida como *Fairness in Broadcasting* - consistia em apresentar ao público os diferentes pontos de vista em torno de notícia controvertida ora veiculada, de tal forma que se preservasse uma imparcialidade do discurso. O principal objetivo, portanto, era permitir uma emissão de determinada informação de maneira honesta e balanceada, sem que fosse unicamente adotada uma visão singular do meio de comunicação.

³⁴⁰ Cf. BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel. Et. GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480. No dizer de OWEN FISS: “(...) Essa doutrina foi criada pela *Federal Trade Commision* como uma elaboração de sua competência legal para regular empresas de rádio e televisão de acordo com o interesse público. Ela requeria que empresas de rádio e televisão cobrissem questões de importância pública e que o fizessem de maneira equilibrada, apresentando os dois lados da história (ou tantos lados quanto houvesse). De forma subsidiária, a *fairness doctrine* também dava aos candidatos uma oportunidade para responder a editoriais políticos hostis e oferecia um direito de resposta similar para aqueles que tivessem sido

Observa-se, destarte, que a justificativa para a implementação da doutrina consistia justamente na necessidade de conferir à imprensa um papel de incremento do discurso entre temas de interesse público, evitando-se, assim, que com base em uma intocável autonomia editorial, fossem as empresas da seara comunicativa levadas por objetivos puramente privados, muitas vezes de cunho nitidamente comercial. Além disso, evitar-se-ia que determinados conglomerados econômicos, de posição dominante no mercado, divulgassem fatos de interesse pessoal, externando, como ocorre na maioria esmagadora dos casos, tão-somente a sua própria opinião³⁴¹.

Pois bem. Em 1969, a Suprema Corte teve a oportunidade, pela primeira vez na história, em apreciar a validade da *fairness doctrine*. Cuidava-se, na ocasião, de direito de resposta pleiteado por determinado autor - de nome Fred Cook - de obra crítica a representante do Senado Federal pelo Estado do Arizona – Senador Barry Goldwater -, acusado por emissora de rádio pertencente à “Cruzada Cristã” de se tratar de divulgação de livro comunista. O precedente, usualmente conhecido como *Red Lion Broadcasting versus FCC*³⁴², consagrou pioneiramente a constitucionalidade da doutrina. Perfilhando a concepção democrática da liberdade de expressão, entendeu a Suprema Corte, por unanimidade, que a autonomia editorial dos meios de comunicação não se revestia de um caráter absoluto, cabendo à imprensa a promoção de um debate “*desinibido e amplamente aberto*”³⁴³.

pessoalmente atacados (...)”. In. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 107.

³⁴¹ A garantia de uma diversidade de opiniões consistiria, em verdade, em uma decorrência lógica do pluralismo, fundamento previsto em diversas Constituições de cunho democrático, inclusive a da República do Brasil de 1988. V., a respeito, MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 279: “(...) Numa linha próxima, um segmento da doutrina interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma permanente a riqueza do debate público (...). Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e consequentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções na tomada de opiniões (...)”.

³⁴² 395 U.S. 367, 390 (1969).

³⁴³ V., a respeito, HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 828 – 829: “(...) In this instance, radio station WGCB refused to allow Fred Cook, the author of a book critical of Arizona senator Barry Goldwater, time to respond to na attack by the Ver. Billy James Hargis. The Court utilized the case to explore the different contexts of broadcast and print journalism that result in different First Amendment considerations. The finite number of broadcast frequencies meant it was ‘idle to posit na unabridgeable First Amendment right to broadcast comparable to the right of every individual to speak, write, or publish’ (...)”.

Entre os argumentos utilizados pela Suprema Corte no julgamento, destacam-se: (i) a necessidade de ampliação da cobertura do fato em questão pela imprensa, a quem competia apresentar as mais variadas versões da história; (ii) a primazia do direito dos destinatários da informação, que deveriam ouvir todos os pontos de vista acerca do assunto, sobre a autonomia irrestrita das emissoras de rádio e televisão³⁴⁴; (iii) o fato de se tratarem tais empresas de concessionárias de um serviço público indisponível aos cidadãos, o que justificaria um dever de contrapartida de veicular opiniões “indesejadas”; (iv) a prevalecer o argumento de absolutismo da Primeira Emenda, a escassez de ondas eletromagnéticas levaria a uma imprudente concentração de mercado, limitando o acesso à informação pelos telespectadores.

No voto condutor do *Justice Byron White*, assentou-se que “*não há nada na Primeira Emenda que proíbe o Governo de requerer a um concessionário que divida a sua frequência com outros licenciados e que o imponha obrigações de apresentar aquelas visões e vozes que são representativas da comunidade. É o direito dos telespectadores e ouvintes, não os direitos das emissoras, que é assegurado. É o propósito da Primeira Emenda de preservar um desinibido mercado de idéias o qual verdadeiramente deve prevalecer*”³⁴⁵.

A importância da decisão não a imunizou de severas críticas por parte dos opositores da concepção democrática da liberdade de expressão. Duas, em especial, merecem relevo. Primeiramente, afirmava-se que o controle da autonomia editorial levaria a uma inibição da iniciativa das emissoras de rádio e televisão em veicular notícias de valor controvertido. Em outras palavras, ao se permitir que uma agência (no caso, a FCC) obrigasse uma empresa de comunicação a externar “*todos os lados da história*”, induzir-se-ia, em última

³⁴⁴ A primazia de um “direito de informação” dos destinatários - espécie do gênero “liberdade de expressão” - sobre a “liberdade de informação” dos emissores, talvez seja o ponto central do julgamento *Red Lion*. Aduziu, nesse passo, a Corte que “(...) o povo como um todo conserva o seu direito à liberdade de expressão através do rádio e seu direito coletivo de fazer com que o meio de comunicação funcione de maneira coerente com os propósitos e as finalidades da Primeira Emenda. É o direito dos telespectadores e ouvintes, e não o das emissoras, que prepondera (...). É o direito do público de receber acesso adequado às idéias e experiências sociais, políticas, estéticas, morais e outras o que mais importa aqui (...)”. V. SUNSTEIN, *Cass. A Constituição Parcial*. Op. cit., p. 275.

³⁴⁵ No original: “(...) There is nothing in the First Amendment which prevents the Government from requiring a licensee to share his frequency with others and to conduct himself as a proxy or fiduciary with obligations to present those views and voices which are representative of his community and which would otherwise, by necessity, be barred from the airwaves (...). It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of that market, whether it be by the Government itself or a private licensee (...)”.

análise, a um “esfriamento” do discurso público, ou seja, editores acabariam por evitar temas de interesse público que ensejassem um eventual “direito de resposta” para cidadãos objeto de notícias polêmicas. A aceitação da *fairness doctrine* ocasionaria, assim, um “efeito contraproducente” (*chilling effect*) em relação ao seu real objetivo, de promover um robusto debate público³⁴⁶.

Além disso, haveria de se considerar outro argumento contrário de destaque. Aduzia-se que, em se tratando de órgão governamental, a FCC era composta de representantes com interesses particulares e políticos, de tal forma que a fiscalização efetuada pela agência poderia comprometer a “imparcialidade” do discurso. Dessa forma, seria mais adequado prevalecer a concepção libertária da Primeira Emenda, concentrando-se na iniciativa exclusivamente privada o verdadeiro “poder regulatório” dos meios de comunicação de massa.

A ascensão da *fairness doctrine*, no entanto, teve curto espaço de duração. A jurisprudência constitucional norte-americana, fortemente marcada por uma visão absentista do Estado na esfera comunicativa, não tardaria a reverter o precedente *Red Lion*. Tanto assim que, poucos anos mais tarde, a doutrina viria a sofrer uma ampla revisão, em três momentos distintos, até a sua total abolição na década de 1980.

O primeiro ataque ficou nitidamente registrado no julgamento de *Columbia Broadcasting System (CBS) versus DNC (Democratic National Comitee)*³⁴⁷, julgado em 1973. O caso versava sobre pleito do Comitê do Partido Democrata que tentava veicular, em emissora de rádio (CBS), notícia crítica ao envolvimento dos Estados Unidos na guerra do Vietnã. Com base em sua autonomia editorial, recusando-se a empresa em divulgar referido anúncio editorial, a questão chegou até a Suprema Corte que, por sete votos a dois, afirmou a inocorrência de violação à Primeira Emenda. Subvertendo-se em parte *Red Lion*, entendeu-se

³⁴⁶ O denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*) talvez tenha sido o principal argumento para a posterior revisão e queda da *fairness doctrine* em meados da década de 1980. Estudo concebido durante o governo de Ronald Reagan – mais precisamente em 1985 – concluiu que a doutrina, ao tentar promover a diversidade de opiniões, ao invés de contribuir para o enriquecimento do debate público, causou na verdade um “esfriamento” da abordagem de temas controvertidos pelas emissoras de rádio e televisão. V. RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Op. cit., p. 2.

³⁴⁷ 412 U.S. 94 (1973).

que apesar de viável a *fairness doctrine*, essa não seria obrigatória³⁴⁸. Vale dizer, a despeito de permitido, não haveria um dever de obediência da emissora aos ditames da FCC³⁴⁹.

A segunda decisão contrária à doutrina foi proferida apenas um ano mais tarde, no julgamento de *Miami Herald versus Tornillo*³⁵⁰, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de legislação do Estado da Flórida, que previa um direito de resposta a candidatos eleitorais que viessem a sofrer críticas em periódicos impressos³⁵¹. Tratava-se, no feito, de pedido formulado por sindicalista – Pat Tornillo - que concorria a cargo da Assembleia Legislativa Estadual, em face de jornal que havia supostamente denegrido sua imagem. Refutando por completo a *fairness doctrine* e os argumentos tecidos em *Red Lion*, afirmou a Corte, em surpreendente decisão, que a mídia impressa não estaria obrigada a veicular matéria de interesse contrário à sua linha editorial, razão pela qual a lei estadual violaria a Primeira Emenda³⁵². Entendeu-se, ainda, que a norma produzia um “efeito

³⁴⁸ No julgamento do caso, a Suprema Corte estabeleceu uma distinção entre “permissividade” e “obrigatoriedade”. Apesar de entender, em princípio, como constitucionais as imposições até então efetuadas pela FCC em relação à *fairness doctrine*, essas não seriam obrigatórias. Em matéria, portanto, de liberdade editorial (*editorial freedom*), as emissoras seriam dotadas de um direito de rejeitar anúncios políticos (*right to reject political advertisements*). V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 425. V., ainda, sobre o tema, CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Aspen Publishers, pp. 1124 – 1143. Interessante notar, no entanto, que em 1981, no julgamento de *Columbia Broadcasting System (CBS) versus FCC* (453 U.S. 367), a Suprema Corte manteve dispositivo do *Communications Act* que proibia recusas repetidas, por parte de emissoras de rádio e televisão, na disponibilidade de espaço de transmissão para candidatos qualificados para cargos federais.

³⁴⁹ Nos termos do voto condutor do *Chief Justice* Warren Burger, o interesse público padrão emanado do *Communications Act*, que absorve os princípios da Primeira Emenda, não exigiria que as emissoras aceitassem anúncios editoriais. Ressalvou-se, nesse particular, que o Congresso Nacional recusara, à época, diversos esforços em se impor às empresas de radiodifusão de sons e imagens um “direito de acesso a todas as pessoas que desejam falar sobre questões públicas”. No original: “(...) The basic criterion governing use of broadcast frequencies is the right of the public to be informed; the manner by which this interest is best served is dispositive of the respondents' statutory and First Amendment contentions. (A) In evaluating respondents' claims, great weight must be afforded the decisions of Congress and the experience of the FCC. (B) Congress has consistently rejected efforts to impose on broadcasters a "common carrier" right of access for all persons wishing to speak out on public issues. Instead, it reposed in the FCC regulatory authority by which the Fairness Doctrine was evolved to require that the broadcaster's coverage of important public issues must be adequate and must fairly reflect differing viewpoints; thus, no private individual or group has a right to command the use of broadcast facilities. The "public interest" standard of the Communications Act, which incorporates First Amendment principles, does not require broadcasters to accept editorial advertisements (...).”

³⁵⁰ 418 U.S. 241 (1974).

³⁵¹ Cumpre ressaltar, a título de curiosidade, que a aludida lei estadual, que instituía um “direito de resposta” (*right to reply*), foi promulgada em 1913, não tendo sido até então objeto de discussão perante a Suprema Corte. A justificativa da norma era garantir eleições livres e justas, mantendo-se o eleitorado bem informado de todos os fatos.

³⁵² Nos termos do voto do *Chief Justice* Warren Burger, a legislação atacada consistiria em uma indevida intrusão na função editorial, sendo incompatível com as garantias da Primeira Emenda. No original: “(...)Even if a newspaper would face no additional costs to comply with a compulsory access law and would not be forced to

contraproducente”, ao inibir a cobertura de fatos controvertidos e, assim, contribuir para um enfraquecimento do debate público. Por fim, atentaria-se para o fato de que a multiplicação do número de emissoras rádios e televisão justificaria uma redução do intervencionismo estatal na seara.

Conhecido como o mais duro golpe à doutrina, o caso denotava o retorno da Corte à concepção libertária da liberdade de expressão, sendo, contudo, motivo de críticas e perplexidade no meio acadêmico³⁵³. Com efeito, algumas indagações mereciam esclarecimento, quais sejam: qual o motivo de não haver, no corpo do acórdão, qualquer alusão ao precedente *Red Lion*? Por que haveria de se promover, naquele momento, uma ruptura à *fairness doctrine*³⁵⁴? Haveria alguma justificativa plausível para se fazer uma distinção entre a mídia impressa e a eletrônica no momento da aplicação da Primeira Emenda? Todas essas perguntas ficaram sem resposta na fundamentação do voto condutor proferido pelo *Justice Warren Burger*³⁵⁵.

forgo publication of news or opinion by the inclusion of a reply, the Florida statute fails to clear the barriers of the First Amendment because of its intrusion into the function of editors. [N24] A newspaper is more than a passive receptacle or conduit for news, comment, and advertising. The choice of material to go into a new paper, and the decisions made as to limitations on the size and content of the paper, and treatment of public issues and public official -- whether fair or unfair -- constitute the exercise of editorial control and judgment. da Primeira Emenda It has yet to be demonstrated how governmental regulation of this crucial process can be exercised consistent with First Amendment guarantees of a free press as they have evolved to this time. Accordingly, the judgment of the Supreme Court of Florida is reversed. (...)”.

³⁵³ V., nesse sentido, YOUM, Kyu Ho. The Right of Reply and Freedom of Press: An International and Comparative Perspective. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008, p. 1017. Simetricamente, em artigo análogo, STEPHEN GARDBAUM evidencia duas finalidades precípuas do direito de resposta: proteger a reputação e dignidade de indivíduos contra notícias falsas veiculadas na imprensa; e promover uma disseminação de ideias, de forma a contribuir para um debate politicamente mais robusto. Cf. GARDBAUM, Stephen. A Reply to The Right of Reply. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008, p. 1069.

³⁵⁴ Vale registrar que, paradoxalmente, no julgamento de *Associated Press versus United States* – 326 U.S. 1 (1945) -, a Suprema Corte entendeu que mesmo a imprensa não estaria imune à legislação antitruste, tendo o *Justice Black* declarado que “a maior difusão possível de informações de fontes diversas e antagônicas seria essencial para o bem-estar do público. A liberdade de publicar seria garantida pela Constituição, mas a liberdade de combinar não”. V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 431: “(...) In other words, press freedom does not give newspapers of press agencies immunity from any general legislation intended to safeguard that freedom (...)”.

³⁵⁵ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 115 – 116: “(...) A decisão da Corte repelindo o sindicalista e derrubando a lei foi apresentada como necessária para proteger a autonomia dos editores para decidir o que publicar e como. Mas uma vez que se tornou li, havia razão para perguntar, como a FCC e o Presidente eventualmente fizeram (mas somente de forma retórica): por que emissoras de rádio e televisão não têm direito à mesma medida de autonomia que os jornais? Afinal, eles também são parte da imprensa. Uma possível resposta enfatiza a diferença na fonte do direito de propriedade das várias mídias. Os direitos de propriedade de jornais são moldados por muitas forças, incluindo *common law* leis que são, em sua maioria, aplicáveis a todos os negócios. Emissoras de rádio e TV operam sob as mesmas leis, mas possuem um direito de propriedade adicional – uma licença exclusiva conferindo-lhes a

O marcante retrocesso da “Corte de Warren” em matéria de direitos individuais seria ainda acompanhado da ascensão ao poder do Partido Republicano, já na década de 1980. Nessa toada, sob influência do movimento de desregulação e privatização, a própria FCC veio, em sede administrativa, a sepultar a *fairness doctrine*, sob o arcaico argumento de que seria inconstitucional por atentar contra a Primeira Emenda. Em vã tentativa de revalidar a doutrina, o Congresso ainda conseguiu a aprovação de lei que a caracterizava como uma “determinação legislativa”, porém essa terminou sendo vetada pelo então Presidente Ronald Reagan³⁵⁶.

Um terceiro e derradeiro ataque ainda estaria por vir. Em 1986, no julgamento de *Pacific Gas & Electric Co. versus Public Utilities Commission*³⁵⁷, a Suprema Corte, por maioria, invalidou obrigação imposta por agência reguladora do Estado da Califórnia, que permitia a um grupo de cidadãos a utilização de espaço no envelope de fatura de gás e energia para fins de divulgação dos motivos do valor da tarifa fixada pelo órgão. Novamente considerando o aspecto libertário da Primeira Emenda, a Corte rechaçou a regulação efetuada, sob o argumento de que não seria possível compelir à referida companhia a veiculação de mensagem que classificava como indesejável³⁵⁸.

permissão para utilizarem uma frequência de transmissão particular. Essa licença é conferida por uma decisão do Estado deliberada e institucionalmente específica, cuja finalidade é evitar interferências no espectro eletromagnético (...)”.

³⁵⁶ Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 112: “(...) Na verdade, o ataque à Fairness Doctrine não foi inspirado nem tecnologicamente nem empiricamente. Foi uma batalha sobre ideologia e princípio, baseada em interpretações conflitantes da Primeira Emenda e sua garantia de liberdade de imprensa. A FCC e o Presidente acreditaram que o julgamento da Suprema Corte em *Red Lion* - especificamente que a Fairness Doctrine era consistente com a liberdade de imprensa - era simplesmente equivocado. Em uma primeira análise, isto parece uma grande usurpação pelo Presidente e pela FCC de um poder que pertence exclusivamente à Suprema Corte. Afinal, nós temos sido ensinados por quase duzentos anos que a Suprema Corte é o árbitro final da Constituição. Na minha visão, contudo, os eventos de 1987 não constituíram uma usurpação inconstitucional. Quando o Presidente Reagan e a FCC repudiaram *Red Lion*, eles não estavam tomando a lei em suas próprias mãos, mas tão-somente extraíndo as conseqüências naturais e lógicas da doutrina que a Suprema Corte tinha desenvolvido nos anos seguintes àquela decisão. O Presidente e a FCC estavam apenas fazendo o que a Suprema Corte não teve a oportunidade, ou talvez a coragem, de fazer (...)”.

³⁵⁷ 475 U.S. 1 (1986).

³⁵⁸ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 119: “(...) A racionalidade da regulação era a mesma subjacente à Fairness Doctrine ou à lei de direito de resposta da Flórida - dar ao público os dois lados da história. Ao derrubar a legislação, a Corte não disputou a necessidade da informação do grupo de cidadãos, nem duvidou do valor do propósito da regulação, mas considerou que a Primeira Emenda, como princípio, proibiu o Estado de requerer que companhia elétrica carregasse no seu envelope de cobrança uma mensagem que a companhia considerasse ofensiva ou odiosa com a qual discordasse (...)”. Como assinalado pela Suprema Corte, nos termos do voto condutor do Justice Lewis, o

Não obstante o seu arrefecimento no fim do século passado, ainda é possível cogitar de uma sobrevivência da ideologia da *fairness doctrine* no direito norte-americano. Em 1992, foi editada pelo Congresso legislação regulando a autonomia das empresas de TV a cabo e, dois anos depois, a Suprema Corte veio a ratificar a validade do ato normativo. No julgamento de *Turner Broadcasting System versus FCC*³⁵⁹, por maioria apertada de cinco votos a quatro, confirmou-se a constitucionalidade da lei federal que obrigava os operadores de televisão por cabo a retransmitir programas de emissoras de televisão abertas locais, por entender que tal medida fortalecia o pluralismo democrático na mídia eletrônica³⁶⁰.

No mesmo sentido, ao ângulo doutrinário, permanece acesa a defesa da concepção democrática da liberdade de expressão e informação. Além do já citado Professor da Universidade de Yale OWEN FISS, CASS SUNSTEIN, Professor da Universidade de Chicago, comunga de entendimento semelhante. Em seu ponto de vista, as críticas formuladas à *fairness doctrine* seriam dignas de temperamento, por dois fundamentos básicos: em primeiro lugar, haveria de se considerar que, ao contrário do que pretende fazer crer os adeptos do “absolutismo” da Primeira Emenda, as ameaças à liberdade de expressão não seriam oriundas tão-somente do Poder Público, mas também da iniciativa privada, especialmente em hipóteses de concentração do mercado³⁶¹. Em segundo lugar, embora aparentemente correta a ideia de “neutralidade” do Estado no campo comunicativo, a prática poderia demonstrar que tal postura, a despeito de compatível, em linha de princípio, com a

direito de falar abrangeria também o direito de escolher o que não falar (“the choice to speak includes within it the choice of what not to say”).

³⁵⁹ 512 U.S. 622 (1994).

³⁶⁰ Nos termos do voto condutor do Justice Kennedy, a Suprema Corte considerou que o Congresso Nacional teria um “interesse na preservação de uma multiplicidade de organismos de radiodifusão. Dessa forma, o *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*, ao assegurar a competitividade do mercado, não seria incompatível com os propósitos da Primeira Emenda. O tratamento conferido à imprensa escrita não poderia ser o mesmo imputado ao serviço de televisão a cabo. O simples fato de tornar disponíveis canais públicos ou educativos não interferiria na liberdade de informação e programação das emissoras, que ainda poderiam transmitir seus próprios programas. V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 446.

³⁶¹ SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Op. cit., p. 277: “(...) A idéia de que as ameaças à liberdade de expressão se originam do governo é indubitavelmente correta, mas da maneira geralmente compreendida, ela é demasiado singela. Às vezes, as ameaças provêm do que parece ocupar a esfera privada e, muito mais fundamentalmente, as ameaças são possíveis somente por intermédio de de direitos legalmente concedidos que permitem a algumas pessoas e não a outras falarem e serem ouvidas (...)”.

Primeira Emenda, poderia indiretamente ocasionar uma violação à liberdade discursiva e, logicamente, à liberdade de expressão³⁶².

Com a finalidade de se evitar uma “parcialidade” na esfera comunicativa, SUNSTEIN defende a implantação de uma “*política do New Deal*” para a liberdade discursiva, devendo o Estado atuar como agente garantidor da liberdade de expressão, mediante determinadas condutas na esfera privada, entre as quais: (i) estimulando a competitividade entre os fornecedores de informação, em especial nos novos mercados tecnológicos; (ii) subsidiando novas “mídias” (o que, aparentemente, não teria qualquer obstáculo legal); (iii) permitindo um maior número de canais abertos, sobretudo na televisão; (iv) protegendo contra mensagens obscenas e violentas; (v) estimulando a veiculação de programação cultural e educacional³⁶³.

Todavia, em que pese significativos esforços de parcela – minoritária – da doutrina publicista, acompanhado de algumas tentativas de restauração da *fairness doctrine* no âmbito do Poder Legislativo, se percebe que, conforme demonstra a experiência constitucional americana, ainda é forte o bastante a visão puramente libertária da liberdade de expressão, sendo essa a concepção dominante na esfera jurisprudencial.

3.2. A Dimensão Objetiva da Liberdade de Expressão e Informação na Alemanha.

³⁶² Ibidem, p. 277: “(...) A idéia de que o governo deveria ser neutro em relação a todas as formas de discurso parece correta no campo abstrato, mas da maneira como vem sendo freqüentemente aplicada, não é mais plausível do que a idéia de o governo ser neutro em relação aos direitos de associação dos negros e dos brancos sob condições de segregação (...). O problema mais generalizado é o de que a neutralidade freqüentemente se concebe como que exemplificada na utilização dos mercados econômicos para determinar o acesso à mídia e, com isso, uma oportunidade de se fazer ouvir. Essa forma de neutralidade na verdade incorpora uma opção coletiva, capturada na utilização do mercado e na criação de normas jurídicas especiais para o seu funcionamento, a qual garante que algumas pessoas não terão a possibilidade de se expressar ou serem ouvidas de forma alguma, ao mesmo tempo em que outras pessoas terão permissão para dominar os meios públicos de comunicação (...)”.

³⁶³ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993, pp. 271 – 274. Para o autor, a melhor forma de o Poder Público promover uma imparcialidade e igualdade na esfera comunicativa consistiria no subsídio de novas emissoras de rádio e televisão. Afirma, nesse particular, que, como bem salientado em diversos votos da *Justice* O’Connor, ao contrário da regulação da informação, o simples emprego de subsídios nas relações privadas não esbarraria nos ditames da Primeira Emenda.

Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 preceitua em seu artigo 5º a liberdade de opinião, estabelecendo que “*cada um tem o direito de expressar e difundir livremente sua opinião pela palavra, por escrito ou por imagens, e de se informar sem impedimentos em fontes que são acessíveis a todos*”. Tal direito, entretanto, não possui um caráter absoluto, sendo certo que o texto constitucional expressamente prevê, em seu artigo 18, a possibilidade de perda dos direitos fundamentais no caso de abuso da liberdade de expressão e opiniões.

No entanto, em comparação a outros sistemas constitucionais, é possível constatar que a perspectiva dúplice da liberdade de expressão – *status negativus e positivus* – possui grande repercussão na doutrina e jurisprudência alemã³⁶⁴. Vale dizer, adjacente ao aspecto subjetivo da referida liberdade pública, que muitas vezes exerce importante papel axiológico no ordenamento jurídico, encontra-se clarificado em diversos julgados do Tribunal Constitucional Federal um aspecto objetivo do direito de informação (próprio dos destinatários da mensagem), vital, inclusive, para a concretização do princípio democrático estampado na Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto – de direito de cunho defensivo perante o Estado -, partindo-se, pois, da premissa de que qualquer direito fundamental pode, em certa medida, ser relativizado³⁶⁵, revela-se de extrema valia – não somente no contexto alemão, como também no caso brasileiro – a técnica da ponderação de interesses, largamente utilizada para resolução de eventuais conflitos entre princípios constitucionais³⁶⁶. Assim, por exemplo,

³⁶⁴ Sobre o objeto e função dos direitos fundamentais e respectiva condição polifacética no ordenamento alemão, v. HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 29 – 40.

³⁶⁵ Existe certo consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não há, também no ordenamento alemão, direitos ou garantias individuais revestidos de caráter absoluto. Daí porque se afirma a possibilidade, dentro de um caso concreto de difícil resolução, de se proceder a uma restrição ao exercício de determinados direitos fundamentais em questão. V., sobre o tema, entre outros, ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*. Volume 217, pp. 67 - 69, 1999; ALEXY, Robert. *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*. In: MAC CORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert. S. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing company Limited, 1996; ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Ratio Juris, Volume 16, 2003, pp. 433 – 449. V., na doutrina brasileira, entre tantos, BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas* (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

³⁶⁶ Sobre a técnica da ponderação de interesses, v. ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. Ratio Juris, Volume 16, 2003, pp. 131 – 140; Idem, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Ratio Juris, Volume 16, 2003, pp. 433 – 449; Idem, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, n. 66, 2002, pp. 13 – 64; SANCHÍS, Luís Prieto. “El juicio de ponderación”. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: trota,

em dois conhecidos acórdãos, o Tribunal Constitucional Alemão procedeu a uma ponderação entre o direito fundamental de liberdade de opinião e legislação penal restritiva deste direito³⁶⁷.

Em um primeiro caso, tratava-se de comandos penais contra a alta traição por negligência. Utilizando-se da ponderação para solucionar aparente conflito entre a liberdade de imprensa e a segurança da República Federal, o Tribunal decidiu pela preeminência do interesse da opinião pública na informação³⁶⁸. Já o segundo caso tratava de preceitos penais que tinham por fim uma restrição de escritos da República Democrática Alemã, sendo necessária uma ponderação entre os interesses protegidos pela liberdade de expressão e os interesses protegidos pelos comandos penais. Sublinhando a liberdade de informação como um dos pilares da democracia liberal, o Tribunal entendeu que, justificado um interesse especial pela informação, deveria ser garantido o conteúdo de valor do referido direito fundamental³⁶⁹.

Veja-se que, em ambas as hipóteses, uma vez diante da informação como instrumento de observância de outro direito fundamental intrinsecamente relacionado, qual seja, a liberdade de opinião, o Tribunal decidiu pela sua prevalência em detrimento de outros interesses tutelados, o que, em linha de princípio, corrobora a função primordial defensiva da liberdade de informação³⁷⁰.

2003, pp. 175 – 216; SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha (trad. de Ingo Wolfgang Sarlet). In: *Revista Interesse Público* nº 2, 1999, pp. 93 – 107. V., na doutrina brasileira, entre tantos, SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

³⁶⁷ Confira-se, a respeito, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 580 – 582.

³⁶⁸ BverfGE 21, 239; 27, 71.

³⁶⁹ BverfGE 15, 288, 295.

³⁷⁰ Considerando a liberdade de expressão e informação como direito individual essencial ao regime democrático, o Tribunal Constitucional Alemão estabelece uma preferência pelo referido direito em detrimento de outros interesses constitucionais. Cf., a propósito, SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trad. de Marcela Anzola Gil). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

Em que pese a importância de um aspecto defensivo, no entanto, é na dimensão objetiva que se encontra a mais importante contribuição do pensamento alemão para a liberdade de expressão. Quer-se dizer, em resumo, que a plenitude do acesso à informação somente viria a ser alcançada mediante uma complementação entre a perspectiva subjetiva-defensiva e a objetiva-protetiva, pela qual haveria um dever correlato do Estado de atuar positivamente (*facere*) para garantir a efetiva satisfação da liberdade de expressão em uma democracia. Nessa linha de pensamento, traz-se o escólio de KONRAD HESSE, *in verbis*:

(...) ‘Liberdade de opinião’, também uma parte essencial da liberdade política e espiritual, expressa sinteticamente as liberdades do artigo 5º, alínea 1, da Lei Fundamental: a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação (frase 1), a liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem por radiodifusão e filme (frase 2); essas liberdades são, pela proibição de censura da alínea 1, frase 3, reforçadas e asseguradas.

(...)

O alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’ modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da opinião pública’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental ‘simplesmente constitutiva’ (...).

Um dos objetivos centrais da Corte Constitucional Alemã, ao lado da proteção da liberdade de opinião – inclusive como corolário da dignidade humana -, consiste na garantia de uma diversidade plural na esfera comunicativa. Já na década de 1930, CARL SCHMITT advertia que “o pluralismo significa uma variedade de complexos sociais de poder, firmemente organizados, que se estendem ao âmbito inteiro do Estado, tanto aos diversos setores da vida política como também aos territórios e aos organismos autônomos das comarcas”³⁷¹. Sob a ótica democrática, portanto, o viés pluralista de uma liberdade de expressão também exerceria posição primordial na tábua de valores constitucionais.

Antes de se adentrar ao exame da jurisprudência, contudo, uma nota é digna de registro. Sob influência dos ideais jusnaturalistas, prevalece na Alemanha uma concepção da Constituição como uma “ordem objetiva de valores”³⁷², conformada pelos

³⁷¹ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931, p. 90.

³⁷² Para uma alentada análise da discussão metodológica da ciência jurídica germânica, v. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., pp. 163 – 260, onde o autor discorre sobre a trajetória histórica das

direitos fundamentais, de forma que do próprio texto constitucional poder-se-ia extrair relações de preferência condicionada ou *prima facie* entre seus enunciados³⁷³.

O que se pretende demonstrar, com apoio da doutrina e jurisprudência alemãs, é que dentro de uma construção de um sistema abstrato de preferências, em que se permite, *a priori*, arbitrar previsivelmente uma situação concreta de colisão de interesses constitucionais, a liberdade de expressão, em sua dúplice perspectiva, preferiria a outros direitos fundamentais, como, inclusive, a própria liberdade de empresa³⁷⁴. Em outros termos, em meio à “ordem de valores de natureza objetiva” presente na Lei Fundamental, subjacente à dignidade da pessoa humana, ter-se-ia o direito de informação como um dos principais vetores axiológicos na hierarquização proposta pelo Tribunal Constitucional.

Passando-se, pois, à análise da jurisprudência germânica, podem-se destacar quatro sugestivos julgados capazes de evidenciar o importante papel do Poder Público na garantia do pluralismo nos meios de comunicação de massa e, por conseguinte, da vertente democrática da liberdade de expressão.

Em primeiro plano, narra-se julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão em que se cuidava, em síntese, da necessidade de expedição de uma lei estatal que garantisse, na mesma medida que as instituições federais, de uma liberdade de imprensa – especialmente através de rede televisiva - para os atores privados. Questionando-se um monopólio dos Estados-Membros na emissão de programas no referido setor, assentou o Tribunal, inicialmente, a imprescindibilidade de criação, por lei, de uma pessoa jurídica subtraída da influência do Estado, capaz de corrigir eventuais falhas oriundas da concentração pública da estruturação da programação. Considerando, pois, a televisão como um dos mais

teses dominantes na Corte Constitucional, desde a “jurisprudência dos interesses” desenvolvida por Philipp Heck até a “jurisprudência da valoração”, reconhecida hodiernamente no domínio da atividade jurisprudencial.

³⁷³ V., a respeito, ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁷⁴ V., sobre o conflito entre bens constitucionais, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 686: “(...) No que respeita às colisões entre os próprios direitos fundamentais, procura-se a formulação de toda uma série de máximas de tradução de relações de preferência abstractas no interior do sistema constitucional de direitos fundamentais que permitissem, arbitrar, de forma previsível, as situações concretas de conflito. Nesta perspectiva, e pelo menos *a priori*, um direito de liberdade preferia a um direito social e, dentro dos direitos de liberdade, um direito fundamental sem reserva teria preferência sobre um direito com reserva qualificada, tal como este último prevaleceria sobre um direito fundamental dotado de reserva simples (...)”.

indispensáveis meios de comunicação modernos, ao lado da imprensa escrita, e como o fator mais significativo de formação da opinião pública, haveria de se regulamentar uma liberdade de informação prevista no artigo 5º da Constituição.

Nos termos da decisão proferida, a televisão seria mais que um simples meio de formação da opinião pública, mas um fator iminente para tanto. Nessa linha, a Constituição não estabeleceria que somente pessoas de Direito Público pudessem apresentar programas televisivos, cabendo tal tarefa também a sociedades de Direito Privado, a quem deveriam ser oferecidas suficientes garantias para expressar todas as forças sociais relevantes, conservando intacta a liberdade de informação. Através da Sentença 12, datada de 28 de fevereiro de 1961, restou-se consignado que *“o artigo 5º da Lei Fundamental exige que nas leis mediante as quais se organiza a apresentação de programas de televisão, se permita a participação na organização de todas as forças a se considerar, permitindo-se participar da totalidade da programação, e que as diretrizes de caráter vinculante para a programação garantam um mínimo de equilíbrio, objetividade e respeito mútuo”*³⁷⁵.

Na mesma esteira de entendimento, traz-se um segundo julgado essencialmente relevante para o tema em dissertação, qual seja, a Reclamação Constitucional contra decisão judicial datada de 26 de fevereiro de 1969, comumente denominada “Caso BLINKFÜER”³⁷⁶. Eis a questão: o editor de um pequeno semanário nomeado *Blinkfüer*, distribuído na região de Hamburgo, propôs ação judicial em face de determinado conglomerado editorial, em que se requeria o pagamento de indenização em virtude de incitação a boicote efetuado pelo réu, à referida publicação. Consistia o boicote em compelir certos órgãos da imprensa a não divulgarem em seus produtos programação da televisão e rádio da Alemanha Oriental, sob o fundamento de se estar diante de ‘propaganda injuriosa’ da República Democrática Alemã. Uma vez julgada a atitude do conglomerado como legítimo exercício da liberdade imprensa, o Tribunal Federal julgou improcedente o pedido autoral. Contra tal decisão, interpôs-se Reclamação perante a Corte Constitucional, a qual foi admitida

³⁷⁵ Sentença 12 - BverfGE - 202, com fundamento na atuação verbal de 28, 29 e 30 de novembro de 1960 (tradução livre).

³⁷⁶ BVerfGE 25, 256. V., a respeito, SCHWABE, Jüngen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Op. cit. Disponível na Internet: www.kas.de/db-files/dokumente/7-dokument-dok-pdef-7738-1.pdf. Acesso em 07 de novembro de 2007.

e provida, mediante o uso de interessante ponderação entre os bens em colisão, isto é, a delimitação de um alcance da liberdade de imprensa.

Constam, das razões proferidas na decisão da Corte, argumentos jurídicos até então pouco evidenciados na jurisprudência germânica, em que se procura analisar, de um lado, os limites à liberdade de expressão e, de outro, o espaço de ponderação da liberdade de imprensa. Diversamente da matéria deduzida no festejado “Caso LÜTH”, onde não se dispunha de nenhum meio coercitivo para embasar a incitação de um boicote, a hipótese em apreço possuía uma peculiaridade, ou seja, o fato de a empresa Ré exercer uma posição de domínio no mercado editorial de jornais e revistas³⁷⁷.

Sob esse aspecto, adjacente à liberdade de expressão das empresas editoriais *Axel Springer & Sohn KG*, *Hammerich & LesserKG* e *Die Welt Verlags-GmbH*, vislumbrava-se uma posição de poder em face dos comerciantes destinatários da circular conclamando a recusa na distribuição de *Blinkfuer*, supostamente ameaçados de interrupção de entrega de seus produtos. Em decisão que se tornou célebre, sintetizou a Corte Constitucional:

(...) Em detendo aquele que expressou a convocação ao boicote uma certa posição de poder econômico, pode, destarte, até mesmo emprestar, pela [prática da] convocação, um peso mais significativo à expressão de sua opinião, à qual serve a convocação. Essa desigualdade econômica das posições isoladamente considerada ainda não torna inadmissível a convocação ao boicote, porque segundo os parâmetros constitucionais não se pode proibir ao economicamente mais forte que ele promova uma campanha intelectual em torno de opiniões.

(...)

Não obstante, os meios dos quais se serve aquele que expressou a convocação ao boicote para a imposição do mesmo têm que ser admitidos constitucionalmente. Uma convocação ao boicote não poderá ser, então, protegida pelo direito fundamental à liberdade de expressão quando ela não se basear somente em argumentos intelectuais, ou seja, não se limitar à força do convencimento a ser alcançado pela via de apresentações, explicações e ponderações, mas, além destes, valer-se daqueles meios que tiram dos destinatários a possibilidade de se tomar uma decisão em consonância com sua completa liberdade interior e livre de qualquer pressão econômica.

(...)

³⁷⁷ Tratando-se de paradigmática referência jurisprudencial da Corte Constitucional Alemã, o difundido “Caso LÜTH” remete não só a uma escolha trágica em sede de ponderação de interesses, como também serve de marco, na doutrina do direito civil-constitucional, para o debate da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Os fatos remontam a um boicote, em 1950, incitado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, ao filme “Amante Imortal”, dirigido por Veit Harlam, sob o fundamento de o referido cineasta ter produzido filme de conotação anti-semita. Tendo a produtora recorrido ao Tribunal de Hamburgo para que fosse cessado o boicote, com base no artigo 826 do Código Civil Germânico (“*Quem causar dolosamente danos a outra pessoa de forma contrária aos bons costumes fica obrigado a indeniza-los*”), uma vez provido o recurso, foi levada a questão ao Tribunal Constitucional que, em analítica decisão, reformou a sentença por entender restar violada a liberdade de expressão de Lüth. Excertos do julgamento podem ser encontrados em PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 473 - 474.

O exercício da pressão econômica, que traz para o atingido graves desvantagens e que tem por objetivo impedir a divulgação de opiniões e notícias garantidas constitucionalmente, viola a igualdade de chances no processo de formação da opinião. Ela contraria também o sentido e a substância do direito fundamental à livre expressão da opinião que tem a função de garantir a luta intelectual das opiniões (...).

Por fim, reafirmando a necessidade de proteção da diversidade na esfera da imprensa, concluiu o Tribunal que *“as liberdades de expressão e imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação de opinião na democracia livre; elas não servem à garantia de interesses econômicos. Mas, para a proteção da instituição da imprensa livre, há de se assegurar a independência de seus órgãos contra grupos de alto poderio econômico que se valham de meios inadequados para a composição e distribuição de produtos da imprensa (BVerfGE 20, 162). Para o alcance do objetivo da liberdade de imprensa, qual seja, a facilitação e garantia da formação de uma opinião pública livre, exige-se que a imprensa seja protegida contra tentativas de se destruir a concorrência das opiniões por meio dos instrumentos de pressão econômica”*.

Visto pela doutrina alemã como um dos mais emblemáticos julgados envolvendo liberdade de expressão, o “Caso BLINKFÜER” é até hoje objeto de crítica, em virtude das nuances de sua fundamentação. Em análise exaustiva sobre o tema, CLAUS-WILHELM CANARIS sugere, de forma inovadora, se tratar tal decisão como a primeira em que o Tribunal Constitucional teria reconhecido a função de um direito fundamental como “imperativo de tutela”³⁷⁸. Debruçando-se sobre o âmbito de aplicação do artigo 5º, nº 1 da Lei

³⁷⁸ Como signficante adepto da “teoria dos deveres de proteção”, o autor defende a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Concebendo a Lei Fundamental como de maior hierarquia, esta vincularia todo o ordenamento jurídico de forma direta. Haveria, no entanto, uma diferenciação a ser efetuada nas relações *inter privatos* e nas relações entre jurídicas entre o indivíduo e o Estado. No primeiro caso, não sendo os sujeitos privados os principais destinatários das normas assecuratórias de direitos fundamentais, esses exerceriam a sua função como “imperativos de tutela”. Em suas palavras, tal função constituiria, na verdade, *uma explicação dogmática convincente para a ‘eficácia mediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros’*. Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indireta – efeitos em relação a eles: *justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro*. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 58. Prossegue o autor, posteriormente: “(...) Na terminologia actual, trata-se da primeira decisão em que o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, substancialmente, a função de um direito fundamental como imperativo de tutela e resolveu o problema da “eficácia em relação a terceiros” com base nela. (...) Com efeito, não podia ecoar aqui melhor a função de imperativo de tutela do artigo 5º, nº 1 da LF, e simultaneamente também já se reconhece aqui, na substância, o seu lado de direito subjectivo – se bem que apenas incidentalmente e sem ser reflectido -, pois sem este não seria possível conceber a admissibilidade da queixa constitucional do editor da *Blinkfüer*. (...) A liberdade de imprensa do editor da *Blinkfüer* foi, antes, violada pelo Supremo Tribunal Federal, ou pela ‘norma do caso’ subjacente à sua decisão, segundo a qual não é de conceder

Fundamental³⁷⁹, afirma CANARIS que “*na verdade, seria incompatível com o sentido e a função da liberdade de imprensa que o confronto das opiniões pudesse ser conduzido, não apenas com os meios que lhe são próprios – ou seja, com palavras e outras comunicações -, mas antes desviado através do recurso a uma pressão econômica, o qual, porque não é um recurso ‘intelectual’, é incompatível com a essência daquele confronto*”³⁸⁰.

Curiosidade que se infere da decisão é que, diversamente de outros arestos atinentes a conflitos clássicos entre liberdade de expressão - em seu aspecto individual - e direitos de personalidade, os bens sob ponderação no caso em comento não traduziriam tão-somente uma mera proteção de indivíduos, mas da própria proteção de instituições, como a capacidade funcional da imprensa e do respectivo debate de opiniões³⁸¹.

Em terceiro plano, outro importante aresto, proferido em 1981, veio a confirmar a necessidade de proteção da diversidade de opiniões na esfera comunicativa. O objeto do processo consistia em indagação levada à Corte Constitucional acerca da validade das disposições de lei do Estado de Saarland, que permitia a emissão privada de programas de televisão no idioma alemão. Na ocasião do julgamento, ratificou o Tribunal a exigência de uma regulamentação legal do artigo 5º da Lei Fundamental, para fins de exploração privada da mídia. Abordando a perspectiva multidimensional da liberdade de informação, partiu-se da premissa de que: *(i) a livre formação da opinião pública e individual através da televisão exige, em princípio, uma liberdade frente ao império estatal e sua influência. Essa liberdade teria, como ocorre em outras liberdades clássicas, um significado defensivo; (ii) para uma livre e ampla formação da opinião através da televisão, seria necessária mais do que uma*

proteção a uma empresa de comunicação social contra um apelo ao boicote apoiado por pressões econômicas (...).” Ibidem, pp. 83 – 85.

³⁷⁹ Essa a redação integral do artigo 5º da Lei Fundamental (Direito à liberdade de expressão):

“1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente a sua opinião pela palavra, por escrito e pela imagem, bem como o direito de se informar, sem impedimentos, por meio de fontes acessíveis a todos. São garantidas a liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinema. Não haverá censura.

2. Esses direitos têm por limites os preceitos das leis gerais, as disposições legais para proteção da juventude e o respeito da honra.

3. São livres as expressões artística e científica, a investigação e o ensino. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.”

³⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Op. cit., p. 85.

³⁸¹ Ibidem, p. 85.

estruturação negativa por parte do Estado, mas uma atuação positiva, que assegure que a diversidade de opiniões existente na televisão se expresse o mais ampla e integralmente possível.

Em seguida, ressaltou a Corte que apesar de a liberdade de informação cumprir as mesmas funções das demais garantias da Constituição, a regulamentação da mídia eletrônica se encontraria sujeita a uma reserva parlamentar por parte dos Estados-Membros. Nesse passo, a lei de Saarland não guardaria incompatibilidade com o texto fundamental, desde que se assegurasse uma efetiva diversidade na programação televisiva. Eventuais dispositivos que contrariassem o almejado pluralismo deveriam, portanto, ser considerados inconstitucionais. Confira-se, a respeito, trecho capital da ementa da Sentença 57, datada de junho de 1981, *verbis*:

1. O artigo 5º da Lei Fundamental exige para a apresentação de programas de televisão privados uma regulamentação legal, em que se estabeleçam as medidas tendentes a garantir a liberdade de informação.

(...)

2. Dentro das perguntas acerca do que tem que regulamentar o legislador, se encontra a decisão das diretrizes para a regulamentação da televisão. No molde dos modelos de ordenamento existentes, o legislador tem que assegurar que a totalidade da oferta dos programas nacionais corresponda essencialmente à diversidade de opiniões existentes. Ademais, deve conferir caráter vinculante às diretrizes, para garantir um mínimo de equilíbrio no conteúdo, objetividade e respeito mútuo. Deve prever uma vigilância estatal limitada, regulamentar o acesso dos apresentadores privados de programas televisivos, e ainda que não possa abri-los a todos os interessados, determinar as devidas regras de seleção.

(...)

3. As disposições, que a lei sobre a apresentação de programas televisivos em Saarland estabelece para as emissoras privadas de televisão, no idioma alemão, não satisfazem a parte essencial destes requisitos constitucionais, portanto, são nulas³⁸².

Um derradeiro e mais recente julgado merece, ainda, ser relacionado. Trata-se de sentença datada de novembro de 1986, proferida em processo em que se solicitava a revisão de constitucionalidade da lei de rádio-estatal de Niedersachsen, editada em maio de 1984. Questionava-se, em outros termos, a validade de dispositivos legislativos que relativizavam a proteção do pluralismo interno na programação de emissoras privadas de rádio e televisão. Ao fundamentar juridicamente a sua decisão, o Tribunal Constitucional asseverou, em um primeiro momento, a função essencial da radiodifusão para o ordenamento democrático, bem como para a vida cultural na República Federal da Alemanha. Posteriormente, afirmou que *“na medida que o cumprimento das funções mencionadas por parte das emissoras de Direito Público, se assegure efetivamente, parece justo estabelecer*

³⁸² Sentença 57 – BverfGE – 295, proferida a partir de audiência pública de 24 de março de 1981 (tradução livre).

requisitos diferentes de emissoras públicas, para a extensão da programação e a diversidade de participação nas radiodifusoras privadas”.

Confirmando, pois, a validade da lei em comento, entendeu a Corte que, em virtude de uma expansão do setor privado de telecomunicação, a questão deveria ser considerada sob a ótica do pluralismo externo, cabendo ao Estado garantir aos cidadãos o maior acesso à informação possível dentre os meios existentes. Transcreve-se, por oportuno, teor essencial da decisão, *verbis*:

(...) Para os controles que exercem os grêmios (externos), criados para assegurar a diversidade de opiniões, aos tribunais se requer um standard básico que compreenda o pressuposto essencial para todas as correntes de opinião: a possibilidade para todas as correntes de opinião – mesmo as de minorias – de contar com um espaço nas emissoras privadas, e a exclusão unilateral da influência, em grande medida desigual, que exercem os estabelecimentos individuais nos programas em formação da opinião pública, principalmente a obstaculização do estabelecimento de um poder de opinião predominante

(...)

Estes requisitos da liberdade de televisão, e os restantes, satisfazem em princípio uma concepção do ordenamento, que se expressa no financiamento privado da televisão por meio da publicidade, e que junto aos requisitos gerais mínimos, determina claramente o pressuposto de assegurar a participação e o equilíbrio na programação, assim como o dever de assegurar que seu conteúdo, e todas as decisões significativas para o conteúdo da programação, as determine um órgão externo, independente do Estado, que estabeleça disposições legais efetivas contra a concentração do poder de opinião (...) ³⁸³.

Como se observa, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, sem embargo dos múltiplos enfoques utilizados na tarefa de concretização da Constituição, aponta para uma posição jurídica especial da liberdade de expressão na supracitada “ordem de valores”, não somente no que tange ao aspecto libertário de uma liberdade de informação, mas também sob o prisma do princípio democrático ³⁸⁴.

³⁸³ Sentença 73 – BverfGE – 118, proferida a partir de audiência pública de 3 de junho de 1986 (tradução livre).

³⁸⁴ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 16 - 17: “(...) Peculiaridades e elementos que transcendem os métodos tradicionais estão contidos, não em último lugar, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre os direitos fundamentais. Na prática, os direitos fundamentais evidenciam ser prescrições materialmente determinadas de modo sobremaneira acentuado. Lidando com eles, a jurisprudência trata, ainda que sem reflexão hermenêutica, como parte da norma a realidade parcial que pertence à norma e a embasa. Assim a compreensão do Tribunal Constitucional Federal de uma combinação específica de garantias individuais e institucionais é o resultado de uma pertinente análise do âmbito da norma de liberdade de imprensa. O mesmo vale para a legitimação de uma posição jurídica especial da imprensa em consideração das suas tarefas no estado democrático, e para a análise estrutural da ordem libertária democrática na Sentença sobre o Financiamento dos Partidos Políticos. Com referência a uma parte materialmente delimitada do âmbito da norma da liberdade de opinião, à transmissão de programas radiofônicos e televisivos, o Tribunal Constitucional Federal formulou diretrizes fundamentais para a organização das emissoras de rádio e televisão na Sentença sobre a Televisão de 28 de fevereiro de 1961 com base em cuidadosas reflexões estruturais (...)”.

Mediante uma leitura das decisões envolvendo especialmente emissoras de radiodifusão de sons e imagens – conhecidas como “Casos TELEVISÃO” - a exigência de uma igualdade no processo de formação de opinião deveria, segundo a doutrina constitucionalista, vincular não somente o Poder Público, mas também os atores privados³⁸⁵. Ao particular, portanto, caberia não somente um “direito de manifestação de opinião”, consistente na “liberdade de informação” - e, para o empresariado, de “liberdade de imprensa” -, mas também um dever de promoção do pluralismo no âmbito comunicativo. Importa repisar: distintamente do que possa parecer, a experiência constitucional alemã tem o condão de demonstrar – e essa a tese defendida no presente trabalho – que a vertente libertária da liberdade de expressão é perfeitamente conciliável com a sua perspectiva democrática. Liberdade (de opinião) e pluralismo podem - e devem – caminhar juntos.

3.3. O Pluralismo nos Meios de Comunicação e o Entendimento do Conselho Constitucional Francês.

O modelo constitucional francês não faz qualquer previsão expressa acerca de um “direito de informação” ou, em se tratando das denominadas liberdades públicas³⁸⁶, de uma eventual “liberdade de expressão”. Todavia, a despeito de tal ausência normativa semântica, tanto os juristas quanto a jurisprudência constitucional do país desempenham importante tarefa na construção de um caráter valorativo a ser imputado às aludidas liberdades.

³⁸⁵ Vale ressaltar, no que diz respeito à denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, que a doutrina germânica, em sua maioria, adere à teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Valendo-se da clássica concepção da Constituição como “ordem de valores”, nega-se, na esfera *inter privados*, a aplicação direta dos citados direitos, sob pena de desfiguração do Direito Privado e extermínio da autonomia da vontade. Sob essa ótica, caberia, primeiramente, ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação de direitos fundamentais aos particulares, procedendo a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito. Ao Judiciário caberia, em segundo plano, o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, tendo em consideração os direitos fundamentais. V., sobre o tema, HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madri: Civitas, 1995. V., na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³⁸⁶ No âmbito do Direito Francês, é comum o uso do termo “liberdades públicas” para designar os “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”, terminologia objeto de intensa discussão na doutrina. Para uma distinção entre o conceito de “liberdades públicas” e “direitos fundamentais”, v. NOGUEIRA, Alberto. *Direito Constitucional das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p. 7 e seguintes.

De acordo com o entendimento uníssono da doutrina, apesar de a Constituição Francesa de 1958 não contemplar um dispositivo de proteção literal de manifestação de pensamento, certo é que a parte preambular do texto constitucional faz alusão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo regramento normativo comporia o chamado “bloco de constitucionalidade” do ordenamento jurídico francês³⁸⁷. Consoante o magistério de MARTINE LOMBARD, “a expressão bloco de constitucionalidade é utilizada para sublinhar a extensão do campo de normas constitucionais. O Conselho Constitucional utiliza, primeiramente, a formulação de normas de constitucionalidade (...). O bloco de constitucionalidade se estende aos próprios artigos da Constituição. Com efeito, reenviando o preâmbulo da Constituição de 1958 à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e ao preâmbulo da Constituição de 1946³⁸⁸, o Conselho Constitucional resgatou juntamente vários princípios ao status de valor constitucional, cujo respeito se impõe à Administração”³⁸⁹.

Em outras palavras, o referido “bloco de constitucionalidade” não se limita aos artigos da Constituição Francesa de 1958³⁹⁰, dele também sendo parte integrante outros enunciados, como, no caso concreto, o artigo 11 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe que “a livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos

³⁸⁷ Eis a redação do preâmbulo da Constituição Francesa de 4 de outubro de 1958: “Le peuple français proclame solennement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004. (...) Em vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d’Outre-Mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique” (O povo francês proclama solenemente seu acatamento aos Direitos do homem e aos princípios da soberania nacional tais como definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946, do mesmo modo que aos direitos e deveres definidos dentro da Carta de 2004 – tradução livre).

³⁸⁸ O preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 também mencionava o respeito aos direitos e liberdades do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789, bem como aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

³⁸⁹ LOMBARD, Martine. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1999, pp. 15 – 16 (tradução livre). Pontifica o autor: “(...) Très riche malgré sa brièveté, le préambule de la Constitution proclame en effect l’attachement du peuple français tout à la fois aux droits de l’homme définis par la déclaration de 1789, et, par un renvoi au préambule de la Constitution de 1946, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et aux principes politiques, économiques et sociaux définis em 1946 comme étant particulièrement nécessaires à notre temps (...)”.

³⁹⁰ O artigo 34 da Constituição Francesa dispõe que “a lei deve fixar as regras concernentes às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas”.

mais preciosos do homem: todo cidadão pode ainda falar, escrever, publicar livremente, podendo responder ao abuso dessa liberdade dentro dos casos determinados pela lei”.

Observa-se, por correlato, sob uma perspectiva jurídico-subjetiva, a necessidade de uma proteção da liberdade de expressão, nos termos da supracitada Declaração, o que, historicamente, veio a ser ratificado com o advento da “Lei sobre a Liberdade de Imprensa”, de 29 de julho de 1881, até hoje sendo a base do Direito Positivo francês. Registre-se, nesse sentido, que a exemplo do ordenamento norte-americano e alemão, a regra geral na França, desde o final do século XIX, é a plena liberdade de comunicação.

A conhecida tradição liberal, todavia, não tardou a ser revista no século XX. Diversos problemas envolvendo a liberdade de imprensa e a concentração de poder econômico começaram a ser detectados, tais como: o aumento do espectro dos destinatários da informação, com a evolução dos jornais e acesso a todas as camadas da população; a posição de parcialidade na emissão de notícias, cada vez mais comprometidas com os financiadores dos meios de comunicação; e a notória evolução das técnicas de impressão. O resultado de tal combinação seria uma concentração do mercado comunicativo e, conseqüentemente, um comprometimento do direito de informação dos leitores, destinatários das mensagens. Consoante bem assinalado por JEAN RIVERO e HUGUES MOUTOUH:

(...) O fruto esperado da liberdade de imprensa é a possibilidade, para todas as correntes de opinião, de se fazer ouvir. Essa possibilidade se atenua. O direito de ‘imprimir livremente’ para ‘comunicar suas opiniões’ reconhecido a todos só se concretiza para aqueles que possuem os meios financeiros necessários para sua execução. Concretamente, aparecerem verdadeiros grupos de imprensa que unificam vários títulos sob uma única direção, e em conseqüência uma única inspiração ideológica. A liberdade de expressão se atenua. Por essa razão, a liberdade do leitor, que vê restringir-se suas possibilidades de escolha, fica comprometida

(...)

A liberdade se acha igualmente comprometida pelos jornais que subsistem. Ela o é duplamente. A necessidade, para viver, de conservar, até mesmo aumentar, os recursos provenientes da publicidade, proíbe o jornal de tomar posições muito claras, que trariam o risco de afastar uma parte de seus leitores. Ele é condenado à mornidão de suas opiniões. De outro lado, o domínio do jornal pertence aos detentores de capitais. A orientação que eles lhe impõem pode ser determinada pela busca do lucro ou pela vontade de modificar a opinião pública num sentido favorável às suas atividades extrajornalísticas. Em ambos os casos, o jornalista, condenado a se fazer o servidor dos interesses em causa, perde sua liberdade de expressão (...) ³⁹¹.

Ao lado de uma liberdade de informar, passou a se evidenciar, na esfera comunicativa, uma necessidade de se proteger também um “direito de ser informado”, consubstanciado na promoção de um pluralismo e transparência na veiculação da informação.

³⁹¹ RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 561.

E é justamente esse prisma que passou a ser enfrentado em julgamentos mais recentes dos órgãos constitucionais.

Questiona-se, contudo, do ponto de vista objetivo, se, na esteira da jurisprudência norte-americana – moldada sob a *fairness doctrine* - e alemã, as instituições francesas também zelariam por um respeito à diversidade de opiniões na mídia impressa e eletrônica. E a resposta é afirmativa. Confira-se.

Como é de trivial conhecimento no Direito Constitucional, ao ângulo do momento do exercício do controle de constitucionalidade, existe uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, realizado anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei, e um controle repressivo, realizado, em regra, por um órgão judicial, quando a lei já está em vigor³⁹². Ocorre que devido a uma rígida e estrita concepção do princípio da Separação de Poderes³⁹³, o sistema constitucional francês não admitia, até pouco tempo, um controle judicial *a posteriori*. Ou seja, ao contrário de outros países, adota-se na França tão-somente um controle preventivo de constitucionalidade, exercido por um órgão de natureza política, denominado “Conselho Constitucional” (*Conseil Constitutionnel*). Preceitua o artigo 61 da Constituição Francesa:

Art. 61. As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Assembléias parlamentares, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição. Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, o pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá se pronunciar dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias. Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Anote-se, mediante uma leitura do dispositivo da lei Fundamental, e da própria *Loi Organique sur le Conseil Constitutionnel*, que o órgão de controle – o Conselho Constitucional -, ao apreciar a constitucionalidade de projetos de leis, não fulmina por

³⁹² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, pp. 45 – 46.

³⁹³ Na doutrina francesa, o princípio da Separação de Poderes, aludido no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem de 1789, é visto como a mais brilhante manifestação do dogmatismo da Assembléia Nacional. V., a propósito, TROPER, Michel. *La Séparation des Pouvoirs et l'histoire Constitutionnelle Française*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pp. 157 – 158: “(...) Lê très célèbre article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme apparaît aux yeux des juristes qui entendent l'expression [séparation des pouvoirs] dans sens moderne, comme la manifestation la plus éclatante du dogmatisme de l'Assemblée (...)”.

completo o teor integral de sua redação, mas, pelo contrário, no caso de violação do texto constitucional, declara uma “não conformidade” somente das expressões incompatíveis com a Carta Magna, preservando-se as restantes³⁹⁴.

Nesse contexto, passa-se a descrever três julgados envolvendo a livre manifestação do pensamento e a defesa expressa do pluralismo nos meios de comunicação de massa.

Em julho de 1982, ao apreciar a constitucionalidade da “Lei de Comunicação Audiovisual”, o Conselho Constitucional veio a enfrentar pela primeira vez a perspectiva jurídico-objetiva da liberdade de informação³⁹⁵. Contestava-se, na oportunidade, a obrigatoriedade de submissão dos serviços privados de televisão a um regime de concessão de serviço público. No corpo da decisão, duas questões de ordem foram analisadas: (i) a existência de uma eventual violação do princípio da igualdade perante a lei, em virtude de uma iminente restrição da liberdade de informação somente para as associações autorizadas a explorar um serviço local de radiodifusão; (ii) a existência de uma violação à liberdade de empresa, haja vista um controle dos recursos publicitários dos serviços de radiodifusão.

Sob o prisma da fundamentação jurídica, o intróito da decisão remeteu, primeiramente, o direito à livre expressão do pensamento ao artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem, que se relacionaria, da mesma forma, a uma liberdade de empreendimento. Em seguida, considerou-se que: *(i) após a abrogação do regime de monopólio da radiodifusão, as restrições à liberdade de comunicação pelos meios audiovisuais, assim como em matéria de imprensa escrita, somente poderiam ser justificadas por motivos de polícia; (ii) haveria uma necessidade de autorização para o estabelecimento de certas infra-estruturas e instalações de comunicação audiovisual situadas sobre uma*

³⁹⁴ Sobre a apreciação das contradições entre a lei ordinária e a lei constitucional, assinala-se que se o Comitê Constitucional reconhecer que existe uma contradição entre o projeto de lei e a Constituição, a consequência desta constatação é que a lei é reenviada à Assembléia Nacional para nova deliberação. V., nesse sentido, HAURIU, M. André. *Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Paris V, 1956 – 1957, pp. 837 – 838.

³⁹⁵ A legislação de comunicação audiovisual enumera três dispositivos essenciais à garantia de um pluralismo no setor comunicativo: a supressão de um monopólio no que tange à difusão da informação; a criação de organismo hábil a assegurar uma independência do audiovisual (a denominada “Alta Autoridade da Comunicação Audiovisual”); e a liberalização do setor público, retirando da esfera governamental competências como a nomeação de presidentes de empresas, atribuição de frequências de rádio, entre outras. V. RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Libertades Públicas*. Op. cit., pp. 589 – 590.

propriedade privada; (iii) a regulamentação do artigo 34 da Constituição Francesa , que repousaria em meio às circunstâncias concedidas para a salvaguarda da ordem pública, não deveria exceder mais do que o necessário à garantia de uma liberdade; (iv) o exercício da liberdade de comunicação, tal como resultaria do artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem, com, de uma parte, os limites técnicos inerentes aos meios de comunicação audiovisual e, de outra parte, os objetivos de valor constitucional que são a salvaguarda da ordem pública, o respeito à liberdade de outrem e a preservação do caráter pluralista das correntes de expressão sociocultural aos quais estes meios de comunicação, por sua influência considerável, seriam suscetíveis de ser atingidos.

Registrando a inexistência de liberdades gerais ou absolutas em meio a um quadro de regulamentação instituído pela lei, entendeu o Conselho – em nome de um pluralismo - que a Lei Orgânica sobre a Comunicação Audiovisual não seria contrária à liberdade de comunicação e de empresa, razão pela qual, ausente qualquer violação ao princípio da igualdade, deveria ser declarada conforme à Constituição³⁹⁶.

Cumprindo narrar, ainda, a título de ilustração, duas outras sugestivas decisões do Conselho Constitucional, proferidas, respectivamente, em julho e setembro de 1986.

Cuidava-se, em primeiro lugar, na ocasião, de análise da constitucionalidade de lei de reforma jurídica do regime de imprensa (Lei nº 84-937, de 23 de outubro de 1984), que visava à limitação da concentração e garantia da transparência financeira e do pluralismo nas empresas de imprensa, que teria *status* de valor constitucional no ordenamento jurídico francês.

Em um primeiro momento, partiu o Conselho Constitucional da premissa de que o campo de aplicação de uma lei, em meio ao respeito à Constituição, era livremente operado pelo próprio legislador, razão pela qual deveriam ser resguardados os objetivos constitucionais de transparência e pluralismo. Em seguida, considerando que as alterações realizadas pela referida legislação denotavam, em verdade, mitigação ao rigor anterior de leis que restringiam a concentração de mercado, passou o Órgão Constitucional a proceder a um

³⁹⁶ Décision nº 82-141 du 27 juillet 1982, extraída do site <http://www.Conseil-constitutionnel.fr>. Destaca-se, por oportuno, que o artigo 1º da referida decisão declarou a inconstitucionalidade de certas expressões contidas na lei, que, no entanto, não são atinentes ao objeto do presente trabalho.

exame atento da validade do artigo 11 da Lei nº 84-937, cuja redação previa uma proibição, a partir de um percentual de 30%, de aquisição de publicação cotidiana de informação política e geral, ou da detenção de maioria do capital social dos direitos de voto de uma empresa dessa natureza.

No decorrer de sua fundamentação, enfatizou o Conselho: *(i) que o pluralismo dos cotidianos de informação política e geral constituem um objetivo de valor constitucional; (ii) que, com efeito, a livre comunicação de pensamento e opiniões, garantida pelo artigo 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, não seria efetiva se o público ao qual se endereçam tais cotidianos não dispusesse de um número suficiente de publicações de tendências e de características diferentes; (iii) que o objetivo a ser realizado era que os leitores seriam os destinatários essenciais da liberdade proclamada pelo citado artigo 11, e deveriam exercer sua livre escolha sem que nenhum dos interesses privados ou dos poderes públicos pudessem substituir suas próprias decisões.*

Considerando, assim, que o texto do artigo 11 da Lei nº 84-937, apesar de mencionar o percentual de 30%, não previa que tal proibição se aplicasse a uma pessoa física juridicamente distinta da adquirente quando essa última fosse somente sua dependente, entendeu o Conselho que as modalidades de proteção do pluralismo na imprensa e, mais genericamente, dos meios de comunicação, não estariam efetivamente asseguradas. Concluiu, então, por declarar o aludido artigo 11 “não conforme à Constituição”, preservando-se a validade dos outros dispositivos da lei de reforma³⁹⁷.

Destaca-se, em segundo lugar, na mesma época, outra importante decisão do Conselho Constitucional, desta vez com específica referência sobre o regime jurídico das empresas de radiodifusão³⁹⁸.

Tratava-se, na ocasião, do exame de constitucionalidade da lei francesa relativa à liberdade de comunicação. Adotando a proteção do pluralismo nos serviços de comunicação difusos pela via terrestre ou por satélite, o Conselho, reiterando posicionamento anterior no sentido de evidenciar “*o respeito ao pluralismo como das condições da*

³⁹⁷ Décision nº 86-210 DC du 29 juillet de 1986, extraída do site <http://www.Conseil-constitutionnel.fr>.

³⁹⁸ Décision nº 86-217 DC du 18 septembre de 1986, extraída do site <http://www.Conseil-constitutionnel.fr>.

democracia”, assentou que “*a liberdade de exploração e utilização dos serviços de telecomunicação podem estar limitados na medida necessária para salvaguarda da expressão pluralista das correntes de opinião*”.

Com relação ao setor público, poderia o legislador fixar certas regras destinadas a garantir o pluralismo das correntes de pensamento sócio-culturais, dentre as quais: na esfera eleitoral, o direito a grupamentos políticos do livre acesso ao serviço público de radiodifusão televisiva durante as campanhas eleitorais; no mesmo campo, o fato de o Governo poder, a todo momento, difundir pelas sociedades nacionais de programa todas as declarações ou comunicações que julgasse necessárias; por fim, a garantia de um direito de resposta às emissões anunciadas. Nesse sentido, entendeu-se como conforme à Constituição Francesa o artigo 13 da lei em questão, que dispunha que “*a Comissão nacional da comunicação e das liberdades objetiva para as suas recomendações o respeito à expressão pluralista das correntes de pensamento e opinião dentro dos programas de sociedades nacionais de programação e notadamente para as emissões de informação política*”.

A tarefa precípua da Comissão referida consistia no estabelecimento de diretrizes a serem aplicadas aos serviços de comunicação audiovisual, como, por exemplo, a imposição de uma duração mínima de determinados programas julgados fundamentais; a observância do pluralismo de informação nos programas veiculados; a consagração de um tempo mínimo para a difusão de obras de expressão de origem francesa; uma contribuição mínima às ações culturais, educativas ou de defesa dos consumidores e, até mesmo, a previsão de uma duração máxima para a divulgação de publicidade.

Simetricamente, quanto ao domínio do controle de concentração de mercado, ratificou-se a validade de dispositivos (artigos 38 e seguintes da lei) que regulamentavam a possibilidade de uma mesma pessoa ser titular de diversas autorizações relativas a um serviço de comunicação audiovisual, para o fim de ser coibido o exercício de uma influência preponderante no segmento.

Infere-se, a partir de uma análise pormenorizada dos julgados em comento, que a concepção de liberdade de imprensa e expressão adotada pelo Conselho Constitucional privilegia, em verdade, os direitos dos destinatários da informação. Em todo momento, no corpo das decisões, faz-se alusão a nomenclaturas como “*liberdade dos leitores*”, “*livre*

escolha dos leitores”, tendo sido expressamente positivado em sede jurisprudencial que “*os leitores seriam os destinatários essenciais da liberdade proclamada pelo artigo 11 da Declaração de Direitos de 1789*”.

Haveria, em resumo, dois aspectos evidenciados pelas decisões do Conselho Constitucional: primeiramente, o fato de que a liberdade de expressão, ilustrada pela Lei de 1981, consistiria uma liberdade dos autores e editores; e, secundariamente, em complementação à idéia anterior, o fato de que tal liberdade somente seria efetiva se respeitada uma liberdade dos receptores da informação, ou seja, no caso da imprensa, os leitores, como ilustrado na Lei de 1984. Redimensionando-se a primeira concepção, e, com base em um pluralismo, o direito de informação deixaria de ser visto como um “direito de informar” – tratado aqui como uma “liberdade de informação” - para se tornar um “direito de ser informado”. Nas palavras de LOUIS FAVOREU:

(...) O Conselho Constitucional aceita uma certa limitação da liberdade de empresa e do direito de propriedade dos patrões da imprensa a fim de preservar o direito à informação.

(...)

Admite notadamente que o direito de propriedade recebe certas limitações, assim como os limites impostos pela transparência financeira.

(...)

O Conselho Constitucional consagra, sobre o prisma dos princípios, a concepção intervencionista do legislador, para que a liberdade de imprensa não se defina exclusivamente pela ausência de obstáculo, exigindo-se uma ação positiva.

(...)

A aceitação pelo Conselho Constitucional dos objetivos do pluralismo e de transparência propostos pelo legislador se explica pela necessidade de favorecer ao máximo o direito à informação dos indivíduos (...) ³⁹⁹.

Nota-se, desta forma, que, na linha da teoria desenvolvida nessa Terceira Parte, e, em conformidade com a jurisprudência alemã, o essencial dentro da liberdade de expressão – sob o viés jurídico-objetivo – é o direito de livre escolha dos receptores da informação (leitores e destinatários da mensagem), devendo-se ter como norte uma preservação do pluralismo nos meios de comunicação ⁴⁰⁰.

³⁹⁹ FAVOREU, Louis Loic Philip. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 4e. édition. Paris: Sirey, 1986, pp. 652 – 655.

⁴⁰⁰ Conforme se demonstrará linhas adiante, a idéia encontra perfeita simetria no sistema constitucional brasileiro, sobretudo ao se considerar o “pluralismo político” como fundamento da República, e o “acesso à informação” como direito fundamental positivado no inciso XIV do artigo 5º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, é possível se identificar algumas condutas que aproximam, em certa medida, o entendimento firmado no Conselho Constitucional francês com os ideais da *fairness doctrine* desenvolvida nos Estados Unidos da América. No âmbito legislativo, destaca-se, além das disposições acima descritas, já declaradas conformes ao texto constitucional, a previsão de um “direito de resposta” (análogo ao *right to reply* imposto pela FCC), prescrito no artigo 13 da “Lei de Liberdade de Imprensa, de 1881”⁴⁰¹, e transposto para o setor de radiotelevisão na década de 1970⁴⁰².

Na esfera governamental, tal como a ideia proposta CASS SUNSTEIN, se constata uma reformulação da conduta do Estado, de mera abstenção na liberdade de imprensa, para uma subvenção aos agentes privados, com vistas ao fortalecimento do pluralismo. A ajuda pública estatal pode se dar através de incentivos fiscais (com a isenção de tributos) ou mediante o emprego de recursos financeiros⁴⁰³.

É justamente com base nessa concepção - democrática e pluralista - que se destaca, no modelo francês, um dos mais relevantes instrumentos de preservação da diversidade cultural: o denominado “Conselho Superior do Audiovisual” (*Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*), criado a partir do “Conselho das Comunidades Européias” (*Conseil des Communautés Européennes*).

De suma importância no campo administrativa, o Conselho foi instituído, no final da década de 1980, após a celebração do tratado internacional fundador da “Comunidade Econômica Européia”, cujas diretivas básicas previam a “*adoção de meios assegurando a passagem para uma marcha comum de produção e distribuição de programas, criando-se condições de concorrência leal sem prejudicar a função de interesse público que incumbe aos serviços de radiodifusão televisual*”; “*a adoção do Estado-Membro de origem*”

⁴⁰¹ A legislação obriga a todo periódico inserir, dentro dos prazos especificados, a resposta que toda pessoa – física ou jurídica – mencionada em artigo ou notícia, entende como necessária evidenciar aos leitores.

⁴⁰² V. RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Op. cit., pp. 598 – 599: “(...) Limitado de início ao setor público, o direito de resposta foi estendido ao conjunto do audiovisual. No regime atual, o direito de resposta se aplica às pessoas físicas bem como às jurídicas. É subordinado à difusão de imputações suscetíveis de atentar contra a honra ou reputação. O procedimento é rápido: ao pedido de resposta, apresentado dentro dos oito dias da difusão contestada, o responsável da sociedade incriminada deve responder num prazo idêntico. Em caso de recusa ou de silêncio, o presidente do tribunal de grande instância, estatuindo em cautelar, pode ordenar coercitivamente a difusão da resposta em condições iguais à da emissão em questão (...)”.

⁴⁰³ *Ibidem*, pp. 570 – 571.

em garantir a livre circulação de emissões”; sendo, ainda, essencial que “*os Estados evitem atos prejudiciais à livre circulação e ao comércio de emissões televisivas ou suscetíveis de favorecer a formação de posições dominantes que impusessem limites ao pluralismo e à liberdade de informação televisiva*”. Consigna, por último, como objeto “*o respeito aos imperativos concernentes à defesa dos consumidores e à lealdade das transações comerciais e concorrência*”.

Com o fito de regulamentação do referido acordo, em outubro de 1989, foi editada a Diretiva “*Televisão sem fronteiras*”, visando à coordenação de certas disposições legislativas e administrativas dos Estados, relativas especificamente ao exercício das atividades de radiodifusão televisual. O texto aborda basicamente questões como a promoção da distribuição e produção de programas televisivos, destacando-se, dentre os diversos preceitos, o controle da publicidade na televisão (artigos 10 e seguintes), a proteção das minorias e da ordem pública (Capítulo V)⁴⁰⁴, o direito de resposta (artigo 23)⁴⁰⁵ e a instituição de um “Comitê de Contato”, composto por representantes das autoridades competentes dos Estados-Membros (Capítulo VI).

De repercussão extremamente positiva para o fortalecimento da democracia no âmbito comunicativo, a natureza e atuação do “Conselho Superior do Audiovisual” se assemelham às agências reguladoras instituídas no Brasil durante a década de 1990. Entende-se, inclusive, de bom proveito a criação no modelo regulatório brasileiro de um órgão fiscalizador nos mesmos moldes do Conselho Francês, que certamente serviria de auxílio para a consecução dos princípios informadores da Ordem Social da Constituição de 1988. O tema, entretanto, virá a ser pontuado em tópico oportuno mais adiante.

⁴⁰⁴ O artigo 22 imputa aos Estados uma responsabilidade para que as emissões dos organismos de radiodifusão televisual não violem gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores, especialmente no que toca a programas compreendendo cenas de pornografia ou violência gratuita. Preceitua, ainda, um dever de zelo para que as emissões televisivas não contenham alguma incitação ao ódio por razões de raça, sexo, de religião ou de nacionalidade.

⁴⁰⁵ Dispõe o artigo 23 que “sem prejuízo de outras disposições de direito civil, administrativo ou penal, adotadas pelos Estados-Membros, toda pessoa física ou moral, sem distinção de nacionalidade, dentro de seus direitos legítimos, no que concerne notadamente à sua honra e reputação, deve poder se beneficiar de um direito de resposta ou de medidas equivalentes”.

3.4. Democracia, Pluralismo e Liberdade de Expressão no Ordenamento Brasileiro.

O exame, em sede de Direito Comparado, do comportamento doutrinário e jurisprudencial em torno de uma vertente pluralista da liberdade de expressão permite demonstrar premissa teórica que embasa o presente trabalho, qual seja, o fato de que, com relação à restrição de uma liberdade de manifestação do pensamento, a concepção libertária e a democrática não seriam meramente excludentes, mas complementares.

Mesmo em países de tradição tipicamente liberal, a exemplo dos Estados Unidos da América, já se investigou a adoção, pela Suprema Corte, de uma doutrina que contemplasse “os mais variados pontos de vista sobre determinados temas, notícias ou informação”. Ainda que em período de refluxo desde meados da década de 1980, a denominada *fairness doctrine*, encampada pela jurisprudência na década de 1960, ainda encontra algum fôlego no âmbito doutrinário norte-americano⁴⁰⁶.

Na Alemanha e França, onde a liberdade de expressão também desfruta, além de expressa previsão no texto constitucional, de elevado *status* axiológico, não se ignora a necessidade de se promover, concomitantemente ao seu reconhecido *status negativus*, uma promoção do pluralismo na esfera comunicativa, essencial à preservação e funcionamento do princípio democrático. Diversas decisões dos Tribunais Superiores ratificam tal concepção⁴⁰⁷.

No ordenamento brasileiro, no entanto, a vertente democrática da liberdade de expressão ainda é pouco – ou quase nada – explorada. A vasta produção intelectual acerca

⁴⁰⁶ O argumento central para os defensores de uma “restauração” da doutrina no cenário norte-americano se calca na existência de poucas licenças para empresas de radiodifusão sonora e de imagens, se tomado em consideração o elevado número de espectadores. Confira-se, a propósito, RENDALL, Steve. “Fairness Doctrine. How We Lost it, and Why We Need it Back”. Disponível em <http://www.commondreams.org/views05/0212-03.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010. Em sentido oposto, leia-se ANDERSON, Brian C.; THIERER, Adam T. *A Manifesto for Media Freedom*. New York: Encounter Books, 2008, pp. 24 – 43. Curiosamente, os autores se referem à aludida doutrina como “*unfairness doctrine*”.

⁴⁰⁷ O tema já foi objeto de tópicos anteriores.

de temas correlatos à liberdade de expressão e de informação se limita a investigar conflitos clássicos entre a liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e bens de personalidade, de outro. Simetricamente, no âmbito jurisprudencial, a quase totalidade das decisões judiciais versa sobre o caráter libertário da liberdade de informação, sendo certo que qualquer movimento contrário a tal perspectiva rapidamente passa a receber o rótulo de “retorno à censura”.

A explicação para tal fato é demasiadamente simples. Nos Estados Unidos da América, o *free speech* foi alçado à esfera constitucional em 1791, com o advento da Primeira Emenda (*First Amendment*), tendo a história da Suprema Corte desenvolvido desde então a construção de uma “posição de preferência” da liberdade do discurso. Na França, a livre comunicação dos pensamentos e opiniões vigora desde a Declaração Universal de Direitos do Homem, datada de 1789, sendo considerada parte integrante do chamado “bloco de constitucionalidade”. Na Alemanha, desde o período pós Segunda Guerra, o Tribunal Constitucional se empenha na delimitação de uma liberdade pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, por sua vez, a liberdade de expressão sobreviveu em meio a percalços institucionais, ou seja, teve o seu grau de proteção constitucional oscilado durante golpes e contragolpes que marcaram a história do país⁴⁰⁸. A alternância entre Constituições outorgadas e democráticas não permitiu um livre desenvolvimento do “mercado de ideias” comum ao ordenamento norte-americano e a outras nações europeias. Soma-se a isso a recente restauração da Constituição ao topo da ordem jurídica, fruto de um movimento de redemocratização após anos de ditadura militar⁴⁰⁹. O passado sombrio dos famosos “anos de

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Volume 97, pp. 181 - 198, 2010. V., ainda, BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁰⁹ Confira-se, a respeito do tema, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010: “(...) Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (...)”.

chumbo” ainda assusta, e muito, especialmente quando posta em xeque a garantia da liberdade de expressão. A visão tipicamente absentéista do Estado na esfera comunicativa brasileira se encontra, portanto, amplamente justificada.

Todavia, mais de vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, se está diante da necessidade de se dar um passo mais à frente. É chegado o momento de, ao lado da visão puramente libertária, se desenvolver uma concepção democrática da liberdade de expressão no Brasil, vital para o regular funcionamento dos principais interesses constitucionais ligados ao meio comunicativo.

Transportando-se, portanto, o debate, para o cenário brasileiro, entende-se que, com as devidas particularidades do sistema constitucional pátrio, a implantação de uma *fairness doctrine* seria não somente permitida, como adequada aos ditames constitucionais.

Em artigo pioneiro sobre o tema⁴¹⁰, GUSTAVO BINENBOJM externa sua posição em defesa de uma “*fairness doctrine*” no âmbito nacional⁴¹¹. Ao examinar a regulação dos meios de comunicação de massa, à luz da Constituição Federal de 1988, parte o autor das seguintes premissas:

(i) em razão da proclamação do pluralismo político (artigo 1º, inciso V) como um dos princípios fundamentais da República, ao lado do seu espectro político-partidário, deveria a regulação dos meios de comunicação de massa se pautar pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla;

⁴¹⁰ Cabe assinalar, entretanto, que em texto prefacial na clássica obra de OWEN FISS referente ao tema da *fairness doctrine*, BINENBOJM já havia identificado o que se chama de “fina ironia do papel do Estado” em relação à liberdade de expressão e de imprensa, destacando a necessidade de busca de um ponto ótimo na intrincada tarefa do Poder Público na esfera comunicativa, ocasião em que exerceria, ao mesmo tempo, um papel de “inimigo mortal e amigo imprescindível dessas liberdades”. Discorrendo, pois, sobre o complexo dilema entre as dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão, aduz que “(...) qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa (...)”. CF. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, p. 4.

⁴¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 473 – 497.

(ii) a norma contida no artigo 220, parágrafo 5º, da Constituição da República, proíbe a sujeição dos meios de comunicação social a monopólio ou oligopólio, tendo sido dispensado, pelo texto constitucional, às liberdades de expressão e de imprensa, um tratamento que procura compatibilizar o seu aspecto defensivo (*liberdade de*) com o seu aspecto protetivo (*liberdade para*). Assim sendo, deve o agente concretizador da Constituição buscar uma concordância prática entre os valores condensados nos princípios em tela⁴¹²;

(iii) algumas normas constitucionais mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa, como o direito de resposta e o direito de acesso à informação;

(iv) no caso do direito de resposta, previsto no inciso V, do artigo 5º, da Constituição Federal, esse não pode ser compreendido no Brasil como um direito puramente individual, mas como um instrumento de mídia colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista⁴¹³;

(v) o direito de acesso à informação, por sua vez, deve ser visto *como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral*. Nesse sentido, o artigo 221 da Lei Maior já define um conjunto de obrigações positivas a serem observadas na produção e programação das emissoras de rádio e televisão⁴¹⁴;

⁴¹² BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Op. cit., p. 490.

⁴¹³ Ibidem, p. 491: “(...) De fato, além de um conteúdo tipicamente *defensivo* da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elasticado para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta (...)”.

⁴¹⁴ Essa a redação do artigo 221 da CF: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

(vi) haveria, na Constituição de 1988, um *mandamento de otimização* implícito em todos esses supracitados dispositivos, que impõe um dever para o Estado de reconhecer e promover fenômenos como as *rádios comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social*⁴¹⁵.

Posicionando-se pela constitucionalidade de uma versão nacional da *fairness doctrine*, afirma BINENBOJM que a Carta de 1988 provê diversos mecanismos de proteção tanto da autonomia dos órgãos de imprensa, como também de defesa de interesses de leitores e outros receptores, razão pela qual as liberdades de expressão e de imprensa possuiriam uma natureza dúplice, apresentando-se, simultaneamente, como garantias liberais defensivas e garantias democráticas positivas. Em suas palavras, “*o Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias*”⁴¹⁶.

Na mesma esteira de entendimento, cabe destacar, ainda na doutrina brasileira, a concepção de DANIEL SARMENTO sobre o tema em debate. Em artigo que aborda a adoção do pluralismo na esfera comunicativa, o autor examina com percuciência a tensão existente entre os dois principais valores da liberdade de expressão, quais sejam, a proteção da liberdade individual e a garantia da democracia⁴¹⁷. Após enfrentar a visão jurisprudencial da liberdade de expressão em sede de Direito Comparado, passa a defender com veemência uma postura ativista do Estado no debate público, sustentando ser indispensável a intervenção estatal na autonomia individual⁴¹⁸.

⁴¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Op. cit., p. 494.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 495.

⁴¹⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 263 – 299.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 286: “(...) Na nossa opinião, a intervenção estatal visando a democratizar a esfera comunicativa é indispensável. Mais que uma faculdade, ela deve ser concebida como um verdadeiro dever do Estado, sobretudo em sociedades desiguais como a brasileira, em que os meios de comunicação social se encontram excessivamente concentrados nas mãos de uma pequena elite, e o mercado não proporciona aos pobres qualquer acesso real à mídia. Esta intervenção não opera contra, mas a favor da liberdade de expressão, que não deve, portanto, ser concebida como um mero direito negativo a uma abstenção estatal (...)”.

Apropriando-se das idéias de RONALD DWORKIN⁴¹⁹, afirma o constitucionalista que a capacidade de expressão constitui um dos aspectos centrais da dignidade da pessoa humana, pelo que tornar-se-ia necessário assegurar a possibilidade real de exercício de tal direito⁴²⁰. Como sustentáculo jurídico na defesa de uma vertente ativista estatal, SARMENTO faz referência a diversos preceitos da Constituição de 1988 que protegeriam de forma ampla a liberdade de expressão, tais como o artigo 5º, incisos IV (que prevê a liberdade de manifestação do pensamento) e XIV (que trata do direito ao acesso à informação), artigo 220 (que regula a comunicação social) e o artigo 3º (que enumera os objetivos fundamentais da República). Refutando, pois, uma visão libertária do modelo constitucional brasileiro, expressa que:

(...) A idéia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos Poderes Públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas à viabilização do seu exercício pelos mais pobres (...) ⁴²¹.

Corroborando o posicionamento de GUSTAVO BINENBOJM, observa o autor que o texto constitucional relativiza a autonomia editorial da mídia eletrônica, como se infere da leitura dos princípios contidos no já mencionado artigo 221, o que justificaria uma intervenção do Estado na esfera privada para promoção do pluralismo no âmbito da comunicação social⁴²².

⁴¹⁹ Vale-se o autor, nesse ponto, da concepção de DWORKIN no artigo *Why Speech Must be Free*. In: *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 288.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 290: "(...) Na verdade, o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do *status quo*, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Isto se percebe facilmente, por exemplo, na leitura dos objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º do texto magno, que devem servir de guia na interpretação dos demais preceitos da Constituição. O constituinte partiu da inquestionável premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado. Este claro compromisso com a transformação social tem de ser levado em consideração na interpretação e aplicação dos preceitos da Lei Maior, e também, como não poderia deixar de ser, na exegese da liberdade de expressão (...)"

⁴²² Após analisar com minúcias o caráter ambíguo da liberdade de expressão, conclui o doutrinador que sua tese "(...) é a de que a Constituição de 1988, devidamente interpretada, dá o norte para o enfrentamento da grave patologia da esfera pública brasileira. Com efeito, infere-se da Carta de 88 o dever constitucional do Estado de agir para tornar efetivos a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos, através da promoção e

De forma esquematizada, os fundamentos constitucionais suscitados em favor de uma *fairness doctrine* no ordenamento brasileiro poderiam ser assim compendiados:

Princípio Democrático	Artigo 1º, <i>caput</i> , da CF
Pluralismo Político	Artigo 1º, inciso V, da CF
Princípio da Solidariedade	Artigo 3º, inciso I, da CF
Liberdade de Manifestação do Pensamento	Artigo 5º, inciso IV, da CF
Direito de Resposta	Artigo 5º, inciso V, da CF
Princípio do Acesso à Informação	Artigo 5º, inciso XIV, da CF
Proibição de Monopólio	Artigo 220, §5º, da CF

Os princípios democrático e do pluralismo, prescritos no artigo 1º da Carta de 1988, constituem fundamentos da República, estando estreitamente relacionados por sua estatura axiológica. Por sua vez, o denominado princípio da solidariedade, alçado ao *status* de objetivo fundamental da República, é comumente utilizado como sustentáculo à aplicação da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*⁴²³.

A liberdade de manifestação do pensamento constitui gênero do qual decorre a liberdade de informação (própria do emissor da mensagem) e o direito de informação (relativo ao destinatário da mensagem), servindo, inclusive, como instrumento limitador da própria liberdade de expressão⁴²⁴. Importa esclarecer: ao mesmo tempo em que desempenha um papel de limite à ingerência governamental na esfera comunicativa (ou seja,

do controle do pluralismo externo e interno dos meios de comunicação social (...)" Cf. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. Op. cit., p. 298.

⁴²³ A teoria da eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais na esfera privada foi desenvolvida na doutrina estrangeira por HANS NIPPERDEY, que aduz que alguns direitos fundamentais estampados na Lei Fundamental de Bonn vinculariam apenas o Poder Público, ao passo que outros poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas (oponibilidade *erga omnes*), independentemente de mediação do legislador. No ordenamento brasileiro, há quem sustente, com fulcro, entre outros princípios constitucionais, na solidariedade, que a opção do constituinte de 1988 implicaria o reconhecimento da extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares. V., a respeito do tema, por todos, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴²⁴ A questão da autolimitação da liberdade de expressão e a eventual aplicação da doutrina dos limites imaneses será, posteriormente, objeto de maiores reflexões.

de direito fundamental perante o Poder Público), vai condicionar a atuação – excepcional - do Estado, nas relações privadas, essencial ao fomento da diversidade de opiniões e, por conseguinte, à proteção da liberdade de expressão de minorias com menor voz ativa na sociedade.

A proibição de monopólio e oligopólio traduz, em verdade, princípio atinente à ordem econômica, exercendo importante papel na contenção do abuso do poder econômico. Esse, inclusive, o principal argumento invocado em decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Constitucionais estrangeiros, anteriormente narradas⁴²⁵.

O direito de resposta, a seu turno, se interpretado sistematicamente com o princípio do acesso à informação, desempenha uma multifuncionalidade, assumindo, cumulativamente, uma importante tarefa de instrumento de pluralismo informativo, meio de proteção dos bens constitucionais de personalidade (tais como honra, reputação e dignidade da pessoa humana) e medida sancionatória⁴²⁶.

Problema atualmente enfrentado na jurisprudência, contudo, diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da denominada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250 de 1967), que regulamentava o instituto em seus artigos 29 a 36. Após o julgamento em definitivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, pelo Supremo Tribunal Federal, subsiste intensa controvérsia quanto aos processos judiciais em andamento nos Tribunais Superiores. Apesar de não mais existir legislação infraconstitucional perfeitamente aplicável à espécie, certo é que o direito de resposta, na qualidade de mecanismo restritivo de abusos cometidos pela imprensa, ainda pode (e deve) ser invocado, à

⁴²⁵ Confira-se, *ad exemplum*, a célebre decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no festejado “Caso Blinkfüer”, bem como as recentes decisões do Conselho Constitucional francês, já examinadas em tópico oportuno. A redução da concentração de mercado encontra amparo no dispositivo constitucional brasileiro que menciona o dever de “repressão ao abuso do poder econômico” (artigo 173 da Constituição da República).

⁴²⁶ V. NICOLODI, Ana Marina. “O Direito de resposta”. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 12 de outubro de 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010. Aduz a autora: “(...) Com efeito, por um lado, o direito de resposta constitui uma medida de garantia dos direitos de personalidade, por outro, constitui um direito individual de acesso aos meios de comunicação social e de participação na formação da opinião pública. Ou seja, reconhece-se a este direito o duplo caráter de garantia institucional (direito do público à informação veraz), assegurando-se a sua dimensão individual, e de direito subjetivo (direito individual de defesa dos bens da personalidade ofendidos) (...)”. Confira-se, ainda, sobre o tema, MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

luz do texto constitucional. Nada obstante, caberá, singularmente, a cada órgão julgador, diante de casos concretos, a difícil tarefa de equacionar as formas de sua implementação⁴²⁷.

Não bastassem todos os dispositivos constitucionais acima destacados, é de bom proveito ressaltar que, através de uma análise comparativa com a jurisprudência norte-americana, os principais fundamentos utilizados pela corrente libertária e ratificados pela Suprema Corte, contrários ao desenvolvimento da *fairness doctrine*, não seriam merecedores de acolhimento no ordenamento brasileiro. Explica-se.

O argumento central suscitado no Direito norte-americano para a invalidade da aludida doutrina repousa no fato de que seria ela incompatível com a Primeira Emenda. Calha repisar: não existe, na Carta de 1787 (e no respectivo *Bill of Rights*, composto pelas dez primeiras emendas constitucionais), qualquer norma expressa que contemple o pluralismo no campo comunicativo. Distintamente da Constituição Federal Brasileira de 1988, não há, no texto constitucional americano, de viés nitidamente liberal, suportes normativos explícitos hábeis a corroborar a adoção de uma vertente democrática da liberdade de expressão.

Ademais, tampouco mereceria prosperar, no cenário brasileiro, o argumento do denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*), supostamente causado

⁴²⁷ Veja-se, nesse passo, decisão proferida pela 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 885.248 – MG, em 15 de dezembro de 2009, sendo Relatora a Ministra Nancy Andrighi, *verbis*: “(...) Como consabido, o STF, ao julgar a ADPF 130-DF, declarou que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) não foi recepcionada pela CF/1988 e, diante da impossibilidade de modulação de efeitos nas decisões de não recepção tal qual apregoa a jurisprudência do STF, considera-se inválida a referida lei desde a promulgação da atual Carta Magna. Contudo, permanece passível de proteção jurídica o direito constitucional de resposta, mas não mais nos termos em que previsto nos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa. Para dar amparo a tal direito, o Judiciário deverá valer-se da analogia (como discutido pelo STF quando do julgamento da citada ADPF), ao invocar o art. 14 do Pacto de *San Jose* da Costa Rica e o art. 58 da Lei n. 9.504/1997. Por sua vez, a Lei de Imprensa, em seus arts. 68 e 75, previa a possibilidade de publicação da respectiva sentença cível ou criminal no mesmo veículo de comunicação em que perpetradas as ofensas que deram causa à ação. Porém, essa publicação, de natureza inerente à reparação civil, apesar de semelhante, não se confunde com o direito à resposta, sanção penal por natureza (como reconhecia reiteradamente o STJ), que é conferido ao ofendido para que esclareça, de mão própria, no mesmo veículo, os fatos antes divulgados a seu respeito. Por isso, vê-se que esse direito à publicação da sentença, que visa dar ao público conhecimento da existência e do teor da decisão judicial, não tem amparo direto na CF/1988. Logo, sua sobrevida deve ser apreciada à luz da legislação civil. Isso posto, constata-se, ao final, que o princípio da reparação integral do dano (art. 159 do CC/1916 e arts. 186, 187 e 927 a 943 do CC/2002) não tem alcance suficiente para abranger o aludido direito à publicação de sentença, providência de fundamento único na Lei de Imprensa não recepcionada, pois não se pode impor, a partir da regra geral de indenização por ato ilícito, uma obrigação de fazer ao devedor, salvo se tal obrigação constar previamente de contrato. Assim, até que aprovada uma nova Lei de Imprensa (em discussão no Congresso Nacional), está assegurado aos cidadãos apenas o exercício do direito de resposta, mas não a faculdade de requerer publicação da sentença no veículo de comunicação ofensor (...).”

pela necessidade de apresentação dos mais variados pontos de vista acerca de determinada notícia ou informação. Duas observações, nesse contexto, são dignas de destaque.

Primeiramente, além de não existir, do ponto de vista estatístico, qualquer comprovação de que tal necessidade acarretaria, na prática, um “efeito silenciador do discurso”, certo é que, no modelo constitucional brasileiro, existe(m) norma(s) expressa(s) imputando aos meios de comunicação uma missão democrática. Democracia, pluralismo e acesso à informação – e, obviamente, o direito de resposta -, conforme já mencionados, são exemplos de tal posição.

Secundariamente, ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos da América, não se pode afirmar a existência, no Brasil, de uma multiplicidade de vozes, ou seja, de uma gama variada e diversificada de instrumentos formadores de opinião. Toma-se o exemplo emblemático da televisão. Apesar da recente expansão do serviço de televisão a cabo no território nacional, vale lembrar que existem somente sete canais em atividade na televisão aberta, sendo que apenas um (pertencente às Organizações Globo) concentra mais de 70% (setenta por cento) do mercado comunicativo⁴²⁸. Na imprensa escrita, o cenário também não é diferente. Não raramente, constata-se que os municípios de regiões menos populosas possuem apenas um periódico em circulação, o que compromete seriamente direitos

⁴²⁸ Notadamente no que se refere ao parágrafo 5º, do artigo 220, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a proibição de monopólio nos meios de comunicação social, pode-se afirmar que a ausência de regulamentação do referido dispositivo, apesar de transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Lei Maior, conduz a uma total ineficácia social da norma. Consequentemente, o que se verifica, em concreto, é uma concentração horizontal marcada pelo controle de diversos veículos de mesma espécie, tanto no rádio quanto na televisão. Quanto à concentração vertical, ocorrida quando um mesmo conglomerado econômico comanda vários elos da cadeia produtiva, tem-se como exemplo clássico a Rede Globo de Televisão, que além de produzir e distribuir seu conteúdo na televisão aberta, é responsável pela programação do sistema GloboSat, detentora de posição dominante no mercado de televisão a cabo. Assevera-se oportuna, nesse particular, sobre a concentração de poder na esfera comunicativa, a observação de ALEXANDRE FARACO, *verbis*: “(...) Permitir algum nível de concentração da propriedade de empresas dessa natureza, como em qualquer setor da economia, pode ser necessário para viabilizar o aproveitamento de economias de escala inerentes a essa atividade, sem o que certas utilidades não terão como ser oferecidas aos usuários. Por outro lado, e pelo menos no que concerne à difusão de idéias e opiniões diretamente relevantes para o processo político, estruturas de propriedade de mídia excessivamente concentradas limitarão significativamente, salvo situações excepcionais, os pontos de vista que efetivamente ganharão destaque. Um espaço público no qual não haja a possibilidade de emergir um pluralismo de idéias e opiniões tenderá a prejudicar as condições necessárias para um maior desenvolvimento econômico e social (...)”. Cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

constitucionais básicos dos destinatários da mensagem, inclusive o próprio princípio democrático⁴²⁹.

Infere-se, portanto, mediante leitura e aplicação do texto constitucional, que a liberdade de expressão no Brasil não tem natureza de mera liberdade pública – correspondente ao denominado *status negativus* - ou seja, de mera proteção dos cidadãos perante os poderes públicos. Trata-se, ademais, de verdadeiro direito *stricto sensu*, correspondente aos chamados *status positivus* e *status activus*, ou seja, direito inerente ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública⁴³⁰.

Nesse passo, faz-se necessária uma redefinição do papel do Poder Público no cenário contemporâneo nacional, transformando, ao menos no âmbito comunicativo, um “Estado Mínimo”, de índole liberal, pautado por uma atuação de abstenção de interferência perante os particulares, para um Estado Regulador, de viés democrático, responsável pela garantia da liberdade de expressão e acesso à informação a todos os indivíduos⁴³¹.

3.5. A Responsabilidade do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. Esboço de Uma Teoria.

Prosseguindo no desenvolvimento de uma concepção democrática da liberdade de expressão, cabe, nessa oportunidade, analisar os limites e possibilidades

⁴²⁹ Dados obtidos pelo instituto “Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação” demonstram que da totalidade das empresas de radiodifusão de imagens (televisão) existentes no país, 34% são comandadas por políticos, 23% por empresários e 16% por Igrejas. Ou seja, a evidente concentração de mercado no âmbito comunicativo, além de comprometer a eficácia do princípio da liberdade de expressão (ao excluir minorias econômicas), implica o esvaziamento de direitos relacionados ao processo político e, obliquamente, até mesmo a liberdade religiosa. Disponível no [sítio eletrônico http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=4115](http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=4115). Acesso em 28 de fevereiro de 2010. V., na doutrina, sobre o tema, LIMA, Venício A. de. *Mídia: crise política e poder no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

⁴³⁰ Cf. QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais; questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In. *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 178.

⁴³¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 82: “(...) o Estado verdadeiramente social deve ir adiante e assegurar a liberdade de informação sob uma nova dimensão participativa e pluralista, com o objetivo final de aperfeiçoar a democracia, fundada não só na liberdade, mas no princípio da igualdade e da dignidade; democracia que persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização (...)”.

interpretativas do texto constitucional aplicável à espécie. Passa-se a delimitar, nas linhas que seguem, as premissas teóricas essenciais à redefinição do papel do Poder Público na garantia ampla da liberdade de manifestação do pensamento. Para tanto, utilizar-se-á algumas idéias-chave que servirão de bússola para o raciocínio a ser empreendido, quais sejam:

(i) Pode se falar na existência de uma responsabilidade do Estado na proteção da liberdade de expressão?;

(ii) A partir de uma concepção democrática da liberdade de expressão, poderia ela se autolimitar para fins de garantia do próprio direito de manifestação do pensamento?;

(iii) quais os limites do dever de atuação do Executivo na garantia de uma liberdade de expressão? Ao mesmo tempo, como deveria se comportar o Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis restritivas da liberdade de informação?;

(iv) que sugestões poderiam ser formuladas para garantia efetiva de um direito de informação – tanto como liberdade (do emissor da mensagem), quanto no que se refere ao acesso à informação (do destinatário da mensagem) - em um Estado Democrático de Direito, tal como no exemplo brasileiro? É o que se passa a investigar adiante.

Consoante observado no tópico anterior, se comunga do entendimento que afigura absolutamente viável a adoção, no ordenamento brasileiro, de uma concepção democrática da liberdade de expressão. Todavia, como qualquer direito tutelado no texto constitucional, até mesmo pilares de um denominado “Estado Liberal” (tais como a livre iniciativa e, na esfera comunicativa, a liberdade de informação), se encontram sujeitos a uma limitação perante outros bens e interesses constitucionais⁴³².

⁴³² V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 243: “(...) Dela – da *livre iniciativa* – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado (...)”. Para o autor, todavia, não se poderia reduzir a livre iniciativa a uma mera liberdade econômica, ou seja, como uma mera afirmação do capitalismo. Situações haverá em que o intérprete constitucional, diante de um conflito principiológico, poderá proceder a uma restrição dos princípios liberais informadores da Ordem Econômica dispostos no artigo 170 da Constituição da República.

O que se pretende demonstrar é que, a despeito da “posição preferencial” desfrutada pelo princípio da liberdade de expressão, há de sobressair, em diversas ocasiões, outros princípios constitucionais de relevante estatura axiológica no cenário contemporâneo, como o princípio democrático (previsto no artigo 1º, *caput*), o pluralismo (alçado ao *status* de fundamento republicano no artigo 1º, inciso V) e o direito de acesso à informação (direito fundamental prescrito no artigo 5º, inciso XIV).

Concluir-se-á que, em meio à formulação clássica de JELLINEK, nem sempre a “melhor escolha hermenêutica” deve corresponder a uma visão absenteísta do Poder Público, quando se estiver diante de um juízo de ponderação da liberdade da expressão⁴³³. Nessa empreitada, o primeiro passo a ser dado consiste na definição de um suporte jurídico do grau de responsabilidade do Estado na esfera comunicativa.

Pois bem. Cuidou-se, na Segunda Parte do presente trabalho, da dimensão defensiva da liberdade de expressão e de informação, ou seja, da sua esfera de proteção perante eventuais ingerências por parte do Poder Público e da sua restrição perante outros bens constitucionais. Cabe, nesse momento, tecer breves considerações acerca da dimensão objetiva da liberdade de expressão, vale dizer, do redimensionamento do papel do Estado como agente interveniente, limitador da liberdade de opinião (no que se refere à pessoa física) e da liberdade de empresa (no tocante às pessoas jurídicas), para fins de concretização de outros direitos fundamentais.

Conforme já assinalado, a simples abstenção do Poder Público na esfera comunicativa – e também em outras esferas -, a despeito de ter constituído inegável avanço em tempos remotos, já não se revela suficiente para atender à demanda de todos os dilemas atuais⁴³⁴. Mesmo sob um prisma absolutamente libertário, já se registrou que as liberdades

⁴³³ Há de se registrar que, em virtude do denominado “princípio da incensurabilidade” – desenvolvido na Segunda Parte do presente trabalho -, a regra geral consiste na não intervenção estatal na liberdade de expressão como direito individual e coletivo. V., sobre o tema, FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 114.

⁴³⁴ Cf. FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 86 – 87: “(...) No fio dessas considerações, o direito fundamental de informar é entendido como uma liberdade negativa ou como um direito de defesa dirigido principalmente contra o Poder Público (embora no contexto atual a informação necessite também de proteção contra o poder econômico). Ou seja, nessa perspectiva de liberdade negativa, o exercício do direito de informar exige simplesmente uma ação negativa traduzida no dever de terceiros de abster-se de impedir a comunicação

fundamentais, tais como a liberdade de expressão e a liberdade de empresa, são passíveis de compressão, haja vista a inexistência de um direito absoluto de liberdade genérica⁴³⁵.

De outro giro, ao lado de uma perspectiva meramente subjetiva, se encontra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, traduzida na festejada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” e difusora da “teoria dos deveres de proteção”⁴³⁶.

O conceito dos deveres de proteção, oriundo da jurisprudência germânica, se relaciona à noção de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo “*que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos*”⁴³⁷. Sob esse prisma, a atuação primordial do Estado não se limitaria, mesmo no âmbito das relações *inter privados*, a um mero *non facere*, mas, pelo contrário, acarretaria em um dever de atuar positivamente, de forma a proteger outros direitos constitucionalmente assegurados⁴³⁸.

realizada pelos titulares daquele direito fundamental (...). Por outro lado, a novidade existente na matéria aqui abordada pode ser o entendimento do direito fundamental de informar, também, como uma liberdade positiva ou como um direito fundamental à prestação. A explicação para esse *plus* é a constatação de que a simples imobilidade do Poder Público, acompanhada da ausência de imposição de censura, tem-se revelado insuficiente para garantir o pleno exercício de direito de informar, sobretudo nos dias atuais (...). É cada vez mais freqüente a ocorrência de situações em que não basta a ação negativa do Estado para a concretização do direito fundamental em tela, ao revés, torna-se imprescindível a ação positiva (...).”

⁴³⁵ No sentido do texto, encontra-se a concepção de RONALD DWORKIN, para quem não se poderia invocar, de forma alguma, um direito geral de liberdade. In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978, p. 376. Por outro lado, se destaca, no âmbito jurisprudencial alemão, decisão do Tribunal Constitucional, datada de 1957, que reconhece uma “liberdade de atuação em sentido amplo” derivada do artigo 2º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn (BVerfGE 6,32). Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trad. de Marcela Anzola Gil). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 20 – 22.

⁴³⁶ V., sobre o tema, CANARIS. Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138. Na doutrina brasileira, confira-se BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, e SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁴³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 468 – 469. Aduz a autora: “(...) De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram (...)”.

⁴³⁸ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 149 – 150: “(...) Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base

Sob o enfoque da doutrina moderna, a aplicação da referida teoria implicaria em um dever estatal casuístico de interferência nas relações entre particulares (e, por conseguinte, *e.g.*, na seara comunicativa), desde que destinada à proteção de outros direitos fundamentais. Explica-se. Em uma sociedade contemporânea marcada pela desigualdade social e econômica, a mera atuação negativa do Poder Público na esfera privada acabaria por deixar os cidadãos – e outras empresas – reféns dos grandes conglomerados econômicos, esvaziando, por conseguinte, a fruição de significativos direitos e liberdades. Cumpre, pois, ao Estado agir de forma positiva para, na medida do possível, garantir a todos os indivíduos uma real possibilidade de exercício dos direitos fundamentais, seja impondo obrigações aos entes particulares – restritivas de sua autonomia empresarial -, seja ele próprio atuando de forma direta na persecução dos fins constitucionais.

Toma-se, *ad exemplum tantum*, a liberdade de expressão. Dentro de uma multifuncionalidade inerente à liberdade de manifestação do pensamento, poder-se-á extrair tanto obrigações negativas, como também positivas em relação ao Estado. Assim, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, obrigar-se-ia o Poder Público a agir, preventiva ou repressivamente, inclusive em casos de violação ou cerceamento da liberdade de expressão pelos próprios agentes particulares⁴³⁹.

na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados (...). Abordando a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, ENRIQUE GOISMAN observa que “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a também ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde (...)”. “Crisis e Actualidad del Derecho Administrativo Economico. In: *Revista de Derecho Industrial*. Volume 42, p. 894. *Apud* Alexandre Santos de Aragão. “Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito Administrativo”. In. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 59, 2005, p. 29.

⁴³⁹ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993, pp. 103 - 104. Para o autor, o direito de propriedade privada poderia – e deveria – ser mitigado pelo Poder Público, quando utilizado para excluir do discurso vozes minoritárias. No que diz respeito à liberdade de expressão, por exemplo, a suposta “posição de neutralidade” do Estado implicaria, em última análise, a uma denegação do amplo “direito de acesso à mídia” (*right of access to the media*).

Não se limitando o dever estatal, destarte, a uma simples inércia, pode-se discriminar – apropriando-se da classificação de VAN HOOF⁴⁴⁰ - quatro níveis de obrigações relativas ao direito fundamental em tela: (i) *obrigações de respeito*; (ii) *obrigações de proteção*; (iii) *obrigações de garantia*; (iv) *obrigações de promoção*. Como leciona CRISTINA QUEIROZ:

(...) As primeiras, obrigações de respeito, definem-se pelo dever de não ingerência do Estado, isto é, de não obstaculizar ou impedir o acesso ao gozo dos bens que constitui o objeto do direito. As obrigações de proteção, por sua vez, consistem em impedir que terceiros possam intervir, obstaculizar ou impedir o acesso a esses bens. As obrigações de garantia supõem que o Estado deve garantir ao titular do direito ao acesso ao bem quando este não o possa fazer por si próprio. Por último, as obrigações de promoção caracterizar-se-iam pelo dever de promover e desenvolver as condições necessárias para que os titulares do direito possam aceder ao bem (...)

⁴⁴¹

Do ponto de vista da ordem econômica brasileira, princípios como “livre iniciativa”, “livre concorrência”, “propriedade privada” – e, na presente proposta, até mesmo a própria “liberdade de manifestação do pensamento” - denotam em certa medida alguns limites de intervenção estatal no domínio privado, correspondendo às “*obrigações de respeito*” à autonomia editorial de veículos de comunicação⁴⁴².

A dimensão defensiva da liberdade de expressão, a seu turno, se atrela às “*obrigações de proteção*” do direito de informação. Até aqui não haveria de se cogitar em grandes novidades ou polêmicas no prisma jurídico. A parte mais controvertida, no entanto, se cinge aos dois últimos níveis de obrigação: “*de garantia*” e “*de promoção*”⁴⁴³.

⁴⁴⁰ *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Tradicional Views. Apud QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 146.*

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 146.

⁴⁴² A liberdade de iniciativa e de concorrência traduzem, na visão doutrinária, o chamado “livre jogo das forças de mercado, de disputa de clientela”, a partir de um quadro de igualdade formal. Nada obstante, como adverte EROS ROBERTO GRAU, na busca de uma igualdade material, o sentido de tais liberdades, que compõem a “praça do liberalismo econômico”, não se opõem ao princípio da repressão aos abusos do poder econômico, previsto no §4º, do artigo 173, da Constituição Federal. V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 251.

⁴⁴³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Op. cit, p. 147: “(...) Tomemos como exemplo a liberdade de expressão (artigo 37º da Constituição). Mesmo que o respectivo titular não tenha acesso aos meios de comunicação social, devendo contentar-se com o âmbito a que pode chegar a sua voz (um ‘poster’ ou um ‘grafitti’ no qual possa pessoalmente exprimir-se, caminhando pela rua), o mesmo não poderá dizer-se, ou pode-se dizer em sentido ‘débil’, que ‘eu’ gozo de um direito de acesso aos meios de comunicação social ou a meios de subsistência se não usufruo de uma posição juridicamente garantida no que diz respeito às leis que consagram esses direitos (...)”.

A experiência constitucional histórica brasileira demonstra que a mera inércia do Poder Público não é o bastante para promover certos direitos fundamentais⁴⁴⁴. Pelo contrário, a verdadeira autonomia individual – aqui compreendidas as liberdades básicas do cidadão, como o direito de emitir opinião – depende, em muitos casos, da atuação positiva estatal nas relações privadas⁴⁴⁵. Daí porque se pode atribuir ao Estado um duplice dever: de garantir a cada cidadão a liberdade de expressão quando este não o puder fazer por si mesmo; bem como de implementar as condições ideais para que cada indivíduo possa, de forma concreta e efetiva, exercer um direito de informação, tanto como emissor (liberdade de informação), quanto como destinatário de uma opinião (acesso à informação).

Ganha relevo, nesse sentido, a concepção democrática da liberdade de expressão, erigida sobre os pilares de um *ethos argumentativo-deliberativo*⁴⁴⁶. Direitos como a liberdade de imprensa e informação, e de acesso à informação, previstos nos incisos IV e XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, somente vêm a ser efetivamente garantidos mediante interferência estatal na seara sócio-econômica. Legitimam tal tese normas

⁴⁴⁴ Ao lado da condição de direitos de defesa, vincula-se a concepção dos direitos fundamentais como direito a prestações, cabendo ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Sob esse prisma, exige-se dos poderes públicos uma postura ativa, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais. Não haveria, no entanto, que se cogitar de um dualismo entre essas perspectivas dos direitos fundamentais, que seriam complementares e não excludentes. V. SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 203 – 204: “(...) Da mesma forma, não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina. Valendo-nos aqui da lição de Celso Lafer, podemos afirmar que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégio para todos (...)”.

⁴⁴⁵ V. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Segundo o autor, o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas, levando em conta não apenas as perspectivas econômicas, como também a promoção de outras liberdades distintas, como as políticas (ligadas aos direitos civis) e sociais. Sua peculiar visão da liberdade envolve tanto os processos que permitem ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas possuem, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. Op. cit., pp. 31 – 35.

⁴⁴⁶ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 6. No texto prefacial da obra, afirmam GUSTAVO BINENBOJM e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO sobre a teoria democrática da liberdade de expressão: “(...) Usando mais uma vez a dicotomia vislumbrada por Constant, esta teoria se apresenta como dimensão da chamada *liberdade dos antigos*, identificada com a cidadania e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da *polis*. A liberdade de expressão, sob tal ponto de vista, visa à construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública (...)”.

constitucionais como o princípio democrático (artigo 1º da Constituição Federal), solidariedade – “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (objetivo fundamental previsto no inciso I, do artigo 3º) -, e, principalmente, o pluralismo político (princípio fundamental previsto no inciso V, do artigo 1º).

Diversamente, contudo, do que supostamente se poderia deduzir em uma primeira e superficial impressão, não se advoga aqui, em relação à liberdade de expressão, uma primazia da concepção democrática (promocional) sobre a libertária (defensiva), então prevalecente na doutrina e jurisprudência norte-americana. Ao revés, tratam-se de posições distintas e complementares de um mesmo direito fundamental. A justificação teórica para a sustentação de uma interferência do Estado na liberdade de expressão reside justamente na necessidade de garantia de um processo democrático igualitário na esfera comunicativa⁴⁴⁷.

Analisando os direitos fundamentais como verdadeiros “fundamentos funcionais da democracia”, ressalta PETER HÄBERLE que “*os direitos fundamentais não só garantem liberdade do Estado, mas também liberdade no Estado. A democracia da liberdade necessita de cidadania política. Através do exercício individual dos direitos fundamentais, surge um processo de liberdade que constitui um elemento vital da democracia. A democracia em liberdade garante os direitos fundamentais em seu próprio proveito. Através do exercício dos direitos fundamentais se proporcionam ao conjunto do Estado forças criativas indispensáveis*”⁴⁴⁸. Para o autor, portanto, os direitos fundamentais possuem um aspecto cívico-ativo que se complementaria ao seu caráter negativo, de defesa. Os cidadãos e a democracia estão, assim, concatenados com os direitos fundamentais uns com os outros e são estes direitos que protegem a personalidade que se desenvolve livremente em uma comunidade social⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 497 - 498. No que se refere ao *free speech*, afirma o autor que a Primeira Emenda somente poderia ser corretamente interpretada se fosse conjuntamente considerada íntima relação entre a liberdade de expressão e a democracia. V., ainda, DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. No mesmo sentido, confira-se HOLMES, Stephen. “Liberal constraints on private power?: reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and Mass Media*. New York: Cambridge University Press, 1995, pp. 32 – 35.

⁴⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003, p. 21.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 22. Atenta o autor, contudo, para o fato de que o reconhecimento dos direitos fundamentais para a vida política não pode acarretar, em casos extremos, a um “estreitamento” da esfera privada.

Adjacente ao princípio democrático, tem-se o pluralismo, princípio que, ao largo de uma dimensão puramente política – importante, *e.g.*, na esfera eleitoral -, exerce papel de destaque na seara comunicativa. A idéia-chave é simples: quanto maior for o número de canais transmissores de informação, isto é, quanto mais difusa for a possibilidade de exteriorização de opiniões distintas e contrapostas, maior será o alcance de uma verdadeira liberdade de expressão⁴⁵⁰. A diversidade plural e cultural nos meios de comunicação se reveste, sob esse aspecto, em elemento catalisador da formação de uma opinião pública de qualidade, capaz de escolher uma tomada de posição que seja mais adequada do que no caso de ausência de outros veículos. A promoção do pluralismo consistiria, dessa forma, em uma ferramenta crucial para o exercício da democracia. Vale transcrever, a propósito, passagem de EDILSOM FARIAS, *verbis*:

(...) A multiplicidade de vozes na esfera pública é um dos objetivos colimados com a configuração jurídica da liberdade de expressão e comunicação: a escassez de diversidade quanto à difusão de idéias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica.

(...)

O pluralismo na comunicação pode propiciar às pessoas conhecer as inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade democrática e com elas travar contacto. Dessa forma os cidadãos poderão tornar-se: (i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais.

(...)

A relevância do princípio em epígrafe, para a liberdade de expressão e comunicação, pode ser constatada ainda pela congruência do cânone do pluralismo com o reconhecimento de um multiculturalismo, que sinaliza para um mundo marcado pela diversidade, pela tolerância e pelo espírito de abertura (...)”⁴⁵¹.

Reconhecida a importância de um “princípio do pluralismo” no âmbito da comunicação, o próximo passo a ser tomado consiste na necessidade de identificação de uma possível conciliação entre a dimensão defensiva (libertária) da liberdade de expressão e a sua dimensão protetiva (democrática). Cabe examinar, em outros termos, qual seria o fundamento jurídico-constitucional para se estabelecer, em casos extremos, uma eventual limitação a uma

⁴⁵⁰ V. MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 368: “(...) Os poderes públicos têm um dever prestacional e organizatório de criar possibilidades efectivas de desenvolvimento comunicativo para os indivíduos e grupos sociais, portadores de diferentes ideias e concepções, particularmente aí onde seja necessário estruturar mecanismos compensatórios das desigualdades facticas existentes. No fundamento do princípio pluralista estão consideradas resultantes do princípio democrático, das liberdades de comunicação e do princípio do Estado Social (...)”.

⁴⁵¹ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 79 – 80.

liberdade de informação. Para tanto, se revela de importante valia o debate acerca das teorias restritivas dos direitos fundamentais, a seguir analisado.

3.6. Fundamentos Teóricos de Restrições à Liberdade de Expressão. Teorias dos Direitos Fundamentais e a Aplicação Prática da Doutrina dos Limites Imanentes.

De forma geral, podem-se sublinhar, resumidamente, duas concepções essenciais em torno dos limites dos direitos fundamentais: uma primeira teoria, qualificada de “interna”, rejeita a possibilidade de conflitos entre direitos e, por conseguinte, da ponderação de bens. Considera-se, assim, que os direitos fundamentais não poderiam ser objeto de limitações por parte do legislador, salvo no caso de autorização expressa do constituinte⁴⁵².

Uma segunda teoria, qualificada de “externa”, admite a hipótese de colisão de direitos e, conseqüentemente, sustenta a possibilidade de restrição dos mesmos. A atividade interpretativa constitucional seria composta, então, de duas etapas, quais sejam: a identificação de um conteúdo essencial do direito fundamental em questão⁴⁵³, e o estabelecimento de seus limites externos, decorrentes de outros interesses tutelados no texto constitucional.

Enquanto a teoria interna impõe ao intérprete e operador do Direito um “juízo de adequação”, manejado com o fim de se delimitar o campo de incidência de um determinado direito fundamental, a teoria externa admite a colisão e ulterior adoção da “ponderação de bens” para se definir a prevalência, no caso concreto, de um ou outro direito. Exemplificando, na primeira hipótese, a liberdade de expressão não abarcaria – como já se sustentou oportunamente na Segunda Parte – discursos obscenos ou em frontal violação à dignidade da pessoa humana em sua dimensão coletiva. Já na segunda, apesar de se

⁴⁵² V. OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1992, p. 151 e seguintes. V., ainda, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 82 e seguintes.

⁴⁵³ V., a respeito, BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 67 – 69. Na doutrina brasileira, a teoria externa, tributária da técnica da ponderação de interesses, possui maior aceitação, tanto no âmbito acadêmico como na linha jurisprudencial dos Tribunais Superiores. V., nesse sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 149 – 150.

reconhecer uma contraposição entre a liberdade de expressão e o princípio da isonomia ou da dignidade humana, se entende que os últimos deveriam prevalecer, diante de certas circunstâncias fáticas – e na esteira dos *standards* formulados anteriormente –, a despeito da “posição preferencial” da liberdade de manifestação do pensamento. Ou seja: no primeiro caso, estar-se-ia em face de uma “não incidência” da liberdade discursiva, ao passo que no segundo, a liberdade, apesar de presente, poderia ser restringida por outros interesses constitucionais de maior estatura axiológica em um caso concreto.

Independentemente da posição adotada, o que se almeja provar *in casu* é que, em algumas situações, para se efetivar a “obrigação de promoção de uma liberdade de expressão”, tornar-se-á imperioso reconhecer a existência de uma possibilidade de restrição da própria autonomia na emissão da informação. Vale dizer, em casos drásticos (*hard cases*), a liberdade de expressão, quando interpretada conjuntamente com outros valores constitucionais (como o pluralismo, a democracia e o acesso à informação) funcionará como limite – interno ou externo - dela própria e de outros interesses constitucionais a ela inerentes (como, por exemplo, no caso de empresas jornalísticas, a livre iniciativa).

Aproximando-se, entretanto, da teoria externa – amplamente majoritária na doutrina pós-moderna -, o raciocínio empreendido seria o seguinte: o “conteúdo inicialmente protegido” de uma liberdade de expressão se associaria ao denominado “núcleo essencial” da norma-princípio prevista na Constituição. Tendo como norte a liberdade de informação, à luz de uma vertente libertária - equivalente ao *status negativus* idealizado por JELLINEK -, haveria uma obrigação estatal de proteger qualquer ingerência desproporcional ao direito de emitir opiniões, ou seja, de se evitar qualquer interferência no núcleo essencial (que tem natureza de regra) da liberdade de expressão⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ No Brasil, a doutrina moderna publicista destaca o conteúdo essencial de cada princípio como limite à ponderação de interesses em um caso concreto. Assim é que, com amparo na hoje conhecida “Teoria dos Princípios”, identificam os autores um chamado “núcleo essencial” e uma área não nuclear em cada princípio. O núcleo corresponderia ao conjunto de efeitos determinados que decorreriam logicamente do enunciado da norma-princípio, possuindo, portanto, a estrutura de regra. Ao largo desse núcleo haveria uma área de conteúdo e efeito indeterminado, denominada “reserva de ponderação”, essa sim passível de restrição diante de uma colisão de princípios de igual hierarquia. V., sobre o tema, BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 142 – 143. Há, no entanto, quem estabeleça uma distinção pontual entre o “núcleo essencial” (situado em uma zona central) e o “conteúdo inicialmente protegido” (situado em uma zona externa) de cada princípio. V., a propósito, GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 168 – 169. No mesmo sentido, CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000, pp. 258 – 259; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro

Por outro lado, à luz de uma concepção democrática - atrelada ao *status activus* -, haveria uma obrigação por parte do Estado em garantir a liberdade de expressão de forma a promover a todos os cidadãos, dentro do possível, uma “igualdade de chances” no processo de formação de opinião. Ou seja, tanto do ponto de vista do emissor, quanto do receptor da informação, a proteção *in totum* da livre manifestação do pensamento somente se efetivaria mediante uma atuação positiva do Poder Público na esfera comunicativa, restringindo, sempre que necessário, a liberdade de expressão de alguns atores privados, para fins de proteção da própria liberdade de outros grupos com menos “poder participativo”⁴⁵⁵.

Do ponto de vista jurídico-positivo, o fundamento legal para a restrição da liberdade de expressão (e, em se tratando de pessoas jurídicas, da livre iniciativa) seria a proteção dela própria, desde que interpretada conjuntamente com outros princípios constitucionais (como a democracia, o pluralismo e o acesso à informação). A liberdade de expressão exerceria, dessa forma, um papel de “limite” dela mesma.

Um importante suporte teórico se revela de extrema valia para uma acurada compreensão da questão suscitada. Em uma linha intermediária entre a teoria interna e a externa, se encontra a concepção peculiar de PETER HÄBERLE, que busca conciliar o conteúdo de direitos não restringíveis com a técnica da ponderação de interesses, que teria como papel justamente definir o conteúdo juridicamente protegido de determinadas liberdades públicas.

de Estudios Constitucionales, 1994. V., ainda, na doutrina brasileira, GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivist”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 13 – 150; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: ano 1, volume 4, outubro/dezembro de 2006, pp. 23 – 52.

⁴⁵⁵ V. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 334 – 335: “(...) Algumas formas de aparente intervenção governamental nos processos de liberdade de expressão podem na verdade melhorar tais processos, e não deveriam ser compreendidos como uma intrusão ofensiva em esfera social por outro lado livre do direito. Tal intervenção não deveria ser sempre tomada como um amesquinamento inaceitável do direito à liberdade de expressão. Esforços desse tipo não representam uma ação governamental “positiva” intrometendo-se na liberdade “negativa” constitucionalmente protegida. Eles não deveriam ser tomados como uma proposta de compreensão “positiva” do direito de expressão no lugar de uma crença até então dominante em uma liberdade “negativa”. Do contrário, esses esforços representariam um reconhecimento democrático dos perigos à liberdade de expressão colocados pelas restrições, construtos mercadológicos, neutros de conteúdo, que limitam o acesso a arenas nas quais a expressão deveria ser permitida e poder fazer a diferença (...)”.

Segundo HÄBERLE, os direitos fundamentais seriam, *a priori*, ilimitáveis, sendo certo que o seu respectivo conteúdo essencial somente poderia ser delimitado pelo que denomina de “limites imanentes”. Em sua ótica, a concretização dos limites admissíveis dos direitos fundamentais não seria um processo que afete os mesmos “desde fora”, mas, ao contrário, estariam inseridos “desde o princípio” no texto constitucional⁴⁵⁶. Apoiando-se nos ideais da teoria interna, no que concerne à atividade legislativa, entende o doutrinador que eventual limitação criada pela lei teria sempre uma natureza de concretizadora de limites já preestabelecidos na Constituição. No entanto, distintamente dos demais defensores da teoria interna, não vem o autor a criticar a ponderação de bens, cujo emprego seria indispensável para a identificação do conteúdo essencial e limites dos direitos fundamentais. Em suas palavras:

(...) En la literatura no es raro que se averigüen los límites inmanentes por medio de la ponderación de bienes.

(...)

El legislador que concretiza en el ámbito de los derechos fundamentales los límites conformes a la esencia regula límites que existen desde el principio. Sólo este ‘desde el principio’ se ajusta a la naturaleza de estos límites inmanentes de los derechos fundamentales: aparecen no como límites suplementarios y que llegan al derecho fundamental desde fuera. Los derechos fundamentales son limitados desde el principio por aquellos bienes jurídicos de igual y superior rango que, al igual que ellos mismos, han encontrado reconocimiento jurídico-constitucional. La concretización de los límites, y ello vale también para las reservas especiales de ley, no es un proceso que afecte a los mencionados derechos ‘desde fuera’. Los derechos fundamentales son garantizados desde el principio dentro de los límites a ellos inmanentes de la generalidad material del sistema axiológico jurídico-constitucional.

(...)

Este ‘desde el principio’ expresa que los derechos fundamentales sólo se extienden hasta donde no lesionen o no pongan en peligro bienes jurídicos de igual o superior rango (...)”⁴⁵⁷.

Simetricamente ao pensamento de HÄBERLE, têm-se as lições de PEDRO SERNA e FERNANDO TOLLER, que, formulando uma proposta metodológica alternativa para o conflito entre direitos, entendem que a idéia de limitação exterior dos direitos deve ser substituída pela delimitação interna de seu conteúdo essencial. Sustentando-se na doutrina

⁴⁵⁶ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003, p. 52: “(...) El concepto de los límites inmanentes de los derechos fundamentales es adecuado para ello. Muestra que la concretización de los límites admisibles de los derechos fundamentales no es un proceso que afecte a los mismos desde fuera. Entre los derechos fundamentales y sus límites o los bienes jurídicos protegidos por éstos existe una relación estrecha a la que sólo se puede hacer justicia caracterizándola como conforme a la esencia. Los límites de los derechos fundamentales conforma a la esencia asignan a cada uno de ellos el lugar que ocupa desde el principio en el conjunto constitucional (...)”.

⁴⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales ya la teoría de la reserva de la ley*. Op. cit., pp. 53 – 57.

alemã dos “limites imanentes”, entendem os autores que tais limites integrariam o conteúdo o conteúdo essencial de um direito. Em sua ótica, “*tal construção se embasaria, pois, na inteligência que pertence ao interior conceitual de um direito fundamental o que não pode ser protegido quando, através de seu exercício, se ponha em perigo o exercício de direitos fundamentais de terceiros ou bens jurídicos necessários para a estabilidade comunitária*”⁴⁵⁸.

Em suma, tendo em consideração a doutrina dos “limites imanentes”, pode-se afirmar, na linha do raciocínio de HÄBERLE, que existe, de fato, um conteúdo inicialmente protegido da liberdade de expressão. Por outro lado, não se pode desprezar a existência de limites à referida liberdade, devidamente preestabelecidos no texto constitucional e, que de certa forma, desfrutam de semelhante *status* axiológico, como a democracia, pluralismo e a própria liberdade de expressão.

Em outras palavras, independentemente da teoria interpretativa a ser adotada – interna, externa ou “dos limites imanentes” -, estando sob grave ameaça a liberdade de expressão, defende-se que, diante de uma situação de “risco à igualdade democrática” no processo de formação e exteriorização de opiniões e pensamentos, ela pode se “autolimitar” para o fim de sua própria proteção⁴⁵⁹.

Pois bem. Estabelecidas tais premissas teóricas, o próximo passo a ser tomado consiste na investigação do dever de atuação imputado a cada um dos Poderes estatais. Em outros termos, indaga-se, nesse momento, qual deve ser o comportamento

⁴⁵⁸ SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 70.

⁴⁵⁹ A tese ora advogada encontra supedâneo na doutrina norte-americana, sendo defendida, entre outros, por OWEN FISS e ALEXANDER MEIKLEJOHN. Considerados principais expoentes da teoria democrática da liberdade de expressão, os autores relacionam a liberdade de expressão a uma liberdade política, de tal forma que o propósito da garantia da liberdade de imprensa seja o de fomentar um “robusto, aberto e livre debate público”. A finalidade última seria a de possibilitar aos cidadãos debater sobre assuntos de interesse geral através de um denominado – na expressão cunhada por Oliver W. Holmes - “mercado de ideias” (*marketplace of ideas*). A simples abstenção do Estado na seara comunicativa, deixando por completo a liberdade de expressão nas mãos dos agentes privados, poderia acarretar o que FISS qualifica de “efeito silenciador do discurso”. Como bem observado pelo autor, “(...) em outras instâncias, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira. Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros. Algumas vezes, simplesmente, não há outra forma (...)”. Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 30.

adequado do Poder Público para proteção e promoção do pluralismo na esfera comunicativa. Confira-se, a seguir.

3.8. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa. Propostas para uma Atuação Adequada dos Poderes Constituídos.

Logo em seu Título I, a Constituição da República de 1988 estabelece como fundamentos da República a cidadania (artigo 1º, inciso II) e o pluralismo político (artigo 1º, inciso V) e, como objetivo fundamental, a “*construção de uma sociedade justa, livre e solidária*” (artigo 3º, inciso I). Compendiando os direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º do texto constitucional prevê a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV) e o acesso à informação (inciso XIV). Especificamente no que tange à Comunicação Social, o artigo 220 preceitua que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição*”. Já o artigo 222 dispõe que “*a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País*”. Por sua vez, o artigo 223 prevê que “*compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*”.

Uma leitura preliminar conjunta de todos esses dispositivos permite o alcance de uma “pré-compreensão” acerca do tema que ora se pretende analisar, qual seja, a definição de uma atuação adequada dos Poderes Constituídos, com a finalidade de se garantir, em sua completude, uma plena liberdade de expressão a todas as pessoas (físicas, ao ângulo individual, ou jurídicas, sob o prisma coletivo)⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Sobre o fenômeno da pré-compreensão, KARL LARENZ assim consigna: “(...) No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que acorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma pré-compreensão, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma conjectura de sentido. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender (...)”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 288. V., ainda, HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 45 – 46, e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999. V., na doutrina brasileira,

Em primeiro plano, cabe ao Poder Executivo, na esfera comunicativa, promover as condições básicas para o pleno exercício da liberdade de manifestação do pensamento, tanto do ponto de vista defensivo – mediante um *non facere* – quanto prestacional, mediante a implementação de mecanismos de observância dos fundamentos e objetivos da República acima enumerados.

Tal como ressaltado anteriormente – na referência ao “princípio da incensurabilidade” -, a Lei Fundamental brasileira não comporta nenhuma espécie de cerceamento prévio da liberdade de expressão, dispondo expressamente o parágrafo 2º, do artigo 220, que “*é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”⁴⁶¹.

De outro giro, pode-se afirmar que, através de uma otimização do princípio democrático - e seus demais consectários -, a atuação do Poder Executivo deve, sempre que possível, se pautar pela promoção do pluralismo na difusão da informação. Significa dizer, em uma perspectiva jurídico-subjetiva, com base em uma suposta “*ação afirmativa comunicativa*”, deve o Poder Público procurar ampliar os canais de comunicação, de forma a garantir a todos os cidadãos uma possibilidade equânime no processo de formação de opinião⁴⁶².

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 175 e seguintes, e CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55. V. ainda, da mesma autora, “a Nova Hermenêutica”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 347 – 371.

⁴⁶¹ Para uma análise histórica da censura nas relações sociais, v. PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva. *A lei de imprensa: comentada e anotada*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 17 e seguintes. Na doutrina brasileira, v., sobre a luta contra a censura, JUNIOR, Álvaro Rodrigues. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 73 – 75.

⁴⁶² Não bastaria, assim, que o texto constitucional fizesse expressa previsão acerca de uma liberdade de expressão. Seria, ao mesmo tempo, imprescindível que se promovesse uma ordem constitucional edificada em uma “*igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos*”, ou seja, que todos os direitos fundamentais de liberdade fossem interpretados como “*direitos a uma igual liberdade*”. Cf. MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 362 – 363.

Não bastaria, portanto, ao Estado (aqui representado pelos órgãos vinculados ao Poder Executivo), para a proteção da liberdade de manifestação de pensamento, uma mera conduta negativa, ou seja, uma simples abstenção (“não censura”). Ao revés, faz-se necessária a adoção de medidas “positivas” que tenham como escopo garantir, em uma sociedade democrática, o pluralismo e a diversidade de opiniões, propiciando a expressão não somente de grupos favorecidos social e economicamente (que, apesar de minoritários em termos numéricos, possuem maior voz ativa), mas também de outros segmentos menos capacitados em termos financeiros (que, apesar de englobarem a maior parte da população, possuem menor participação e acesso à mídia).

Nesse sentido, duas tarefas, em especial, podem (e devem) ser imputadas ao Poder Executivo: (i) o estímulo à formação de novas mídias, seja mediante o emprego de recursos financeiros na seara comunicativa⁴⁶³, seja através do fomento à concessão de novas empresas de difusão da informação; (ii) o empenho na redução da concentração do mercado comunicativo, de forma a proteger, ao lado da própria liberdade de expressão, comandos constitucionais dispostos na Ordem Econômica, como a “proibição de monopólio”.

Começando pela primeira tarefa acima descrita, se assinala a necessidade de formulação de políticas públicas que visem ao desenvolvimento de novas plataformas comunicativas. Assim, por exemplo, se entende viável a alocação de recursos para a criação de novas empresas de radiodifusão sonora e de imagens (*e.g.*, a “TV Pública”, atualmente em vigor⁴⁶⁴), a disponibilidade de meios para a inclusão digital de pessoas hipossuficientes (*e.g.*,

⁴⁶³ O financiamento do discurso constitui tema controvertido na história recente do constitucionalismo norte-americano. Ressalta-se, nesse particular, as pertinentes observações de CASS SUNSTEIN, perfeitamente aplicáveis ao modelo brasileiro, no sentido de que eventual “prestação material” deveria atender, de forma geral, discursos “considerados de alto calibre pela moralidade convencional”, ou seja, assuntos de incontroverso interesse público (história, movimentos civis, etc). De outro viés, poderia ser rejeitada a subvenção de discursos banidos pela legislação penal ou que incitem a discriminação de pessoas em razão de pontos de vista (por exemplo, financiamento de projetos de partidos políticos). Cf. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 404 – 411.

⁴⁶⁴ A Lei 11.652 de 2008 institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta, bem como autoriza a criação da Empresa Brasileira de Comunicação (EBC). V., acerca do tema, na doutrina brasileira, RINCÓN, Omar (Org). *Televisão Pública: do consumidor ao cidadão*. São Paulo: Friedrich Stiftung, 2002. Para uma análise crítica, v. LEAL FILHO, Laurindo Lalo. *A Televisão Pública Brasileira, um vazio histórico*. XVI Encontro da Compôs, Curitiba, junho de 2007. Disponível em http://www.compos.org.br/data/biblioteca_212.pdf (10 de janeiro de 2008).

acesso à Internet)⁴⁶⁵, bem como a criação de incentivos fiscais às empresas responsáveis pela difusão da informação⁴⁶⁶.

Simetricamente, caberia às autoridades governamentais – em especial ao Presidente da República⁴⁶⁷ – um fomento à instituição de novas concessões e de políticas de promoção da igualdade na esfera comunicativa⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ V., acerca do tema, WARSCHAUER, Mark. *Tecnologia e Inclusão Social: exclusão social em debate*. São Paulo: Editora SENAC, 2006; SILVINO, Alexandre Magno Dias; ABRAHAO, Júlia Issy. *Navegabilidade e inclusão digital: usabilidade e competência*. São Paulo: RAE electron., volume 2, Dezembro de 2003; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴⁶⁶ V. RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 570 – 571: “(...) A ajuda pública do Estado à imprensa reveste duas formas principais: uma é de natureza fiscal: dedução ou isenção de impostos; a outra, de caráter econômico: tarifas preferenciais ou subvenções. Tanto umas como as outras visam aliviar os encargos financeiros das empresas de imprensa beneficiárias, a fim de evitar que sejam forçadas a onerar o público com o aumento dos preços de suas publicações (...)”. V., na doutrina brasileira, SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “A Imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão”. In: *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região, Brasília*, volume 8, n. 2, pp. 35-41, abril/junho de 1996.

⁴⁶⁷ O artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal dispõe que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Em seguida, o mesmo artigo 21, inciso XII, alínea “a”, preceitua que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”. Nota-se, desta forma, que o constituinte originário estabeleceu uma distinção entre o serviço de telecomunicações, previsto no inciso XI, e os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, previstos no inciso XII, do dispositivo constitucional. No âmbito infraconstitucional, a concessão dos serviços de telecomunicações é regulada pela Lei 9.472 de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que organiza e regula os serviços de telecomunicações, atribuindo à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – autarquia *sui generis* vinculada à Administração Pública Federal - a competência para a regulação, fiscalização e controle do setor. Por outro lado, com relação à outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, sua competência permaneceu exclusiva do Poder Executivo, *ex vi* do disposto no artigo 211 da LGT, *verbis*: “A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica”. V., sobre o tema, ALARCON, Anderson de Oliveira. “A televisão e o instituto da concessão pública”. Janeiro de 2004. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7654>. Acesso em 27 de janeiro de 2010.

⁴⁶⁸ Notícia veiculada no Jornal “O Globo” circulado em 21 de janeiro de 2010 apresentava as reivindicações formuladas por diversos movimentos sociais, a fim de garantir a sua inclusão em meios de comunicação de massa. Ressalta-se, por exemplo, relatório aprovado na 1ª Conferência Nacional da Juventude, realizada em abril de 2008, em que se pleiteia a ampliação de concessões para rádios comunitárias e garantia de um percentual mínimo para a produção independente em todos os canais. Na mesma toada, salientam-se diretrizes aprovadas na 1ª Conferência de Políticas de Igualdade Racial, ocorrida em junho de 2009, em que se postula a concessões de rádios e televisões para comunidades tradicionais e entidades de direitos humanos, assim como o estabelecimento de cotas raciais de 30% para os profissionais que aparecessem em campanhas publicitárias do governo. Tem-se, ainda, reivindicação efetuada na 1ª Conferência Nacional das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, realizada em maio de 2009, no sentido de se classificar como inadequada para crianças e adolescentes obras audiovisuais que apresentassem conteúdo homofóbico, racial ou degradante à população homossexual.

Um exemplo ilustra de forma prática a adequação da conduta a ser tomada pelo Poder Público nessa hipótese. O artigo 223 da Constituição Federal, ao disciplinar a questão das outorgas para o serviço de radiodifusão sonora (rádio) e de imagens (televisão), confirmou a manutenção da prerrogativa da concessão nas mãos do Poder Executivo. Rejeitou-se, assim, propostas debatidas à época da constituinte, no sentido de que os meios de comunicação de massa viessem a ser explorados unicamente por fundações – privadas ou públicas – ou sociedades sem fins lucrativos. Da mesma forma, refutou-se anteprojeto elaborado pela Comissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação que previa, entre outras ideias, a manutenção de um monopólio estatal nas empresas de telecomunicações e a criação de um “Conselho de Comunicação” com competência para controlar as respectivas outorgas⁴⁶⁹.

Pois bem. Imagine-se a seguinte situação hipotética: o Poder Executivo, em decisão unilateral, entende por outorgar (através de concessão ou permissão) o serviço de radiodifusão de imagens a uma determinada empresa de telecomunicações de propriedade de um político influente em região do Brasil. De acordo com o parágrafo 1º do artigo 223 da Constituição Federal, cabendo ao Congresso Nacional apreciar o ato, esse se queda inerte em um primeiro momento e, posteriormente, o ratifica, passando a produzir os efeitos legais, na forma do parágrafo 3º⁴⁷⁰. Considerando que a emissora de televisão então instalada apoia o Presidente da República em exercício, esse decide, então, mantê-la em funcionamento, e,

⁴⁶⁹ V., sobre o tema, SOUZA, Márcia Teixeira de. *O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais*. São Paulo: Lua Nova, 2003.

⁴⁷⁰ Essa a redação do dispositivo da Constituição Federal:

“Art. 223. Compete ao Poder executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§1º. O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§2º. A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§3º. O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§4º. O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§5º. O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão”.

concomitantemente, resolve não renovar a concessão ou permissão das demais emissoras, que fazem oposição sistemática ao governo. É certo, contudo, que, nesse caso, o ato presidencial vem a depender de uma aprovação de 2/5 do Congresso Nacional, consoante determina o parágrafo 2º do mesmo dispositivo constitucional, mas, possuindo a base governista uma maioria parlamentar, ainda assim se obtém uma vitória na chancela almejada. Questiona-se, portanto: existiria, nessa hipótese, uma violação da Constituição? Veja-se.

Por óbvio, mediante uma interpretação gramatical do texto fundamental aplicável à espécie (artigo 223), uma vez respeitado o processo de outorga e não-renovação, bem como o quorum do supracitado preceito constitucional, não há que se perquirir, em uma análise perfunctória, de qualquer invalidade (ou inconstitucionalidade) na decisão do Executivo.

Por outro lado, em um segundo momento, a questão pode (e deve) ser enfrentada sob outro prisma, a fim de alcançar uma interpretação que melhor atenda à finalidade e sentido do texto constitucional. Sob esse aspecto, entende-se que a aplicação cerrada do comando acima transcrito não se coaduna com a *mens legis*, devendo, pois, ser considerada fundamentação jurídica diversa para melhor resolução da controvérsia. Explica-se.

Segundo as regras clássicas de hermenêutica, toda interpretação jurídica deve ter como ponto de partida o texto da norma, sendo de extrema valia, nesse ponto, a interpretação classificada doutrinariamente como “gramatical, literal ou semântica”⁴⁷¹. Ocorre que, como é cediço, hipóteses haverá em que o intérprete constitucional, ao se utilizar de uma interpretação meramente literal do texto, pode incorrer em uma situação de injustiça ou contrária à vontade da lei⁴⁷².

⁴⁷¹ Afigura-se válida, nesse particular, a observação de KARL LARENZ acerca do tema: “(...) O que está para além do sentido literal lingüisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser estendido, por via da interpretação, como o significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente MEIER-HAYOZ que o teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade interpretativa (...)”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 453 – 454.

⁴⁷² Daí porque se ter em conta a prudente observação de LUÍS ROBERTO BARROSO de que “(...) a interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato que deve partir e em que deve repousar o intérprete. De regra, todavia, correrá risco o intérprete que estancar sua linha de raciocínio na interpretação literal. Embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo (...)”. Cf.

No caso vertente, tendo em conta tão-somente uma análise da decisão sob a ótica da redação *ipsis litteris* do artigo 223 da Constituição – que define uma prerrogativa do Chefe do Executivo na seara comunicativa televisiva -, não se cogitaria de qualquer vício aparente em sua forma. Entretanto, na prática, ao se criar um “monopólio” da única emissora remanescente, pode-se afirmar que se esvaziaria qualquer tentativa de manifestação de oposição política ao governo, transcendendo a questão da esfera meramente comunicativa para se configurar, até mesmo do ponto de vista político, uma atitude atentatória ao próprio regime democrático e, obliquamente, à liberdade de expressão e de informação.

Assim que, utilizando-se uma interpretação qualificada de sistemática, os dispositivos atinentes à Comunicação Social devem ser interpretados conjuntamente com as demais normas constitucionais que permeiam o caso⁴⁷³. Em outros termos, considerando-se o princípio democrático (artigo 1º, *caput*), o pluralismo político (artigo 1º, inciso V), a dimensão objetiva da liberdade de expressão e o princípio do acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV), um juízo amplo de ponderação conduziria a uma resposta distinta da anterior, qual seja, poder-se-ia aquilatar, com absoluta certeza, uma inconstitucionalidade – material - da decisão presidencial, mesmo que *ad referendum* do Congresso Nacional⁴⁷⁴.

Não bastasse o princípio democrático, outro argumento ainda mais específico – e aqui se enquadra a segunda tarefa imputada às autoridades administrativas - se aplicaria com precisão à questão em exame. É que o parágrafo 5º, do artigo 220, da Constituição da República, prevê, em textual, que “*os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*”. Sucede que, ao se

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 120. Sobre a fantasia do sentido literal, ou seja, da interpretação textual, v. RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁷³ A resolução adequada da ponderação deveria, nesse particular, atender, na célebre consideração de PCZENIK, a um juízo de “*all things considered*”. Cf. PCZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 76 – 77.

⁴⁷⁴ Interessante, nesse contexto, a observação de OCTAVIO PENNA PIERANTI: “(...) A participação de um segundo ator político no processo de distribuição de concessões favorece, em tese, o estabelecimento de regras e parâmetros mais transparentes. Na prática, entretanto, em face dos interesses pessoais diretos que alguns congressistas têm no setor, não se criaram condições para ampliar a transparência no processo de distribuição de concessões. A necessidade de votação nominal no Congresso Nacional também diminui a possibilidade de as concessões vierem a ser negadas pelos parlamentares, pois eles teriam que se expor aos meios de comunicação (...)”. In: *Políticas públicas para radiodifusão e imprensa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 79.

obstaculizar a outorga de concessões de serviços de radiodifusão – tanto de emissoras de rádio quanto de televisão -, os atos do Poder Público e, em especial do Executivo, podem vir a ocasionar uma concentração de mercado na esfera comunicativa, vilipendiando, sob o prisma do Direito Público Econômico, o denominado “princípio da proibição de monopólio”⁴⁷⁵. Como observa EDILSOM FARIAS:

(...) Se o princípio da vedação de censura política, ideológica e artística, já apresentado, significa uma forma de regulação constitucional sobre o conteúdo da comunicação social, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio constitui uma regulação sobre a estrutura organizacional dos veículos de comunicação de massa. Ou seja, a configuração jurídica da garantia institucional da comunicação social vai mais além da proteção contra os abusos eventualmente cometidos por ela, atinge a concentração da propriedade dos media. Cumpre revelar que já os próceres do liberalismo clássico estavam convencidos de que ‘o poder privado constitui uma ameaça à liberdade tanto quanto o poder público’.

(...)

Nessa direção, proclama a Constituição Federal que ‘os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio’ (art. 220, parágrafo 5º). Isto é, a atividade de difusão pública de informações e opiniões não pode ser açambarcada exclusivamente por um mass medium (monopólio) ou por um pequeno número de mass media (oligopólio). Por conseguinte, o princípio da proibição de monopólio e oligopólio na área da comunicação social encontra-se estreitamente relacionado com o conhecido princípio geral da atividade econômica da livre concorrência (art. 170, IV), que é reforçado pela previsão constitucional de que a ‘lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, parágrafo 4º). Por isso, afirma-se que atualmente, cada vez mais, a liberdade de comunicação social depende da liberdade econômica ou é em boa medida consequência do sistema econômico.

(...)

Contudo, o princípio da vedação do monopólio e oligopólio tem no campo da comunicação social uma função proeminente: assegurar o pluralismo de vozes na arena pública. Por um lado, o pluralismo traduz a possibilidade fática de acesso aos meios de comunicação do maior número possível de sujeitos portadores de diversas tendências políticas, ideológicas e artísticas. Por outro, ele é condição indispensável para a livre formação da opinião pública independente e para garantir a diversidade de significado do mundo. Assim, à medida que se concentra propriedade dos media, há necessidade de instrumentos para promover o pluralismo informativo.

(...)

Em síntese, a existência de pluralismo na comunicação social, vital para a formação política e cultural das pessoas e para o adequado funcionamento da democracia constitucional, depende sobretudo da eficiência do princípio da proibição de monopólio e oligopólio (...)⁴⁷⁶.

A questão não escapou ao exame do Supremo Tribunal Federal que, na célebre decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130,

⁴⁷⁵ Convém assinalar que dentre os princípios estabelecidos pela “Campanha Global pela Liberdade de Expressão”, com o objetivo precípuo de se promover o pluralismo e a igualdade no ramo comunicativo, se encontra o estabelecimento de medidas efetivas para prevenir concentrações indevidas de propriedade da mídia. V., nesse sentido, Campanha Global pela Liberdade de Expressão. *Princípios Camden sobre a Liberdade de Expressão e a Igualdade*. Disponível em: <http://www.article19.org/pdfs/standards/camden-principles-portuguese.pdf>. Acesso em 24 de janeiro 2010.

⁴⁷⁶ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação*. Op. cit., pp. 209 – 210. Ao ângulo da ordem econômica, o parágrafo 4º, do artigo 170, da Constituição da República, traduz literalmente a diretriz a ser seguida pelo Poder Público, ao preceituar que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados”.

ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, tratou expressamente da proibição da oligopolização e monopolização do setor comunicativo⁴⁷⁷.

Em segundo plano, especificamente no âmbito da Comunicação Social, o comportamento do Poder Legislativo - a exemplo dos demais Poderes – deve ser pautado pelo fomento na elaboração de normas que busquem, sempre que possível, assegurar de forma concreta (ou seja, abrangendo a concepção libertária e a democrática) a liberdade de expressão e informação.

A tese ora defendida, que propõe uma conciliação entre ambas as vertentes da liberdade de expressão, encontra supedâneo na recente legislação infraconstitucional produzida especialmente na área dedicada aos veículos de comunicação de massa. Veja-se, *ad exemplum*, o significativo caso das empresas operadoras de televisão a Cabo. A Lei Federal nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV por assinatura, estabelece em seu artigo 3º que “*o serviço de TV a Cabo é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País*”. Já o inciso I, do artigo 23, lista uma gama de canais governamentais (reservados para as Câmaras de Vereadores, Assembléia Legislativa Estadual, Câmara dos Deputados e Senado Federal), universitários (alínea “e”), educativos (alínea “f”) e comunitários abertos para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos (alínea “g”), que devem obrigatoriamente ser disponibilizados pelas operadoras⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Confira-se trecho pertinente da ementa da decisão, *in verbis*: “**RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA.** A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”.

⁴⁷⁸ Observe-se, por oportuno, na linha de pensamento ora sustentada, que o Estatuto da TV Comunitária do Rio de Janeiro prevê como objetivo básico, no *caput* de seu artigo 4º, “permitir o livre exercício do direito de expressão, de criação e de informação, contribuindo para a democratização da comunicação, promovendo a mais ampla participação no Canal das entidades com fins não econômicos da Cidade do Rio de Janeiro, fortalecendo assim, o exercício da cidadania”. O respectivo inciso VI preceitua como ação “garantir a pluralidade da exibição

Como frisa a aludida legislação, esses canais são de utilização gratuita, consistindo, pois, em uma legítima forma de limitação – prescrita pelo legislador ordinário – da liberdade de iniciativa e de empresa, em nome de um ideal de diversidade e pluralismo, norteados pela liberdade de expressão e acesso à informação⁴⁷⁹.

Toma-se, em um segundo exemplo, o caso da alocação de frequências para as rádios comunitárias, de vital importância para a promoção do pluralismo político e cultural⁴⁸⁰. O artigo 3º da Lei Federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, especifica sobre o tema, dispõe que “*o Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por finalidade o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradição e hábitos sociais da comunidade*” (inciso I), bem como “*permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível*” (inciso V). No mesmo sentido, reza o parágrafo 2º, do artigo 4º, que “*as programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados*”.

Como se depreende expressamente dos textos transcritos, em ambos os exemplos, a *mens legis* consiste na multiplicação de atores de menor poderio econômico na participação dos serviços de radiodifusão. Tanto no rádio (através das rádios comunitárias)

de programas, possibilitando que todos os segmentos da sociedade estejam representados, sem restrição de ordem religiosa, étnica, de cor de epiderme, de condição social ou gênero”.

⁴⁷⁹ Em outros termos, o que se pretende demonstrar é que a legislação infraconstitucional aplicável à hipótese, que de forma geral acabam por “restringir” ou “limitar” a liberdade de iniciativa das empresas de radiodifusão, atende ao denominado “teste da proporcionalidade”, se afigurando adequadas às finalidades pretendidas pelo texto constitucional. V., a propósito, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

⁴⁸⁰ O papel das rádios comunitárias é ainda mais relevante nas pequenas e médias cidades, onde, em geral, os meios de comunicação de massa se encontram nas mãos de oligarquias dominantes. Para um estudo aprofundado do tema, v. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Destaca-se, por oportuno, trecho da obra: “(...) Então surgem, de repente, as rádios comunitárias com enorme potencial de democratização, na medida em que, por elas, se começa a romper as cadeias que submetem o povo livre ao domínio de uma pequena e poderosa elite, que prevalece, notadamente, no controle dos veículos de comunicação de massa. (...) Na verdade, todas as rádios comunitárias, todos sabem, romperão, definitivamente, esse vínculo espúrio e levarão ao povo, independentemente de cor partidária, sua imparcial visão dos acontecimentos públicos, permitindo-lhe, pela primeira vez na história, desfrutar do livre acesso à informação em suas variadas versões, de modo a, mediante um juízo mais seguro, extrair a verdadeira não deturpada por atos diversionários e ilusórios. Isso naturalmente acontecerá pelo permanente cotejo da informação divulgada com a versão fornecida pelos outros veículos de comunicação (...)”. Op. cit., p. 259.

quanto na televisão (com a inclusão de canais gratuitos no serviço de TV a Cabo), quanto maior for a possibilidade de inserção da sociedade na expressão de opiniões, maior será o alcance e garantia da liberdade de expressão, elevando-se, inclusive, pela diversidade cultural, o nível do debate no processo de formação de ideias e, por conseguinte, a tomada de posições ideológicas em todas as esferas. Esse, portanto, o vetor interpretativo a ser seguido pelos representantes do Legislativo.

Em terceiro plano, indaga-se como se deve pautar a atuação do Poder Judiciário diante do debate em foco. Alguns pontos, nesse passo, são dignos de especial atenção.

Primeiramente, cabe ao Judiciário, de maneira geral, zelar pela guarda da Constituição, aplicando-se às decisões judiciais, ainda que difusamente, os princípios norteadores da promoção da liberdade de expressão. Notadamente quanto ao serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, há pouco examinado, traz-se a lume o teor do parágrafo 4º, do artigo 223, da Carta de 1988, que prevê que “*o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial*”⁴⁸¹. Entende-se, nesse passo, que a ratificação judicial para o caso de interrupção unilateral da outorga deve, na medida do possível, ser efetuada a título excepcional. Ou seja, o controle judicial do ato presidencial deve ser absolutamente rigoroso, de modo a não permitir eventuais abusos e arbitrariedades cometidas por parte do Executivo⁴⁸².

Por outro lado, propõe-se, no que concerne ao caráter democrático da liberdade de expressão, uma transformação pontual da atividade interpretativa a ser conferida pelos integrantes do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos atinentes ao tema.

⁴⁸¹ O parágrafo 5º do mesmo artigo dispõe que “o prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão”.

⁴⁸² ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 106 - 108. Afirma o autor que, para os adeptos de um denominado liberalismo *laissez-faire*, a única ameaça séria à liberdade e, assim, aos direitos fundamentais, seria um governo hiperativo. Em meio à Separação de Poderes e à especialização funcional, um controle judicial dos atos do Poder Executivo seria essencial à tutela dos direitos fundamentais.

Já se investigou, na Segunda Parte do presente trabalho, a doutrina que defende uma “posição preferencial” (*preferred position*), no processo de ponderação de bens, desfrutada por algumas liberdades públicas, tais como a livre manifestação do pensamento, positivada no inciso IV, do artigo 5º, da Lei Fundamental brasileira. Vale repetir que no Direito Constitucional norte-americano, por exemplo, a liberdade de expressão é considerada o mais valorizado direito fundamental a ser protegido dentro do *Bill of Rights* da Carta de 1787. Sob esse aspecto, ressaltam-se três critérios estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos⁴⁸³:

(i) um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), traduzido no parâmetro mais rigoroso na verificação de compatibilidade da norma em confronto com o texto constitucional. Nessa hipótese, presume-se uma inconstitucionalidade *a priori* da norma cerceadora do direito fundamental, cabendo ao legislador demonstrar de forma cabal a necessidade de limitação da liberdade pública em favor de outros interesses constitucionais mais relevantes⁴⁸⁴;

(ii) um escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*), situado entre o primeiro e o terceiro critério, onde se exige um controle de constitucionalidade da norma um pouco menos rigoroso do que o descrito anteriormente;

(iii) um escrutínio amplo (*regular basis test*), traduzido no parâmetro mais flexível em relação à vontade do legislador. Subsiste, nessa hipótese, uma presunção ainda mais reforçada da constitucionalidade da norma, devendo o Judiciário se abster, sempre que possível, de exercer uma atividade “legislativa negativa”⁴⁸⁵.

⁴⁸³ V., acerca do tema, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

⁴⁸⁴ Como já sublinhado oportunamente no capítulo dedicado ao desenvolvimento da doutrina da *preferred position* no ordenamento jurídico norte-americano, o *standard* do escrutínio estrito tem sua origem relacionada à nota de rodapé nº 4 (*footnote four*) do célebre caso *Carolene Products Co.*, ocasião em que o Justice Stone propôs que as liberdades públicas expressamente previstas no *Bill of Rights* deveriam se sujeitar a um controle judicial de constitucionalidade mais rigoroso. Para uma análise das perspectivas da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, v. SUNSTEIN, Cass. “Freedom of expression in United States: the future”. In: HENSLEY, Thomas (Ed.). *The Boundaries of freedom of expression in American democracy*. Kent: Kent State University Press, 2001.

⁴⁸⁵ No ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, o parâmetro do “escrutínio amplo” é o usualmente adotado pela jurisprudência. V., sobre o

Estampada na Primeira Emenda da Constituição Americana, que prevê que “o Congresso não pode editar nenhuma lei limitando a liberdade de expressão ou de imprensa”, a liberdade do discurso (*free speech*) se enquadra, no ordenamento norte-americano, no primeiro *standard* de ponderação acima enumerado. Vale dizer, vigora no respectivo sistema constitucional uma presunção de primazia da liberdade de expressão em face de outros interesses estatais.

Apesar de não consagrado de forma expressa na jurisprudência brasileira, existe, *mutatis mutandis*, ainda que implicitamente, uma ampla aceitação do critério do “escrutínio estrito” na análise de normas restritivas da liberdade discursiva⁴⁸⁶. Quanto a esse ponto, não se advoga aqui nenhuma mudança significativa de postura por parte do Judiciário. O aspecto inovador diz respeito não à perspectiva libertária da liberdade de expressão, mas ao seu caráter democrático. Explica-se.

Na linha da jurisprudência estrangeira, corrobora-se a importância axiológica da liberdade de expressão no ordenamento brasileiro (aqui incluída, *stricto sensu*, a liberdade de informação), de tal sorte que um eventual exame de constitucionalidade de uma norma restritiva do direito deve ser feito com absoluta cautela, preservando-se, em maior medida, o seu conteúdo juridicamente protegido (núcleo essencial).

Sob outro prisma, contudo, a atuação judicial deve ser diferente quando outro for o cenário dos interesses em conflito. Assim, quando se estiver diante de uma norma restritiva da liberdade de expressão (ou, do ponto de vista econômico, de uma liberdade de empresa do ramo comunicativo – emissora de rádio, televisão ou mesmo um jornal ou periódico impresso) que vise, em última análise, à proteção do princípio democrático, do pluralismo, do acesso à informação, ou da própria liberdade expressão em sua perspectiva

controle judicial de constitucionalidade, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999; e APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

⁴⁸⁶ No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, realizado em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de que o bloco de direitos constitucionais relativos à liberdade de expressão e de imprensa teria precedência, em um processo de ponderação de bens, sobre o bloco de bens de personalidade, aqui incluídos o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada.

democrática, sustenta-se que outro deve ser o parâmetro a ser adotado na técnica da ponderação. Nesse particular, o *standard* mais adequado para o alcance da democracia seria o terceiro, isto é, o de amplo escrutínio⁴⁸⁷.

Em termos mais precisos, toda vez que estiver em questão princípios liberais de ordem econômica (livre iniciativa e demais corolários) em contraposição a outros interesses constitucionais ligados à diversidade e pluralismo na esfera comunicativa, estes poderão ser restringidos (comprimidos) para, à luz do caso concreto, ceder espaço ao princípio democrático da liberdade de expressão, revelando-se, pois, absolutamente legítima uma intervenção estatal no sentido de coibir uma concentração de mercado, proporcionando, destarte, um “*dereito a todos de ouvir e ser ouvido*”. O controle judicial de constitucionalidade atuaria, em tal hipótese, como instrumento de proteção da liberdade de expressão⁴⁸⁸.

Exemplificando, não se pode utilizar o mesmo parâmetro no exercício de controle de constitucionalidade de uma lei que venha a restringir a liberdade de imprensa dos meios de comunicação de massa, para fins de se evitar divulgação de atos praticados por políticos, e de outra lei que, por assim dizer, disponha sobre a limitação de autonomia editorial de empresas do ramo comunicativo, para fins de garantia da diversidade de opiniões.

No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma norma presumidamente inconstitucional, em virtude da diminuta essencialidade do suposto interesse jurídico a ser tutelado. Aplicar-se-ia aqui, com propriedade, o *standard* do *strict scrutiny*. Já no segundo exemplo, a limitação da livre iniciativa se encontraria amplamente justificada, haja vista a substancial carga valorativa dos bens constitucionais que se almeja proteger (*compelling*

⁴⁸⁷ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 182 – 183: “(...) Aqui no Brasil, o STF assume a função de proteger os direitos fundamentais constitucionais, mas parte do pressuposto inverso do qual partiu a Suprema Corte norte-americana. Lá, a presunção era a da inconstitucionalidade das leis que limitavam o exercício de determinados direitos protegidos pela Constituição por meio da doutrina da incorporação do *Bill of Rights*. Aqui, a presunção é – sempre – em favor da constitucionalidade das leis, de maneira que incumbe ao autor da impugnação judicial comprovar que a lei é não-razoável (...)”.

⁴⁸⁸ V., sobre a intrincada questão da legitimidade da jurisdição constitucional e seu precioso papel na proteção dos direitos fundamentais, RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. V., na doutrina brasileira, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

interests), quais sejam, o pluralismo, o acesso à informação e a própria liberdade de expressão. O *standard* mais coerente, nesse caso em concreto, seria o do *regular basis test*.

À guisa de ilustração, caso se viesse a discutir judicialmente a constitucionalidade da Lei nº 8.977 de 1995, que obriga a empresa exploradora do serviço de TV a Cabo a transmitir gratuitamente canais educativos e governamentais, por eventual violação à livre iniciativa, entender-se-ia justificada a restrição à liberdade de informação da empresa, em virtude da magnitude axiológica dos interesses contrapostos (democracia, pluralismo e acesso à informação). Essa exatamente a hipótese da Lei nº 10.461 de 2002, que inclui no serviço de TV a Cabo – gratuitamente – um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal (a chamada “TV Justiça”). O mesmo poderia ser afirmado quanto à Lei nº 9.612 de 1998, que trata das rádios comunitárias.

Em suma, em ambos os casos, a opção do legislador – ou seja, o comando normativo – sobreviveria ao “teste da proporcionalidade” em sua tríplice dimensão (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Em último plano, importa esclarecer, do ponto de vista prático, quais sugestões poderiam ser formuladas para garantia efetiva da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito. Investiga-se, mais especificamente no ramo da radiodifusão de imagens e sons, quais ideias poderiam ser debatidas para fins de aprimoramento do pluralismo na esfera comunicativa.

Do ponto de vista da recente história constitucional brasileira, pode-se afirmar que, apesar de intensa controvérsia abrangendo os mais variados segmentos da Comunicação Social, sempre esteve latente uma necessidade de criação de um órgão regulador da informação veiculada em sistemas de rádio e televisão. À época da constituinte de 1988, dentre os diversos anteprojetos discutidos na Comissão de Ciência, Tecnologia e Comunicação, houve quem defendesse a instituição de um “Conselho Nacional de Comunicação”, composto por entes da sociedade civil e governamentais, cujas decisões seriam submetidas ao crivo do Congresso Nacional⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Essa, em síntese, a proposta de emenda popular apresentada pela Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ, que defendia que os meios de comunicação fossem objeto de exploração por fundações, públicas ou privadas, ou sociedades sem fins lucrativos.

Ultrapassado o processo de elaboração da Carta Magna, teve-se como resultado a previsão expressa no texto constitucional de um “Conselho de Comunicação Social”, a ser instituído pela legislação ordinária e auxiliado pelo Congresso Nacional⁴⁹⁰. Embora editada a Lei Federal nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991, criando o referido órgão, concretamente, esse jamais chegou a ser implementado, haja vista a dependência de eleição de seus representantes pelo Congresso⁴⁹¹.

Comprovada a ineficiência do instituto, advoga-se, no presente trabalho, a criação de um ente independente capaz de assegurar os ditames constitucionais como o pluralismo e, em sede de radiodifusão sonora e de imagens, os princípios informadores prescritos no artigo 221 da Lei Maior⁴⁹². Em nossa opinião, revela-se de bom proveito a formação de uma agência reguladora, nos moldes das já existentes no ordenamento brasileiro em outros setores e, no âmbito do Direito Comparado, das em funcionamento em diversos países democráticos⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Dispõe o artigo 224 da Constituição Federal de 1988 que “para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei”.

⁴⁹¹ O esvaziamento da importância do órgão é objeto de ampla crítica na doutrina. Observa EDILSON FARIAS, nesse sentido: “(...) A despeito da subordinação do referido Conselho ao Congresso Nacional, discrepando do ideal de estruturar um órgão administrativo com autonomia ante o Executivo e o Legislativo, a previsão constitucional poderia ser considerada um avanço, na medida em que sinalizasse para a perspectiva de estabelecimento de um ente administrativo independente encarregado de normatizar e velar pelas pautas de comportamento dos veículos de comunicação de massa, como tem sido a tendência nas legislações democráticas. No entanto, com regulamentação infraconstitucional da matéria veio o desapontamento. A lei não assegurou independência ao Conselho de Comunicação Social, não lhe conferiu funções deliberativas nem descentralizou as competências hoje enfeixadas no Ministério das Comunicações e na Presidência da República. Chancelou-se, dessa forma, a inutilidade do referido órgão (...)”. Cf. FARIAS, Edilson. Op. cit., pp. 226 – 227.

⁴⁹² De acordo com o artigo 221 da Constituição Federal de 1988, “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

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

⁴⁹³ V., no mesmo sentido, SIMÕES, Inimá. *A nossa TV brasileira. Por um controle social da televisão*. São Paulo: Editora SENAC, 2004, pp.: 124 - 125: “(...) Há quem proponha a criação de um conselho autônomo, seguindo o modelo da FCC americana, com poder de agência reguladora. Uma instituição sem o compromisso de prestar contas à sociedade à indústria e indiferente aos humores das eleições que ocorrem de dois em dois anos no país. Que não dependa nem de popularidade nem de empreguismo. Com mandatos definidos e imune às gestões políticas. Trata-se de uma boa opção, e, embora o retrospecto não registre experiências dessa natureza, é pertinente conceber a criação de um espaço autônomo com poder decisório. O funcionamento de um conselho ou

Duas notas, nesse contexto, merecem ser destacadas. Primeiramente, evidencia-se a necessidade de se dar prosseguimento à proposta capitaneada pela Associação Nacional dos Jornalistas – ANJ de criação de uma agência independente, cujos componentes seriam escolhidos não somente pelo Chefe do Executivo, mas de outros setores da sociedade civil⁴⁹⁴.

Secundariamente, em se conferindo poderes para um controle tão-somente *a posteriori* das notícias transmitidas pelos meios de comunicação de massa, não se vislumbra qualquer empecilho à liberdade de informação e, economicamente, à livre iniciativa das empresas privadas⁴⁹⁵. Poder-se-ia, nesse ponto, se utilizar da experiência dos órgãos já existentes no Direito Estrangeiro, como por exemplo o “Conselho Superior do Audiovisual” Francês – já examinado anteriormente -, a *Federal Communication Commission* do ordenamento norte-americano – responsável pela difusão da *fairness doctrine* e a “Alta Autoridade para a Comunicação Social”, órgão independente consagrado pela Constituição Portuguesa e responsável pela garantia do pluralismo na esfera comunicativa.

Findo o período ditatorial, é chegado o momento de se desvincular da imagem do Estado como “inimigo das liberdades”, como difundido na arraigada visão liberal defensora de um “Estado Mínimo”. Em tempos de valorização da democracia, há de se associar à vertente libertária de uma liberdade de expressão – que abomina a censura, os regimes de exceção e a interferência governamental abusiva no âmbito privado – uma concepção democrática – que evita a concentração de mercado -, essencial à garantia de um verdadeiro alcance do direito de informação. Não se cuida aqui de uma opção meramente ideológica, social ou política. Ao revés, trata-se da necessidade em se proteger de maneira ampla o texto constitucional, tão carente de efetividade no ramo da Comunicação Social.

de uma agência deve se apoiar numa legislação bem definida, algo ainda a ser elaborado em consonância com o que preconiza a Constituição de 1988 em seu capítulo sobre Comunicação Social (...).’

⁴⁹⁴ A ideia embrionária, inclusive, já se espelha na recente instituição da “Empresa Brasileira de Comunicação – EBC”, comumente divulgada como “TV Pública”, cujos integrantes do Conselho Curador, com um mandato de dois anos, devem zelar pela autonomia político-partidária das informações prestadas na programação.

⁴⁹⁵ Uma análise da relação entre democracia e comunicação social pode ser encontrada em FIGUEIREDO, Marcelo. “A Democratização dos Meios de Comunicação – O Papel da Televisão. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, volume I, nº 2, maio de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 02 de fevereiro de 2010. No texto, o autor defende que a regulação e fiscalização da comunicação seria mais do que uma faculdade, mas um “dever constitucional”.

4 SÍNTESE CONCLUSIVA: ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS

Ao final da presente exposição, uma vez percorridas as principais questões relativas ao tema em análise, é possível compendiar as seguintes ideias.

1. Cuidou-se, ao longo da presente tese, da perspectiva objetiva da liberdade de expressão, traduzida em um dever *prima facie* de abstenção do Estado na esfera comunicativa, passando-se, em um segundo momento, a uma perspectiva subjetiva, situação em que o Poder Público deve exercer papel essencial à fruição de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, o acesso à informação. Diversamente do que supostamente poder-se-ia cogitar, demonstrou-se que ambas as perspectivas não são excludentes, mas complementares.

Na esteira da clássica teoria dos *status* idealizada por JELLINEK, afirma-se que os direitos fundamentais desempenham um caráter de multifuncionalidade. Mais do que meros direitos de defesa perante o Poder Público (*status negativus*), poder-se-ia exigir uma postura ativa do Estado para a proteção das denominadas liberdades públicas, a ser garantida pela entrega de prestações materiais (*status positivus*). A liberdade de expressão pode, nesse particular, ser encarada sob uma dupla perspectiva: em primeiro lugar, traduz uma norma de competência negativa para o Poder Público, proibindo a sua ingerência na esfera jurídica individual; ao mesmo tempo, em segundo lugar, implica o poder de exercer positivamente outros direitos fundamentais.

2. No que diz respeito à fundamentação jusfilosófica da liberdade de expressão, destaca-se o importante papel por ela desempenhado na qualidade de condição procedimental da democracia. Em uma sociedade caracterizada por uma diversidade cultural, uma visão arcaica do princípio democrático levaria a crer que as decisões políticas deveriam ser efetuadas de acordo com a vontade da maioria. Ocorre que o ideal democrático não deve se limitar a uma aplicação cerrada do princípio majoritário, havendo de se permitir, em nome de um pluralismo, que segmentos sociais com menor “voz ativa” possam a vir a exprimir suas opiniões. Nessa linha de raciocínio, um verdadeiro Estado Democrático seria aquele que garantisse a todos os cidadãos, em igualdade de condições, uma possibilidade de expressar seus pensamentos. Com fundamento, portanto, em um denominado “argumento cooperativo”, próprio modelo democrático-deliberativo, poder-se-ia conceber a liberdade de expressão não somente como um direito fundamental autônomo, mas também como um verdadeiro fator de legitimação do princípio democrático.

3. Tendo em consideração uma análise histórica da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o modelo constitucional vigente aplicável aos

meios de comunicação, é possível se extrair, conforme ratificado pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, um chamado “princípio da incensurabilidade”. No entanto, a impossibilidade de se proceder a um controle prévio do conteúdo da informação ou opinião a ser veiculada não eleva a liberdade de expressão a um *status* absoluto, sendo certo que o próprio texto constitucional preceitua alguns mecanismos legítimos de controle dos meios de comunicação, entre os quais: um controle administrativo, exercido por órgão do Poder Executivo; um controle judicial, consubstanciado no princípio do “acesso à justiça”; e um controle social, previsto no artigo 224, a ser exercido por um “Conselho de Comunicação Social”.

4. Uma vez admitida, em concreto, a possibilidade de restrição à liberdade de expressão, há de ser refutada qualquer tentativa de arbitrariedade governamental sob o manto do designado “estado de exceção”. Do ponto de vista principiológico, a implantação casuística de um regime de exceção fora das hipóteses taxativamente prescritas no corpo da Constituição de 1988 acarreta uma frontal violação ao núcleo essencial da liberdade de manifestação do pensamento, que, como é cediço, possui natureza de regra.

5. Com base na experiência constitucional norte-americana, pode-se atribuir à liberdade de expressão uma denominada “posição preferencial” (*preferred position*) no processo ponderativo. Importa sublinhar: em casos de colisão entre direitos fundamentais, deve a liberdade discursiva (*free speech*) possuir uma “dimensão de peso” superior a outros valores constitucionais. Dependendo, portanto, da natureza do bem em questão, o julgador deve aplicar um padrão mais rígido – escrutínio estrito (*strict scrutiny*) - ou mais ameno para a aferição da validade imposta à restrição do direito. Sucede que, não ostentando a liberdade de expressão um caráter absolutista, pode a mesma ser restringida, diante de um caso concreto, por interesses traduzidos em finalidades públicas de alta carga axiológica (*compelling interests*). Ocorrendo tal hipótese, não há de se adotar qualquer *standard* peculiar de controle de constitucionalidade, mas a usual técnica da ponderação de bens (*balancing test*).

6. Em virtude do “princípio da unidade”, a doutrina brasileira é uníssona ao não admitir uma hierarquia normativa entre os dispositivos constitucionais. Distintamente do ordenamento alemão, o Supremo Tribunal Federal rejeita a tese de um direito suprapositivo, alicerçado em valores provenientes do Direito Natural. Não há, dessa forma, como se

estabelecer previamente, de forma exata, uma escala de valores na tábua constitucional. Todavia, é possível assinalar que, em razão das opções do constituinte originário brasileiro, o sistema de liberdades afetas à manifestação do pensamento desfruta, em tese, preferencialmente, de uma posição de primazia em relação aos demais bens de personalidade.

Por outro lado, cumpre ressaltar a existência de interesses constitucionais de elevada carga valorativa (*compelling interests*) capazes de promover, na adoção da ponderação, um reequilíbrio dos bens em disputa, isto é, de “anular” a posição de primazia da liberdade de expressão.

7. Em se tratando de restrição à liberdade de expressão, questão extremamente controvertida diz respeito à eventual possibilidade e necessidade de identificação de um conteúdo relevante no discurso ou informação a ser veiculada. Sob o prisma normativo, a Constituição Brasileira de 1988 não estabelece qualquer distinção prévia entre um dever de garantia, em maior ou menor grau, da opinião ou mensagem tida como mais ou menos relevante para a sociedade. Não há, no entanto, na prática, como se atribuir a mesma “dimensão de peso” a toda espécie de discurso.

A atribuição de relevância a determinadas mensagens ou informações deve, em um primeiro momento, considerar os padrões adotados por um “senso comum da sociedade”. Apesar de não se afigurar recomendável a adoção de padrões como “moralidade e bons costumes”, resta indubitável que determinadas formas de discurso possuem um “grau determinante para o processo de formação de opinião pública”. Nessa toada, um primeiro *standard* formulado para a identificação do conteúdo relevante da informação se apoia no caráter instrumental da liberdade de expressão, ou seja, nas hipóteses em que a emissão da mensagem ou discurso consistir em ferramenta essencial para o exercício de outras liberdades públicas. O segundo *standard* a ser adotado seria o denominado “imperativo legal”, que representa as intenções oriundas de opção do legislador (*mens legislatoris*). Em ambos os casos, seria possível se identificar, mediante uma chamada “zona consensual”, os discursos notoriamente relevantes.

Já no que se refere à chamada “zona cinzenta”, que abrangeria discursos “não nitidamente relevantes”, também seria de bom proveito a designação de *standard* para eventual aplicação de “peso” quando do manejo da ponderação de bens. Nesse passo, pode-se

concluir que mensagens ou discursos dissonantes das finalidades constitucionais teriam, em tese, uma maior “reserva de ponderação” ou “grau de restringibilidade”. Não se advoga aqui a existência de uma “hierarquização” - vez que não se nega o uso da ponderação, nem se propõe a construção de uma “tabela rígida” de enunciados normativos - mas de um escalonamento (ou “sistema de preferências”), dentro da liberdade de expressão, entre as espécies de discurso.

8. Tal como desenvolvido ao longo da Segunda Parte, a liberdade de expressão – em sua dimensão principiológica – pode, em casos concretos, entrar em conflito com outros bens constitucionais, em especial com os fundamentos da República preceituados no artigo 1º, da Carta Brasileira de 1988, quais sejam: livre iniciativa (inciso IV) e a dignidade da pessoa humana (inciso III).

9. Ao ângulo da Ordem Econômica estabelecida pelo constituinte brasileiro, é possível afirmar que, em virtude de princípios setoriais expressos como propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII), liberdade de empresa (artigo 170, *caput*) e livre concorrência (artigo 170, inciso IV), eventual intervenção do Estado na seara econômica deve se dar de forma absolutamente excepcional, sendo certo que as limitações à livre iniciativa devem estar autorizadas pelo próprio texto constitucional.

A perspectiva ativista de um denominado “Estado Alocador” deve, portanto, estar pautada por dois princípios capitais do Direito Público Econômico: (i) subsidiariedade, de forma que cabe aos particulares, em regra, a titularidade das atividades privadas do ramo comunicativo; e (ii) proporcionalidade, cuja aplicação deve atender à tríade adequação (correlação lógico-racional entre a distorção a ser corrigida e a medida a ser tomada), vedação do excesso (qualquer intervenção ou restrição há de ser realizada da forma menos gravosa possível) e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens obtidas com a difusão dos feixes de informação devem ser superiores aos ônus causados aos agentes privados na seara comunicativa.).

10. Notadamente no que se refere às empresas de radiodifusão sonora e de imagens, calha ressaltar a eficácia jurídica do comando contido no artigo 221, da Constituição Federal de 1988, que preceitua uma série de princípios a serem atendidos pela programação de emissoras de rádio e televisão, quais sejam: a “preferência a finalidades educativas,

artísticas, culturais e informativas (inciso I)”, a “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação (inciso II)”, “a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (inciso III)” e o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (inciso IV)”.

Utilizando-se, pois, das modalidades de eficácia próprias dos princípios constitucionais, pode-se identificar, em primeiro plano, uma eficácia negativa, traduzida em um dever – também imposto a entes particulares - de abstenção à prática de atos contrários ao programa nelas contido; e, em segundo plano, uma eficácia interpretativa, que tem em conta os valores e finalidades abrigadas no texto constitucional. Assim, por exemplo, na ausência de uma “liberdade absoluta de informação”, determinada programação com conteúdo exclusivamente contrário aos fins constitucionais poderia ser restringida (e.g., programas de violência gratuita ou com forte teor de obscenidade). Da mesma forma, também entender-se-ia válida a imposição, mediante legislação ordinária, de cotas ou percentuais mínimos na grade de programação da televisão “aberta” (desde que fixados em parâmetros razoáveis), especialmente por se lembrar que as empresas de rádio e televisão atuam sob a forma de concessão gratuita por parte do Estado. Já no caso da televisão “por assinatura”, dever-se-ia considerar que, em virtude do princípio de proteção do consumidor (disposto no artigo 5º, inciso XXXII), a se comprovar um aumento exorbitante no custo da mensalidades, a medida (cotas), a despeito de razoável internamente, seria incompatível (externamente) com o citado preceito constitucional.

11. Quanto às hipóteses de colisão entre a liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana, tomando-se em conta uma análise comparativa das experiências constitucionais em sede de Direito Comparado pode-se aduzir que: (i) na esteira da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte americana, e consoante recentemente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a liberdade de expressão – a despeito de não se revestir de um caráter absoluto - possui um caráter de preferência, em tese, sobre os demais bens de personalidade; (ii) conforme jurisprudência formada pelo Tribunal Constitucional alemão, em virtude de sua previsão expressa no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana funciona, ao mesmo tempo, como “fonte” e “limitação” da liberdade de expressão. Assim sendo, devido à sua posição *prima facie*, pode a dignidade humana ostentar interesse relevante (*compelling interest*) hábil a restringir as liberdades comunicativas.

Sob o influxo de tais premissas, se propõe a construção de três *standards* específicos de ponderação: (i) em primeiro lugar, haveria de se aquilatar a “*potencialidade de difusão do meio veiculador do discurso ou mensagem*”, devendo se estabelecer uma distinção entre a opinião transmitida em meios mais reservados, de natureza privada, e a informação veiculada em canais de grande poder de difusão ou órgãos públicos. No primeiro caso, a liberdade de expressão assumiria uma dimensão de peso superlativa, ao passo que no segundo, devido ao poder de “*formação de opinião*” do emissor da mensagem, essa deveria estar em conformidade com pressupostos legais (licitude do meio de obtenção da informação, compromisso com a veracidade, entre outros) e demais princípios constitucionais (democracia, isonomia e, logicamente, a dignidade humana); (ii) o segundo *standard* consistiria no “*grau de intensidade da lesão efetuada em face da dignidade humana*”, ou seja, para se aquilatar a validade (constitucionalidade) da conduta praticada em nome da liberdade de expressão, deveria se verificar se a mensagem veiculada foi suficiente ou não para atingir o “*conteúdo essencialmente protegido*” pela dignidade humana; e (iii) por fim, se entende que a possibilidade de restrição à liberdade de expressão deve ser proporcional ao “*alcance da lesão provocada pelo discurso*” – esse o terceiro *standard* proposto. Importa dizer: eventual mensagem que venha a violar a dignidade humana de um segmento ou grupo social deve possuir uma menor “*dimensão de peso*” no processo ponderativo, de tal forma que, por essa concepção, quanto maior o espectro de pessoas alcançadas pelo discurso, menor deve ser a proteção à liberdade de expressão ou informação.

12. Estudo de caso interessante, que expressa a principal controvérsia enfrentada pela doutrina moderna americana no tocante ao tema, diz respeito ao discurso pornográfico. Em síntese, se destacam duas concepções: de um lado, com base em uma visão libertária, há quem adote um conceito *lato* de liberdade de expressão, de forma a proteger também discursos menos afinados com os demais valores constitucionais, aqui se incluindo a pornografia. A partir, portanto, de uma ótica absenteísta, o Estado deveria se comportar de forma neutra na esfera comunicativa, a ele não cabendo definir o que “*deve ou não ser dito ou lido*” no íntimo de cada cidadão. De outra banda, reside uma concepção de cunho moralista, que sustenta que a mensagem de cunho pornográfico não poderia ser tipificada como um discurso garantido pelo texto constitucional. Eis aqui o principal argumento da doutrina feminista: ao se representar as mulheres como um mero objeto sexual, o discurso pornográfico violaria o tratamento isonômico prescrito pela Constituição. De forma análoga a

outras variadas formas depreciativas de discursos contrários a minorias, como o racial (*hate speech*), a pornografia reduziria as mulheres à condição de vítimas na esfera comunicativa.

De modo a equacionar a controvérsia, utiliza-se, no ordenamento americano, uma distinção pontual - firmada a partir do precedente *Miller versus California* (julgado em 1973) – entre o discurso obsceno (fora da esfera de proteção constitucional) e o meramente indecente (passível de proteção). Nesse passo, as diretrizes básicas a serem manejadas pelo intérprete constitucional devem ter em consideração, segundo uma pessoa média que aplique os padrões da comunidade contemporânea: (i) se o discurso, como um todo, apela para o interesse lascivo; (ii) se o discurso representa ou descreve, de forma patentemente ofensiva, conduta sexual especialmente definida pela lei estatal aplicável; (iii) se o discurso, tomado como um todo, carece de sérios valores literários, artísticos, políticos ou científicos.

Aplicando-se o denominado *Miller Test* à experiência brasileira, e com o intuito de se permitir uma regulação do Poder Público em casos de discurso pornográfico, é possível se identificar alguns parâmetros gerais. Nesse sentido, se advoga que para a validação de conduta limitadora da liberdade de expressão, deve-se: (i) utilizar o meio menos restritivo para os cidadãos, sob pena de esvaziamento do “mínimo absoluto” da esfera discursiva; (ii) em caso de edição de leis e atos normativos, se evitar o uso de locuções vagas ou demasiadamente amplas; (iii) no processo de ponderação, proceder a uma avaliação dos interesses em conflito, se conferindo uma preferência - em tese – à proteção de menores em casos de discursos obscenos e atos de pornografia infantil, ainda que cometidos na esfera privada.

13. Outros importantes limites impostos à liberdade discursiva, à luz do regime constitucional brasileiro, consistem nos “valores éticos e sociais da família”, bem como na “proteção à infância e adolescência”. Apesar de qualificados, em nossa concepção, de “discursos não notoriamente relevantes” (situados em uma zona cinzenta), mensagens pornográficas ou de cunho racista não merecem total banimento ou uma censura prévia estatal. Nessas hipóteses, todavia, em um processo de ponderação de interesses, a posição *prima facie* da liberdade de expressão seria facilmente “anulada” por outros interesses constitucionais relevantes, tais como a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a proibição de “não discriminação” preceituada no inciso IV, do artigo 3º, da Carta de 1988.

14. Diversamente do que se poderia cogitar, a liberdade de expressão não pode ser relativizada tão-somente por outros bens constitucionais, mas também por ela própria. Em outros termos, ao lado de uma concepção libertária, usualmente difundida, torna-se imperiosa a adoção, no ordenamento brasileiro, de uma concepção denominada “democrática”. Cuida-se, em verdade, como desenvolvido na Terceira Parte da tese, de um conflito constitucional liberdade de expressão *versus* liberdade de expressão.

15. Do ponto de vista do Direito Comparado, três experiências constitucionais se revelam interessantes para a demonstração e aprimoramento de premissas para uma conexão entre a liberdade de expressão, democracia e o pluralismo na esfera comunicativa. Em primeiro plano, procurou-se ressaltar os principais contornos do *free speech* nos Estados Unidos da América, onde se desenvolveram as raízes da vertente democrática, com a ascensão da *fairness doctrine*, até sua posterior reversão pela Suprema Corte. De forma sucinta, observam-se, esquematicamente, duas concepções distintas acerca do tema: uma primeira teoria, denominada “libertária”, defende que as garantias da Primeira Emenda almejam proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento livre de qualquer interferência estatal; uma segunda teoria, chamada de “democrática”, identifica na liberdade discursiva um instrumento de autogoverno, essencial à democracia, devendo-se permitir que todos os cidadãos sejam informados sobre os assuntos de interesse geral e, assim, estejam aptos a formar livremente a sua convicção.

Resumidamente, podem ser compendiadas as seguintes ideias norteadoras da *fairness doctrine*: (i) oferecer, no ramo comunicativo, uma paridade de tempo na exposição de fatos controvertidos, permitindo ao receptor da informação um amplo conhecimento dos diversos pontos de vista acerca de uma mesma matéria; (ii) obrigar às empresas de comunicação a adoção de período da programação para a cobertura de fatos de relevante interesse coletivo; (iii) garantir a determinados cidadãos um amplo direito de resposta, no caso de ofensas pessoais. Em que pese a parcial aceitação da doutrina pela Suprema Corte, notadamente no julgamento *Red Lion Broadcasting versus FCC* (em 1969), o seu real objetivo – de promover um “robusto debate público” – foi rapidamente diluído mediante três julgados posteriores (*Columbia Broadcasting System versus DNC*; *Miami Herald versus Tornillo*; *Pacific Gas & Electric Co. versus Public Utilities Commission*), onde se produziram as duas principais críticas à concepção democrática: do ponto de vista fático, a implicação de

um “efeito contraproducente” ocasionado por um “esfriamento” do discurso de interesse público, e, sob o prisma jurídico, a inconstitucionalidade da imposição de obrigações positivas aos meios de comunicação que, segundo a Corte, violaria os propósitos da Primeira Emenda. Nada obstante, é forçoso reconhecer que os ideais da doutrina permanecem até hoje acesos em parcela significativa do meio acadêmico.

16. A dimensão objetiva da liberdade de expressão também é bastante marcante no ordenamento germânico, onde a Lei Fundamental de 1949 preceitua, em seu artigo 5º, que “*cada um tem o direito de expressar e difundir livremente sua opinião pela palavra, por escrito ou por imagens, e de se informar sem impedimentos em fontes que são acessíveis a todos*”. Em meio à “ordem de valores de natureza objetiva” constitucionalmente delineada, ter-se-ia, ao lado da dignidade da pessoa humana, o direito de informação como um dos principais vetores axiológicos na hierarquização corroborada pelo Tribunal Constitucional. Através de um cotejo analítico das decisões envolvendo emissoras de radiodifusão de sons e imagens – os festejados “Casos Televisão” -, a exigência de uma igualdade no processo de formação de opinião deveria, segundo a doutrina e jurisprudência alemãs, vincular não somente o Poder Público, mas também os particulares, a quem caberia um dever de promoção do pluralismo na esfera comunicativa.

17. A estreita ligação entre liberdade de expressão e democracia se faz presente, ainda, no ordenamento francês, onde se destacam diversas decisões do Conselho Constitucional que estampam a necessidade de proteção da diversidade e pluralismo nos serviços de comunicação. A concepção de liberdade de imprensa adotada pelo Conselho privilegia, na verdade, os direitos dos destinatários da informação, fazendo-se alusão, a todo momento, a nomenclaturas como “*liberdade dos leitores*” e “*livre escolha dos leitores*”. Ademais, insta assinalar o importante papel exercido, no campo administrativo, pelo denominado “Conselho Superior do Audiovisual” (*Conseil Supérieur de l’Audiovisuel*), instituído a partir do “Conselho das Comunidades Européias” (*Conseil des Communautés Européennes*), e consistente no órgão responsável pelo controle social das emissões televisivas.

18. No âmbito brasileiro, a visão democrática da liberdade de expressão e informação consiste em tema recente e pouco explorado pela doutrina constitucionalista. A esmagadora maioria das obras acadêmicas atinentes ao tema se limita a investigar casos

clássicos de colisão entre o princípio da liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e os demais bens de personalidade (direito à honra, intimidade, imagem, etc), de outro. Ao mesmo tempo, na esfera jurisprudencial, a quase totalidade das decisões judiciais versa sobre o caráter libertário da liberdade de expressão, de tal forma que qualquer movimento contrário a tal perspectiva passa, de imediato, a receber o rótulo de “imposição de censura”.

Nada obstante, defende-se ser absolutamente viável a implantação, no ordenamento brasileiro, de uma versão adaptada da *fairness doctrine* americana. Nesse sentido, cumpre assinalar diversos dispositivos estampados no texto constitucional em vigor que permitem corroborar tal raciocínio, quais sejam: o princípio democrático e o pluralismo, fundamentos da República previstos no artigo 1º, *caput* e inciso V, respectivamente; o princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I); a própria liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV); o direito de resposta (artigo 5º, inciso V); o princípio do acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV) e, por fim, o princípio da proibição de monopólio (artigo 220, §5º).

Impende destacar que, diversamente do ocorrido no sistema constitucional norte-americano, certo é que, no Brasil, os dois principais argumentos contrários à supracitada doutrina, frequentemente invocados pelos adeptos da concepção liberal, não mereceriam acolhimento. Assim, por exemplo, enquanto a Primeira Emenda da Carta Americana de 1787 dispõe que nenhuma legislação pode cercear a liberdade de expressão, a Carta Brasileira de 1988 estabelece inúmeros dispositivos capazes de fundamentar juridicamente a adoção de uma “doutrina da equidade”. Ademais, tampouco mereceria prosperar, no cenário brasileiro, o argumento do denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*), supostamente causado pela necessidade de apresentação dos mais variados pontos de vista acerca de determinada notícia ou informação, uma vez que além de não existir, do ponto de vista estatístico, qualquer comprovação de que tal necessidade acarretaria, na prática, um “efeito silenciador do discurso”, não se pode afirmar a existência, no Brasil, de uma multiplicidade de vozes na esfera comunicativa, ou seja, de uma gama variada e diversificada de instrumentos formadores de opinião. Ao revés, o que se constata é que, tanto na imprensa escrita quanto televisiva, a concentração – horizontal e vertical – do mercado é algo patente, haja vista a total interferência do Estado na seara.

19. A experiência constitucional histórica brasileira demonstra que a simples abstenção do Poder Público não seria suficiente para uma efetiva garantia de direitos fundamentais. Pelo contrário, a verdadeira autonomia individual – aqui compreendidas as liberdades básicas do cidadão, como a liberdade de expressão – depende, em muitos casos, da atuação positiva estatal nas relações *inter privatos*. Pode-se, portanto, atribuir ao Estado, com base na “teoria dos deveres de proteção”, um duplice papel: primeiramente, de garantir a cada cidadão a liberdade de expressão, quando este não o puder fazer por si mesmo; secundariamente, de implementar as condições fáticas ideais para que cada indivíduo possa, de forma concreta e efetiva, exercer um direito de informação, tanto como emissor (liberdade de informação), quanto como destinatário de uma mensagem ou opinião (acesso à informação).

A promoção do pluralismo consistiria, dessa forma, em uma ferramenta essencial para o exercício da democracia. Vale dizer, quanto maior for o número de canais ou meios transmissores de informação, ou seja, quanto mais difusa for a possibilidade de exteriorização de opiniões distintas e contrapostas, maior será o alcance de uma verdadeira liberdade de expressão. A diversidade plural e cultural nos meios de comunicação consiste, sob esse aspecto, em elemento catalisador da formação de uma opinião pública de qualidade, capaz de escolher uma tomada de posição que seja mais adequada no caso concreto.

20. Quanto aos fundamentos teóricos aplicáveis para uma restrição da liberdade de expressão, se afigura de valiosa utilidade a utilização das principais teorias dos direitos fundamentais. Com apoio na chamada “teoria externa” – amplamente majoritária na doutrina publicista moderna -, poder-se-ia desenvolver o seguinte raciocínio: à luz de uma vertente libertária - equivalente ao *status negativus* idealizado por JELLINEK -, haveria uma obrigação estatal de proteger qualquer ingerência desproporcional à liberdade de informação, ou seja, de se evitar qualquer interferência no núcleo essencial (que tem natureza de regra) do princípio da liberdade de expressão. De outro viés, à luz de uma vertente democrática - relacionada ao *status activus* -, haveria uma obrigação por parte do Estado em garantir a liberdade de expressão em sua completude, de forma a promover a todos os cidadãos uma “igualdade de chances” no processo de formação de opinião. A proteção *in totum* da liberdade de manifestação do pensamento somente seria alcançada mediante uma atuação positiva do Poder Público na esfera comunicativa, restringindo, sempre que necessário, a liberdade de

expressão de alguns atores privados, para fins de proteção da própria liberdade de outros grupos com menor “poder participativo”.

21. Com a finalidade de proteção da democracia, pluralismo e da liberdade de expressão, é possível se identificar algumas propostas para uma atuação adequada dos Poderes Constituídos. Em primeiro plano, cabe ao Poder Executivo promover as condições básicas para o pleno exercício da liberdade de manifestação do pensamento, tanto do ponto de vista defensivo – mediante uma inércia – quanto prestacional, mediante a implementação de mecanismos de observância dos fundamentos e objetivos da República. Nesse sentido, duas tarefas, em especial, merecem relevo: o estímulo à formação de novas mídias, mediante o emprego de recursos financeiros na esfera comunicativa, bem como o fomento à concessão de novas empresas de difusão da informação; e o empenho na redução da concentração do mercado comunicativo, de forma a proteger, ao lado da própria liberdade de expressão, princípios constitucionais econômicos como a “proibição de monopólio”.

Em segundo plano, especificamente no âmbito da Comunicação Social, a atuação do Poder Legislativo deve ser pautada pelo fomento na elaboração de normas que objetivem assegurar de forma concreta (ou seja, em sua dimensão libertária e democrática) a liberdade de expressão e informação. Registra-se, por exemplo, recente legislação infraconstitucional produzida na área dedicada aos veículos de comunicação de massa, como a Lei Federal nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV por assinatura, e a Lei Federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que trata do serviço de radiodifusão comunitária.

Em terceiro plano, propõe-se, no tocante ao caráter democrático da liberdade de expressão, uma modificação pontual da atividade interpretativa dos membros do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos referentes ao tema. Apesar de não consagrado de forma expressa na jurisprudência brasileira, é possível consignar – de forma análoga à experiência constitucional norte-americana - a existência, ainda que de forma implícita, de uma aceitação do critério do “escrutínio estrito” (*strict scrutiny*) na análise de normas restritivas da liberdade discursiva. Por outro lado, se sustenta que outra deveria ser a atuação judicial em cenário distinto. Assim, à luz de uma concepção democrática, quando se estivesse diante de uma norma restritiva da liberdade de expressão que almejasse, em última análise, à proteção do princípio democrático, do

pluralismo, do acesso à informação, ou da própria liberdade expressão, advoga-se que outro deveria ser o parâmetro a ser adotado na técnica da ponderação. Nesse particular, o *standard* mais adequado para o alcance da democracia seria o do “amplo escrutínio” (*regular basis test*).

Por derradeiro, quanto a um denominado “controle externo” dos meios de comunicação, em decorrência da notória ineficiência do Conselho de Comunicação Social, instituído pela Lei Federal nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991, defende-se a criação de um ente independente capaz de assegurar os comandos constitucionais aplicáveis à espécie, notadamente, em sede de radiodifusão sonora e de imagens, os princípios informadores do artigo 221 da Lei Maior. Para tanto, se afiguraria de bom proveito a formação de uma agência reguladora, nos moldes das já existentes no ordenamento brasileiro em outros setores e, no âmbito do Direito Comparado, das em funcionamento em diversos países democráticos.

22. Mais de duas décadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, torna-se imperioso proceder a uma redefinição do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. Há de se superar, nesse passo, a clássica concepção que enxergava os agentes estatais como “inimigos” das liberdades públicas, e que entendia que para a sua efetividade bastaria “a lei da inércia”. Notadamente na esfera comunicativa, há de se associar à vertente libertária de uma liberdade de expressão – relacionada ao *status negativus* - uma concepção democrática, essencial ao regular funcionamento do regime democrático e à garantia da própria liberdade de expressão. Não se cuida, nesse particular, de mera opção ideológica, mas de verdadeira imposição do texto constitucional brasileiro.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madri: Editorial Trotta, 2004.

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Standford University Press, 1998.

ALARCON, Anderson de Oliveira. A televisão e o instituto da concessão pública. Janeiro de 2004. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7654>. Acesso em 27 de janeiro de 2010.

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, n. 66, 2002.

_____. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*. Ratio Juris, Volume 16, 2003;

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*. Volume 217, 1999.

_____. Discourse Theory and Human Rights. In: *Challenges to Law at the end of the 20th. Century (17th IVR World Congress)*. Bologna, 1995, v. II. 1995.

_____. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MAC CORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert. S. *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.

_____. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*. Revista Doxa, volume 5, 1988.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. BEFDP, México, 2002.

ALFORD, Roger P. Free speech and the case for constitutional exceptionalism. In: *Michigan Law Review*, vol. 106.

ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O enfoque da doutrina social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDERSON, Brian C.; THIERER, Adam T. *A Manifesto for Media Freedom*. New York: Encounter Books, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Atividades Privadas Regulamentadas*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Editora Fórum, volume 9, 2005.

_____. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZPITARTE, Miguel. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. El caso español. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Almedina, 1994.

BAKER, Edwin. *Media, markets, and democracy*. West Nyack: Cambridge University Press, 2001.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARENDT, Eric. Balancing Free Speech and Reputation. In: *Freedom of Speech*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, Volume XI, pp. 43 – 68.

_____. A rua e a televisão. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: SOARES, José Ronald Cavalcanti (Org.). *Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

_____. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Volume 97, 2010.

_____. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Hipóteses de cabimento. In *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Cigarro e liberdade de expressão. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. CONSTITUIÇÃO, COMUNICAÇÃO SOCIAL E AS NOVAS PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/leade.asp>, Acesso em 03 de janeiro de 2010.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, volume 54, 2001.

_____. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

_____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BERMAN, Jerry. WEITZNER, Daniel. Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media. In: *Yale Law Journal* 1619, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

_____. *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*. Paris, LGDJ, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CALAZANS, Paulo Murillo. A liberdade de expressão como expressão da liberdade. In: *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. VIEIRA, José Ribas (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação – Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Campanha Global pela Liberdade de Expressão. *Princípios Camden sobre a Liberdade de Expressão e a Igualdade*. Disponível em: <http://www.article19.org/pdfs/standards/camden-principles-portuguese.pdf>. Acesso em 24 de janeiro 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality Shows” e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPITANT, David. *Lês effets juridiques des droits fondamentaux em Allemagne*. Paris: L.G.D.J., 2001.

CARMI, Guy E. *Dignity – The enemy from within: a theoretical and comparative analysis of human dignity as a free speech justification*. 4articlesrevised.doc. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1246700>.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

_____. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005, p. 93 – 107.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. In: *Revista Consulex*. Volume 48, dezembro de 2000.

_____. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CRICK, Bernard. *Democracy. A Very Short Introduction*. New York: Oxford, 2002.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *Is democracy possible here?*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ETZIONI, Amitai. *How Patriotic is the Patriot Act?: Freedom Versus Security in the Age of Terrorism*. New York: Amitai Etzioni Books, 2004.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Controle da qualidade da radiodifusão – Mecanismos de aplicação do artigo 221, IV, da Constituição Federal. In: *Revista de Direito Público da Economia*, volume 14, 2006.

_____; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Universalização das telecomunicações: uma tarefa inacabada. In: *Revista de Direito Público da Economia*, volume 2, 2003.

FARBER, Daniel. *The First Amendment*. New York: The Foundation Press, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FAVOREU, Louis Loic Philip. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*. 4e. édition. Paris: Sirey, 1986.

_____. (Org.). *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2000.

FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y médios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três “críticas”*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Democratização dos Meios de Comunicação – O Papel da Televisão. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, volume I, nº 2, maio de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 02 de fevereiro de 2010.

FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

_____. *Liberalism divided*. Boulder: Westview Press, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivista. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 13 – 150.

GOISMAN, Enrique, Crisis e Actualidad del Derecho Administrativo Economico. In: *Revista de Derecho Industrial*. Volume 42, p. 894. *Apud* Alexandre Santos de Aragão. “Ensaio de uma

Visão Autopoiética do Direito Administrativo. In. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 59, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002,

GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GUNTER, Klaus, *The sense of appropriateness: application discourse in morality and law*. New York: State University of New York Press, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Volume I.

HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HARTMAN, Gary R.; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. Checkmark Books, First Edition, 2006.

HAURIUO, M. André. *Cours de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: Paris V, 1956 – 1957.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity*. London: Yale University Press, 2008.

HOLMES, Stephen. Liberal constraints on private power?: reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and Mass Media*. New York: Cambridge University Press, 1995.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

IBBETSON, Paul A. *Living Under the Patriot Act: Educating a Society*. Indiana: AuthorHouse, 2007.

JELLINEK, Georg. *Sistema Dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KANG, Jerry. *Communications law and policy*. New York: Foundation Press, 2005.

KELLY, Mary J. et al. *Media in Europe*. London: Sage, 2004.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KROTOSZYNSKI, Ronald J. *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective: a Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*. New York: New York University Press, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL FILHO, Laurindo Lalo. *A Televisão Pública Brasileira, um vazio histórico*. XVI Encontro da Compôs, Curitiba, junho de 2007. Disponível em http://www.compos.org.br/data/biblioteca_212.pdf. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

LEVY, Leonard. *Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1960, pp. 176 – 309. *Apud* ROHRER, Daniel Morgan. *Freedom of Speech and Human Rights: na International Perspective*. Dubuque, Iowa: Kendall/Hunt, 1979.

LOMBARD, Martine. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1999.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

_____. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACKINNON, Catharine. *Only Words*. London: HarperCollins, 1995.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Direitos Humanos e a Teoria do Discurso do Direito e da Democracia. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, volume 2.

MARTINS, Barbalho Fernando. *Do Direito à Democracia. Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de Direitos Fundamentais: A Doutrina da Posição Preferencial na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. In: *Revista Seqüência*, nº 48, julho de 2004.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. A Proteção dos Direitos Humanos Sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica Editora, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Toronto: Broadview Literary texts, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Tomo IV.* Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público.* Granada: Editora Colmares, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NICOLODI, Ana Marina. O Direito de resposta. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 12 de outubro de 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

NOGUEIRA, Alberto. *Direito Constitucional das Liberdades Públicas.* Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución.* Madrid: Civitas, 1992.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.* São Paulo: Atlas, 2008.

PCZENIK, Aleksander. *On Law and Reason.* The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1989.

PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva. *A lei de imprensa: comentada e anotada*. Coimbra: Almedina, 1997.

PEIXINHO, Manoel Messias. Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Análise de concentração econômica no setor de comunicação: defesa da concorrência, democracia e diversidade na esfera pública. In: *Revista de Direito da Concorrência*, volume especial, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitution*. Madri: Editorial Tecnos, 1999.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANTI, Octavio Penna. *Políticas públicas para radiodifusão e imprensa*. Rio de Janeiro: Editora FGV (Fundação Getúlio Vargas), 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLUMBER, Joe. *The fairness doctrine: a violation of 1st emendment or necessary and balance?*. Postado em 20 de março de 2009. Disponível em <http://www.idahofallstoday.com/2009/03/20/the-fairness-doctrine-a-violation-of-the-1st-amendment-or-necessary-for-fairness-and-balance/>. Acesso em 16 de janeiro de 2010.

POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. In. Henry Lous Gates Jr. et alli. *Speaking of Hate, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*. New York: New York University Press, 1994.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2003.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais; questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In. *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Economica, 1996.

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

REIS, José Carlos Vasconcellos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RENDALL, Steve. Fairness Doctrine. How We Lost it, and Why We Need it Back”. Disponível em <http://www.commondreams.org/views05/0212-03.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Postado em 23 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.thehispanicconservative.com/problems-with-fairness-doctrine.html>. Acesso em 16 de janeiro de 2010.

ROSENFELD, Michel. Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech in New Democracies. In *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge University Press, 2005, Working Paper 144.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship*. New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica. In. *Revista de Direito Público da Economia*. Volume 1. São Paulo: Editora Fórum.

SAMUEL ESPÍNDOLA, Rui. *Conceito de Princípios Constitucionais. Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontammara, 1997.

_____. El juicio de ponderación. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 175 – 216.

SANTOS, Fernando Ferreira. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão. In: *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região*, Brasília, volume 8, n. 2, pp. 35-41, abril/junho de 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. In: *Revista de Direito do Estado*. Volume 8. Outubro/Dezembro de 2007.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____; GALDINO, Flávio (Orgs). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

_____. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. George Schwab (trans.). Chicago: University of Chicago Press, 2005.

_____. *The Concept of the Political*. George Schwab (trans.). Chicago: University of Chicago Press, 1995.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha (trad. de Ingo Wolfgang Sarlet). In: *Revista Interesse Público* n° 2, 1999.

SCHREIBER, Simone. *A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trad. de Marcela Anzola Gil). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Fundamentando os Direitos Humanos: Um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Volume 212, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: ano 1, volume 4, outubro/dezembro de 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional e Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVINO, Alexandre Magno Dias; ABRAHAO, Júlia Issy. *Navegabilidade e inclusão digital: usabilidade e competência*. São Paulo: RAE electron., volume 2, Dezembro de 2003.

SIMÕES, Inimá. *A nossa TV brasileira. Por um controle social da televisão*. São Paulo: Editora SENAC, 2004.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Márcia Teixeira de. *O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais*. São Paulo: Lua Nova, 2003.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. As Funções das Normas Reguladoras. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Volume 3.

_____. *Designing Democracy. What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Freedom of expression in United States: the future. In: HENSLEY, Thomas (Ed.). *The Boundaries of freedom of expression in American democracy*. Kent: Kent State University Press, 2001.

_____. The First Amendment in Cyberspace. In: *Yale Law Journal* 1757, 1995.

_____. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.

_____. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência e o Controle do Poder em Situação de Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Interpretação e Eficácia dos Direitos Fundamentais: a Responsabilidade do Estado na Garantia dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (mimeo), 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 1998.

The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Traditional Views. Apud

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, volume XII.

_____. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Escritos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Renovar, 2003, p. 13.

_____. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1988.

_____; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____; DORF, Michael. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

VIZZINI, Marco. Comentários sobre o direito à liberdade e presunção de constitucionalidade. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*, volume 6, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 290 – 298.

TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham: Duke University Press, 2005.

_____. Emergencies and the Idea of Constitutionalism. In: TUSHNET, Mark (Org.). *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. Durham: Duke University Press.

_____. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

WARBURTON, Nigel. *Free Speech. A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WARSCHAUER, Mark. *Tecnologia e Inclusão Social: exclusão social em debate*. São Paulo: Editora SENAC, 2006.

WHITE, Edward. *Oliver Wendell Holmes Jr.*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

YOUM, Kyu Ho. The Right of Reply and Freedom of Press: An International and Comparative Perspective. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008.