MARCOS DUQUE GADELHO JUNIOR

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E O
PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO**

MESTRADO EM DIREITO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2014

MARCOS DUQUE GADELHO JUNIOR

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E O
PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora, no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Sebastião Botto de Barros Tojal.

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marcos Duque Gadelho Junior

**LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA E O PAPEL
CIRCUNDANTE DO ESTADO**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Luciane Gadelho, com amor e gratidão por sua desmedida compreensão, carinho e paciência ao longo período na elaboração deste trabalho. Meus sinceros agradecimentos a minha eterna companheira, e meu grande amor. A conclusão do trabalho só foi possível em razão da contribuição espiritual trazida por ela.

Aos meus pais, Marcos Gadelho e Laila Gadelho, e ao meu irmão e a minha cunhada, Fernando Gadelho e Laura Gadelho, pelo incondicional apoio durante o período de construção deste trabalho. Nenhuma palavra seria suficiente para o agradecimento que merecem, uma vez que são responsáveis diretamente por tudo que sou e serei.

Aos meus avós, Ricardo e Wilma, e a minha tia Elisabeth, pelo exemplo de bondade, doçura e dignidade, marcas indeléveis a poucos indivíduos.

Ao meu orientador, Dr. Sebastião Botto de Barros Tojal, pelo integral apoio no período, e pela oportunidade de realização do curso de mestrado. Sua influência foi decisiva na elaboração deste trabalho, sobretudo porquanto, como poucos, consegue conciliar o rigor acadêmico com a simpatia própria dos grandes homens.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por colocar à disposição o acervo bibliográfico.

RESUMO

Liberdade de informação jornalística e o papel circundante do Estado. Sobre a liberdade: concepções no campo filosófico e no ordenamento jurídico. Da liberdade negativa e da liberdade positiva: sedizente contraposição entre liberdade individual, ou liberdade dos modernos, e a autonomia dos cidadãos, ou liberdade dos antigos. Liberdade de expressão e as suas dimensões: substantiva e instrumental. Ausência de primazia de qualquer das dimensões. Liberdade de imprensa e a evolução dos elementos que permearam a concepção original, passando a vigorar a atividade da informação como faceta principal desta liberdade fundamental; instância de comunicação do público em geral, com o propósito oficial de promover o debate mais amplo sobre a infinidade de decisões políticas. Liberdade de informação jornalística e as cinco dimensões que integram o seu núcleo essencial. Tanto o emissor da mensagem, como os destinatários, figuram como titulares do direito difuso à informação objetiva. Desmitificando a concepção tradicional da censura, bem como os seus tradicionais protagonistas. Superação da censura prévia, conquanto se reconheça a existência de pontos convergentes em relação à responsabilidade ulterior. Censura por omissão estatal. A regulação da liberdade de informação jornalística, em seus aspectos periféricos, por meio de lei formal e restrita, na condição de verdadeiro imperativo categórico. A Constituição Federal de 1988 e a previsão de reserva legal qualificada para a mediação estatal, observados os princípios da proibição do excesso e da salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental. Análise da jurisprudência histórica dos Estados Unidos da América, e a possibilidade da mediação estatal em certos aspectos. Papel circundante ou periférico do Estado na mediação da liberdade de informação jornalística. Legislação pontual, perspectivas normativas e decisões importantes sobre o tema no direito brasileiro. O pluralismo político como fundamento ao exercício da mediação do Poder Público.

Palavras Chaves: Liberdade de informação jornalística. Papel circundante do Estado.

ABSTRACT

Freedom of journalistic information and the surrounding role of the State. On freedom: conceptions in the philosophical field and the legal system. Negative liberty and positive liberty: deceptive contrast between individual freedom, or freedom of the modern, and the autonomy of citizens, or liberty of the ancients. Freedom of expression and its dimensions: substantive and instrumental. Absence of supremacy of any dimensions. Freedom of the press and the evolution of the elements that filled the original conception, passing the force to the activity of information as main facet of fundamental freedom. Instance of public communication in general, with the purpose of promoting the broader debate about the political issues. Freedom of journalistic information and the five dimensions that form the essential core of this fundamental right. The issuers of the message, as recipients, are holders of law to objective information. Demythologizing the traditional conception of censorship, as well as their traditional protagonists. Overcoming the censorship, despite of recognizing the existence of convergent points in relation to subsequent liability. Censorship by omission. Journalistic freedom regulation in peripheral aspects, through formal and restricted law, constitutes true categorical imperative. The Federal Constitution provides the legal reserve qualified for State measurement, observed the principles of prohibition of excess and of safeguarding the essential core of fundamental right. Analysis of historic jurisprudence of the United States of America, and the possibility of State mediation in certain aspects. The surrounding or peripheral role in mediating State freedom of journalistic information. One-off legislation, normative perspectives and important decisions on the subject in Brazilian law. Pluralism political as a foundation for the pursuit of mediation of State.

Keywords: Freedom of journalistic information. The surrounding role of the State.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO.....	11
1. SOBRE A LIBERDADE.....	17
1.1. Da liberdade negativa e da liberdade positiva	22
1.2. Liberdade de pensamento e formas de expressão.....	31
1.3. Da liberdade de expressão: história, abrangência, limites e natureza jurídica	35
2. LIBERDADE DE IMPRENSA: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, EVOLUÇÃO E O REGIME JURÍDICO CONTEMPORÂNEO.....	46
3. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, TITULARIDADE, DIREITO DE OPINIÃO E CRÍTICA	61
3.1. Dimensões da liberdade de informação jornalística.....	75
4. DESMITIFICANDO A CENSURA E A SUA NATUREZA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA. CENSURA OU REGULAMENTAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITES DOS LIMITES	82
5. A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NO DIREITO NORTE- AMERICANO E AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM ALGUMA MEDIAÇÃO ESTATAL	109
6. O PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO PARA A REALIZAÇÃO INTEGRAL DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA.....	120
6.1. Legislação pontual, perspectivas normativas e decisões importantes sobre o tema no direito brasileiro	135
7. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA, PLURALISMO E O PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO (CONCLUSÃO)	146
REFERÊNCIAS.....	160

APRESENTAÇÃO

Convém assentar, de saída, que o objetivo deste ensaio é coligir elementos que possam desmitificar, ao menos na órbita do direito positivo, as assertivas referentes à pretensa incompatibilidade (absoluta) entre a liberdade de informação jornalística e a mediação estatal. De fato, segundo parte das críticas abalizadas pelos veículos de comunicação, a história da legislação brasileira não desperta confiança na atuação do Estado para a regulamentação deste direito constitucional; antes, pelo contrário, propugnam aos ventos ser elevado o risco da institucionalização de censura e do patrulhamento ideológico pelas autoridades de plantão. E mais, externam também a visão liberal de que bastaria a simples abstenção do Poder Público (liberdade negativa) para a integral fruição da denominada liberdade de imprensa.

Evidentemente que o período institucional que antecedeu a Carta da República de 1988 contribuiu substancialmente para a desconfiança provocada em todo corpo social. Todavia, passado vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, é possível afirmar, desde logo, que restou minimizado o perigo de intervenção arbitrária dos agentes do Estado nos veículos de comunicação - que resulte não na regulamentação dos direitos fundamentais e na pulverização do debate público, pressuposto ao bom funcionamento da democracia, mas em censura dissimulada, ou favorecimento ao grupo econômico dominante. De fato, além da proscrição expressa no corpo do texto constitucional sobre a censura (§1º, do art. 220), qualquer tentativa de embaraço ao núcleo essencial do direito da informação será inócua como se verá neste ensaio, em decorrência da complexidade dos meios contemporâneos provedores da informação. Alexis de Tocqueville, neste contexto, ao tratar da liberdade de imprensa nos Estados Unidos da América, já advertia que seria em vão a tentativa de qualquer espécie de cerceamento da liberdade expressão.¹ Além disso, a jurisdição constitucional constitui importante instrumento de controle dos excessos perpetrados no exercício da atividade legiferante.

¹Segundo ele, “If you establish a censorship of the press, the tongue of the public speaker will still make itself heard, and you have only increased the mischief. The powers of thought do not rely, like the powers of physical strength, upon the number of their mechanical agents, nor can a host of authors be reckoned like the troops which compose any army; on the contrary, the authority of a principle is often increased by the smallness of the number of men by whom it is expressed.” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Translated by Henry Reeve. The Floating Press, 2009. p. 582-583).

Fixada esta premissa essencial, procurei me debruçar – com o legítimo propósito de alinhar elementos a pulverizar o discurso, recrudescendo o debate desinibido, público e substancialmente aberto, em benefício não somente do emissor da informação, mas, sobretudo, também dos seus destinatários – sobre a natureza jurídica e proteção conferida pelo ordenamento jurídico à denominada liberdade de imprensa e de informação jornalística, e seu necessário entrelaçamento com o papel circundante ou periférico do Estado. Também procurei desmitificar a concepção tradicional da censura, bem como os seus tradicionais protagonistas.

Advirto, no entanto, que o estudo de um objeto complexo, como a regulação estatal periférica do setor de comunicação social, jamais se esgotará numa análise doutrinária ou da jurisprudência contemporânea, conforme se depreende, aliás, da experiência norte-americana delineada neste projeto. Antes, pelo contrário, encontra balizas estruturais não apenas no ordenamento jurídico, mas também padece de influência de outros fatores metajurídicos – sobretudo de natureza econômica, social e política – que refogem ao objeto deste trabalho.

Tendo este cenário de pano de fundo, a pesquisa bibliográfica e o levantamento da jurisprudência nacional e estrangeira conduzem a uma das assertivas fundamentais deste ensaio, a saber: consolidado o regime democrático, com o seu paroxismo na Constituição Federal de 1988, aliado também à materialização da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (e nos veículos de comunicação), constata-se o arrefecimento substancial do perigo de intervenção desmedida na autonomia dos veículos de comunicação, a evidenciar, portanto, a necessidade de um enfoque distinto do papel do Poder Público (que não apenas o caráter de abstenção, quando figurava como inimigo natural da liberdade de imprensa) na materialização da liberdade de informação jornalística, em conformidade com as normas e valores estatuídos em capítulo próprio introduzido pelo legislador constituinte de 1988 (cf. arts. 220 e seguintes), e sobremaneira na mediação da tensão estatuída com outros valores igualmente fundamentais, dever este que lhe foi imposto na Carta de Direitos de 1988. De fato, convém fazer uma reflexão desde logo: o mercado de comunicação, por si só, é capaz de se tornar uma arena pública para a realização dos debates importantes ao regime democrático?

Nos primeiros capítulos, dedico-me a esboçar concisas observações sobre a liberdade no campo filosófico, sem a pretensão, no entanto, de esgotar o tema na seara metafísica, porquanto o objetivo neste capítulo é mais modesto, cingindo-se, neste contexto, a trazer ao debate a heterogeneidade conceitual da festejada liberdade, destacando-se a classificação de Isaiah Berlin (liberdade positiva e negativa)², alinhavando também os contornos de proteção conferida pelo ordenamento jurídico e, em especial, uma das suas principais projeções que é a liberdade de imprensa e de informação jornalística – aqui compreendida no sentido lato, para abranger a liberdade de imprensa, o direito a informação, o de ser informado e o de buscar informação.

Também procurei analisar os elementos modernos que permeiam a concepção da censura, e os seus novos atores no regime democrático, desmitificando o ideário popular tradicional sobre a matéria. E mais, alinhavei os fundamentos, a natureza jurídica e os limites da liberdade de informação e da liberdade de imprensa na Carta de Direitos de 1988, além de promover o cotejo histórico nas Constituições anteriores, pressupostos dogmáticos indispensáveis ao desenvolvimento do projeto, em que se propugna uma mediação estatal periférica do Estado na denominada liberdade de informação jornalística, que não interfira no denominado conteúdo essencial da atividade de informação. A pesquisa dos diplomas normativos nacionais e internacionais, sobretudo a partir do final do século XVIII, além do exame das obras de autores estrangeiros e nacionais, contribuiu também, de maneira decisiva, para explanar o papel do Estado na regulamentação dos direitos fundamentais.

Em capítulo autônomo, procuro coligir elementos, com o auxílio da doutrina e da jurisprudência norte-americana, sobre a história e as decisões prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos relacionadas à interpretação da Primeira Emenda, para enfatizar que, malgrado tenha sido redigida com insofismável clareza, proscrevendo a publicação de qualquer lei pelo Congresso que viesse a cercear as liberdades de imprensa dos cidadãos, sua incidência ao longo da história americana não tem sido interpretada como vedação absoluta a regulação estatal. Antes, pelo contrário, autoriza-se a edição de textos legais que promovam a autodeterminação do povo, fomentando o debate aberto e pluralista. Nesta perspectiva, revelou-se necessário, sem prejuízo da análise da jurisprudência nacional, o cotejo da evolução do sentido e o alcance da liberdade de imprensa numa sociedade

²BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1981.

marcada profundamente pelo individualismo – como a norte-americana e a nossa, marcada pela positivação de direitos sociais – e sob a égide de valores fraternos e de solidariedade, e pluralista e sem preconceitos.

Externo também minha preocupação com a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) n.º 130, em que restou declarada a ausência de recepção integral da Lei n.º 5.250/67 (denominada Lei de Imprensa) no ordenamento jurídico constitucional, a evidenciar, portanto, o vazio normativo infraconstitucional, bem como o esforço positivista dos magistrados em solucionar os conflitos envolvendo direitos fundamentais a partir da exegese (aplicação direta) das normas constitucionais.

Além disso, dedico-me a assinalar que, não obstante a proibição estatuída pela Lei Fundamental a qualquer restrição ou embaraço a manifestação do pensamento, tal assertiva não significa a vedação apriorística da mediação do Estado legislador (papel de ator positivo) em certos assuntos periféricos ou circundantes, que não imolem a essência da liberdade de informação jornalística. Antes, pelo contrário, servirá justamente para pulverizá-la, permitindo a ampliação de um maior número de vozes no debate das grandes questões políticas, impedindo a formação de monopólio e oligopólio, e materializando outros valores igualmente fundamentais, como, v.g., o direito à resposta proporcional à ofensa irrogada por intermédio dos veículos de comunicação. Destaco também a contribuição substancial para a realização deste ensaio a partir da investigação doutrinária e da jurisprudência nacional, bem como a análise sobre os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional referente às dimensões da liberdade de informação jornalística.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo alinhar o papel do Estado, na condição de mediador dos conflitos estatuídos entre os valores e direitos fundamentais previstos no texto constitucional de 1988, por meio da atividade primária do legislador, notadamente no âmbito da liberdade de informação jornalística (na condição de projeção lógica da festejada liberdade de imprensa³). Tornou-se corrente afirmar, neste sentido, que os direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Pelo contrário, reconhece-se atualmente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos, mas constituem também as próprias bases jurídicas da ordem jurídica da sociedade. Sob esta ótica, constata-se que o dever do Estado não se esgota numa abstenção genérica, própria dos ideais liberais do século XVIII, mas também na promoção e materialização desses direitos, a fim de salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de qualquer dos atores da sociedade.

Não se ignora também a legítima preocupação dos veículos de comunicação, e da própria sociedade em geral, em relação à mediação legislativa, sobretudo com os termos a serem alinhavados para compor os limites desta regulação, levando-se em conta a nossa embrionária democracia e o nosso passado recente de violação das liberdades fundamentais. De fato, a atividade legiferante não pode desbordar em censura dissimulada ou em simples instrumento de manobra dos agentes políticos de plantão. Como se sabe, a missão democrática da imprensa⁴, traduzida no dever de manter o povo informado, para que assim exerça a soberania popular, por meio da análise das políticas em andamento e das decisões tomadas pelo governo, requer não só autonomia econômica e política do

³A nossa Carta da República se limitou a utilizar o substantivo “imprensa” em uma única passagem em seu texto normativo (art. 139), optando, acertadamente, por reservar em um bloco normativo com o oportuno nome de “Da Comunicação Social”.

⁴Trata-se, como alardeou Rui Barbosa, da “*vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.*” E continua no seu discurso sobre a imprensa: “*Já lhe não era pouco ser o órgão visual da nação. Mas a imprensa, entre os povos livres, não é só instrumento da vista, não é o único aparelho do ver, a serventia de um só sentido. Participa, nesses organismos coletivos, de quase todas as funções vitais. É, sobretudo, mediante a publicidade que os povos respiram*” (In BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2004. p. 33).

Estado, mas também liberdade editorial em relação à pressão dos agentes econômicos privados (mercado).

Neste contexto, solapada a era do regime de exceção institucional, que teve o seu paroxismo com a promulgação da Constituição “cidadã”⁵ de 1988, é possível verificar, ainda que em caráter incipiente, em razão da expansão e crescimento dos veículos de comunicação de massa⁶, a redução substancial do perigo de intervenção dos agentes políticos na autonomia dos órgãos e veículos que exercem a atividade de informação jornalística.

Forçoso refletir então se, para a realização dos valores intrínsecos à liberdade de informação jornalística (como projeção à liberdade de imprensa), o dever do Poder Público se esgota somente num dever incondicional de abstenção (a denominada liberdade negativa) para refrear os instintos naturais dos agentes estatais de balizar a veiculação das informações, ou se se mostra produtora estimular ações positivas do Estado, que não interfiram no conteúdo essencial da liberdade de informação, mas que se proponham a assegurar a materialização desta liberdade fundamental, seja fornecendo meios para eliminar distorções, e obstruir a formação de monopólios e oligopólios (art.220, §5º, da Constituição Federal), ou tornando as informações acessíveis⁷, promovendo o debate público e democratizando no espaço comunicativo.

Além disso, observo que um dos principais desafios traçados neste ensaio repousa justamente em demonstrar que o Leviatã pode figurar não como inimigo natural, mas como

⁵Frase atribuída ao saudoso deputado constituinte **Ulysses Silveira Guimarães**.

⁶A professora Marilena Chaui assinala que a expressão “comunicação de massa” foi criada para se referir a objetos tecnológicos capazes de transmitir a mesma informação para um vasto público ou para a massa. Chaui informa que, no início, a expressão referia-se ao rádio e ao cinema, pois a imprensa pressupunha pessoas alfabetizadas. Depois, de forma gradual, estendeu-se para a imprensa, publicidade ou propaganda, a fotografia e a televisão. Reproduz também a definição de ‘mecanização’ da expressão humana de McLuhan: “*Antes da imprensa, um leitor era alguém que discernia e sondava enigmas. Após a imprensa, passou a significar alguém que corria os olhos, que escapulia ao longo das superfícies do texto impresso. Hoje em dia, no final de tal processo, chegamos a aliar a habilidade de ler velozmente com a distração, em vez de com a sabedoria. Mas à imprensa, à mecanização da escrita, sucederam no século XIX a fotografia e em seguida a mecanização dos gestos humanos. (...) Com o cinema falado e, finalmente, com a televisão, sobreveio a mecanização da totalidade da expressão humana, da voz, do gesto e da figura humana em ação.*” In CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 36-37.

⁷Não se pode ignorar o poder da imprensa e a nocividade do seu exercício quando concentrado nas mãos de poucos grupos. Tocqueville já advertia sobre a dimensão do poder da atividade jornalística: “*It is the power which impels the circulation of political life through all the districts of that vast territory. Its eyes are constantly open to detect the secret springs of political designs, and to summon the leaders of all parties to the bar of public opinion. It rallies the interests of the community round certain principles, and it draws up the creed which factions principles; for it affords a means of intercourse between parties which hear, and which address each other without ever having been in immediate contact.*” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit., p. 295).

parceiro da democracia. Esta é a ironia propalada pelo professor de Yale, Owen Fiss, com relação ao papel do Estado e às liberdades de informação e de imprensa, porquanto a autoridade estatal é, ao mesmo tempo, um oponente mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades.⁸ Procurei também lançar as bases dogmáticas da evolução da censura – tradicionalmente compreendida, grosso modo, apenas como a restrição preventiva à veiculação de informações por parte do Estado repressor, típica proposição liberal – para constatar a sua incidência no regime democrático com a exclusão dos indivíduos dos palcos das deliberações das decisões políticas.

Neste contexto, procurei me debruçar neste trabalho, com o auxílio da jurisprudência norte-americana, sobre a história e as decisões prolatadas pela Suprema Corte Americana relacionadas à interpretação da Primeira Emenda⁹, para enfatizar que, muito embora tenha sido redigida com insofismável clareza – com proposições normativas proscrevendo a edição de qualquer lei pelo Congresso que viesse a cercear as liberdades de expressão e de imprensa dos cidadãos – sua incidência ao longo da história americana não foi abarcada pela Suprema Corte como vedação absoluta a regulação estatal. De fato, mesmo após a revogação da *Fairness Doctrine*¹⁰, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, apesar de edificar, em alguns momentos, a liberdade de imprensa a uma posição de preferência¹¹ quando em colisão com outros direitos, não corroborou com a

⁸Para o autor: “Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como m amigo do discurso: que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também coisas maravilhosas para fortalecê-la.” (In FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 144).

⁹“Congress shall make no law respecting an 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”.

¹⁰Gustavo Binenbojm, em artigo denominado *Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo E Democracia Deliberativa*, afirmou que: “A “fairness doctrine” consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo FCC com o intento de promover os fins almejados pela teoria democrática da Primeira Emenda no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Embora consistentemente aplicada desde 1949, quando o FCC pela primeira vez fez uma exposição de motivos detalhada da doutrina, a mesma só ganhou foros de oficialidade normativa em 1959, com a edição de normas codificadas sob o n° 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais). As obrigações impostas pelo FCC às empresas de rádio e televisão como decorrência da fairness doctrine podem ser assim sumariadas: I) dedicar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo; II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto; III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.” (BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *BuscaLegis*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15895-15896-1-PB.pdf>>).

¹¹Afirma Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se, inicialmente, nos EUA (....) Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v.*

fruição irrestrita e absoluta da indigitada liberdade. É o que se extrai, por exemplo, do caso *Globe Newspaper Co. v. Superior Court* (1982), em que se decidiu que, apesar da legislação do Estado de Massachusetts – alusiva ao segredo de justiça e a exclusão da imprensa nos processos criminais envolvendo crimes sexuais contra menores de 18 anos – violar a Primeira Emenda, o acesso da imprensa pode ser limitado em caso de circunstâncias especiais.¹²

Faço uma pequena observação: é de conhecimento público que os sistemas de *common law*, como no caso dos Estados Unidos da América, são marcados por regimes jurídicos distintos dos sistemas de *civil law*, como é o caso predominante do brasileiro; notadamente no que se relaciona às fontes de direito, a digressão sobre a análise jurisprudencial envolvendo a Primeira Emenda da Constituição Americana não constitui *obiter dictum* no ensaio sobre a mediação estatal e a materialização da eficácia plena da liberdade de imprensa e de informação jornalística. Ao revés, a meu sentir, mostra-se importante demonstrar a evolução do sentido e o alcance destas liberdades fundamentais numa sociedade marcada profundamente pelo individualismo, e a nossa sociedade, com proposições normativas típicas do Estado Social.¹³

E mais, a partir da vigência da Constituição de 1988, sobressaiu-se às liberdades de expressão e de informação com intenso destaque no corpo da nossa Carta de Direitos, inaugurando-se, tanto assim, capítulo próprio denominado “Da Comunicação Social” (arts. 220 a 224), com inúmeros dispositivos assecuratórios ao longo do texto constitucional (cf.

Commonwealth Of Pennsylvania (319 US 105 – 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que ‘freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position’ (In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 402).

¹²O Juiz Brennan assinalou “Although the right of access to criminal trial is of constitutional stature, it is not absolute. (...) But the circumstances under which the press and public can be barred from a criminal trial are limited; the State’s justification in denying access must be a weighty one. Where, as in the present case, the State attempts to deny the right of access in order to inhibit the disclosure of sensitive information, it must be shown that the denial is necessitated by a compelling governmental interest, and is narrowly tailored to serve that interest.”

¹³É o que se extrai do preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus (...)”.

incs. IV, V, IX, XIV e XXXIII, do art.5º), fruto do processo de redemocratização institucional do país¹⁴.

Neste contexto, além de destacar o papel fundamental da liberdade de informação e de imprensa como instrumento para a realização dos direitos da personalidade do homem – e também na condição mecanismo indispensável à materialização de outros valores de igual estatura fundamental (v.g. direito de resposta, de indenização e, enfim, da própria democracia), sendo, por corolário lógico, defeso qualquer embaraço em seu núcleo essencial (que será identificado neste ensaio) – procurei assentar que isso não significa, por outro lado, a vedação apriorística da mediação do Estado legislador (papel de ator positivo) em certos assuntos periféricos ou circundantes, justamente para pulverizá-la, permitindo, desse modo, ampliar o acesso à informação e a participação de um maior número de indivíduos no debate público¹⁵, impedindo também a concentração das fontes de informação. Além disso, constitui verdadeiro imperativo categórico a materialização de outros direitos fundamentais que guardem simbiose indissolúvel com a liberdade de informação, como, v.g, o direito constitucional à resposta proporcional à ofensa, previsto no inc. V, do art.5º, da Carta de Direito de 1988.

Convém destacar ainda que, após a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF) n.º 130, restou declarada a ausência de recepção integral da Lei n.º 5.250/67 (denominada Lei de Imprensa) no ordenamento jurídico constitucional. Todavia, é oportuno destacar que a maioria dos Ministros admitiu a existência de uma reserva legal qualificada para a mediação da liberdade de imprensa, autorizando-se a regulamentação legislativa estatal

¹⁴Não obstante a Constituição Federal de 1937 - carta constitucional revestida de caráter despótico -, ter inaugurado a disciplina sobre a atividade da imprensa no seu art. 122.15.c, a Carta de Direitos de 1988 foi pródiga em relação ao tema, inaugurando um capítulo específico para regulamentar a Comunicação Social (Capítulo V, Título VIII) , assegurando, neste contexto, regime jurídico pautado pela defesa da liberdade de informação em favor dos veículos de comunicação, admitindo-se, porém, certos temperamentos, estritamente necessários para a assegurar outros direitos de estatura igualmente constitucional.

¹⁵O que se busca é a mais ampla disseminação de informação a partir de fontes diversas e antagônicas. Trata-se de trecho retirado do famoso caso *United States v. Eichman* (1990), julgado pela Suprema Corte Americana, referente à queima da bandeira norte-americana. Aduziu o Juiz Brennan: *“If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is the Government may not prohibit the expression of any idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.”*

para dirimir a tensão entre os direitos fundamentais em conflito, observando-se, no entanto, os preceitos da Carta da República de 1988.¹⁶

Resta determinar, portanto, o coeficiente adequado da mediação estatal para dirimir a tensão instalada entre os valores igualmente fundamentais, o que pretendo demonstrar ao longo do ensaio, desmistificando, por corolário lógico, a advertência de Alexis Tocqueville no sentido de que não é possível indicar uma posição intermediária entre a independência absoluta da liberdade de expressão e a total submissão ao controle da opinião pública.¹⁷. Destaco também a existência de legislação pontual sobre a liberdade de informação, bem como reproduzo decisões prolatadas pela Suprema Corte brasileira que, em maior ou menor grau, encaminharam no sentido da existência de uma reserva legal qualificada.

¹⁶Neste sentido, reproduzo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na ADPF 130, em que propugna pela existência da reserva legal qualificada em matéria de liberdade de imprensa: “*Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui, expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.*”

¹⁷Para Tocqueville: “*If any one could point out an intermediate and yet a tenable position between the complete independence and the entire subjection of the public expression of opinion, I should perhaps be inclined to adopt it; but the difficulty is to discover this position. If it is your intention to correct the abuses of unlicensed printing and to restore the use of orderly language, you may in the first instance try the offender by a jury; but if the jury acquits him, the opinion which was that of a single individual becomes the opinion of the country at large*” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit., v. 1 e 2, p. 285).

1. SOBRE A LIBERDADE

É de conhecimento público a dificuldade enfrentada pelos teóricos para perscrutar o conteúdo e o alcance da liberdade, mormente num ensaio sobre o direito constitucional posto, quer porque envolve sobremaneira bases filosóficas, quer porque o seu sentido epistemológico evolui a partir do contexto sócio-político, respondendo às exigências de determinados grupos sociais, da própria sociedade em determinada época.¹⁸ Sua esfera de aplicação, no entanto, parece ser quase ilimitada. Ao preconizar a historicidade dos direitos humanos, Norberto Bobbio assinalou que os direitos humanos constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente.¹⁹ Isso significa, *mutatis mutandis*, que o conteúdo axiológico do direito fundamental da liberdade continua evoluindo a partir das mutações das condições históricas, e seu estudo não pode estar dissociado destas transformações históricas, econômicas, políticas e sociais.

A par disso, convém apresentar breves observações do problema da liberdade no espectro filosófico, e o faço despidido de qualquer pretensão de esgotar o tema na seara metafísica, porquanto o meu propósito neste ensaio é muito mais modesto, cingindo-me a trazer ao debate a heterogeneidade conceitual da festejada liberdade, alinhavando também os contornos de proteção conferida (a ela) pelo ordenamento jurídico e, em especial, a uma das suas principais projeções, que é a liberdade de informação jornalística – aqui compreendida no sentido lato, para abranger a liberdade de imprensa, o direito a informação, de busca a informação, o de ser informado e o direito de crítica e de investigar.

Pois bem. É possível que nenhuma outra palavra tenha recebido tão diferentes significados ao longo da evolução humana, quer na filosofia, quer no campo normativo do

¹⁸Montesquieu, ao defender a supremacia da lei (relação necessária que deriva da natureza das coisas), definiu a liberdade como “*o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder*” (In MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 66).

¹⁹Narra o autor “*O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que fora declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas.*” (In BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18).

Direito. É conhecido o eterno debate filosófico estatuído, sobretudo por Hegel²⁰, que correlaciona liberdade e necessidade (determinismo), e, às vezes, em constante oposição entre si. Para alguns teóricos não há genuína liberdade, mas tão somente uma necessidade preexistente que a condiciona; um determinismo absoluto²¹; ao passo em que para outros há primazia do livre arbítrio em detrimento da necessidade. De fato, persiste a indagação: como definir liberdade diante de incontáveis fatores condicionantes da vida humana (histórico, social, econômico...), sobre os quais não se pode exercer quase nenhuma influência? Em outras palavras, investiga-se se há o genuíno livre-arbítrio propalado por alguns teóricos ou, de acordo com Sartre²², estamos condenados a ser livres, condicionados pelos fatores do ambiente exterior?

Essas perguntas não comportam respostas prontas e acabadas; antes, pelo contrário, alardeiam soluções que pressupõem certas inclinações filosóficas e ideológicas do intérprete que as estuda. Para alguns teóricos liberais, no estado da natureza, a liberdade ao indivíduo pressupõe que, para essa pessoa, não existam embaraços, restrições ou limitações de qualquer espécie, a não ser da lei natural.²³ É próprio, aliás, da doutrina liberal traçar o

²⁰Para Hegel: “(...) a liberdade da vontade é o livre-arbítrio onde se reúnem os dois aspectos seguintes: a reflexão livre, que vai se separando de tudo, e a subordinação ao conteúdo e à matéria dados interior ou exteriormente. Porque, ao mesmo tempo, este conteúdo, necessário em si e enquanto fim, se define como simples possibilidade para a reflexão, o livre-arbítrio é a contingência na vontade. Nota – A representação mais vulgar que se faz da liberdade é o livre-arbítrio, meio termo que a reflexão introduz entre a vontade simplesmente determinada pelos instintos naturais e a vontade livre em si e para si. Quando ouvimos dizer, de um modo absoluto, que a vontade consiste em poder fazer o que se queira, podemos considerar tal concepção como uma total falta de cultura do espírito, nela não se vê a mínima do que sejam a vontade livre em si e para si, o direito, a moralidade.” In HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 22-23.

²¹Trata-se da conclusão de Thomas Hobbes quando prescreve que: “*Liberdade e necessidade também são compatíveis: assim como as águas têm, além da liberdade, também a necessidade de descer pelo canal, igualmente as ações praticadas voluntariamente pelos homens, tendo em vista que derivam de sua vontade, derivam da liberdade; da mesma forma, a vontade dos homens, bem como dos seus desejos e inclinações, derivam de alguma coisa, e esta, por sua vez, de outra causa, formando uma cadeia continua (cujo primeiro elo – a primeira de todas as causas – está na mãos de Deus) de causas que derivam da necessidade.*” In HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, formas e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 153.

²²“Estou condenado a existir para-além da minha essência, para-além dos móveis e motivos de meu ato: estou condenado a ser livre. Significa que não se poderiam encontrar outros limites a minha liberdade além da própria liberdade, ou se preferirmos, que não somos livres para deixar de ser livres.” (In SARTRE. *O ser e o nada: ensaio da ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdigão. 17. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 543-544).

²³Trata-se da liberdade da natureza a que aludiu John Locke. Assinalou que: “Mas, embora seja esse um estado de liberdade, não é um estado de licenciosidade; embora o homem neste estado tenha uma liberdade incontável para dispor da sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta o exija. O estado de natureza tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem quem sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses.” In LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 384-385.

esboço da definição da liberdade apenas como direito oponível em relação ao Estado²⁴, com o progressivo alargamento da esfera de defesa do agir dos indivíduos frente ao poder público, contrapondo-se, inclusive, ao Estado paternalista, para alcançar a emancipação da sociedade e evitar a uniformidade de “caracteres” e da vontade dos indivíduos.²⁵

Observa Hannah Arendt, por outro lado, que os homens acreditam ser livres simplesmente porque têm consciência das suas ações, mas não detém a consciência das causas pelas quais estas ações são determinadas.²⁶ Sendo assim, liberdade e vontade inserem-se numa simbiose de natureza indissolúvel e, paradoxalmente, incompatíveis entre si. Isto significa que as pessoas não são verdadeiramente livres, porquanto seu comportamento está baseado em fatores condicionantes, muitas vezes ignorados por elas.

No mesmo sentido, Rousseau declarou “*O homem nasceu livre e, no entanto, em toda parte, está sob ferros. Embora se creia senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo que eles. Como se faz essa modificação? Ignoro-o. O que pode torná-la legítima?*”²⁷ Talvez esse sentimento ilusório de liberdade comporte arrefecimento - conquanto, repise-se, não seja o propósito deste trabalho -, a partir da reflexão no domínio da vontade, do autoconhecimento, da cogitação da liberdade como a certeza de que sempre se poderia agir de outra maneira.

Outros teóricos propugnaram, por sua vez, que às crenças e liberdades religiosas, filosóficas e políticas estavam condicionadas a posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho. Há ainda outras concepções modernas de liberdade que merecem breves alusões. São aquelas que contemplam o sentido de criação de condições materiais para que as pessoas tenham capacidade para tomar decisões sobre o curso que querem dar

²⁴É o que se extrai, por exemplo, da leitura do art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, *in verbis*: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

²⁵Lembra Bobbio, ao fazer menção à doutrina de Humboldt, que “(...) a intervenção do governo para além das tarefas que lhe cabem – relativas à ordem externas e à ordem interna – termina por criar na sociedade comportamentos uniformes que sufocam a natural variedade dos caracteres e das disposições. Aquilo a que os governos tendem, a despeito dos indivíduos, são o bem-estar e a calma: ‘Mas o que homem persegue e deve perseguir é algo completamente diverso, é variedade e atividade’. Quem pensa diversamente suscita a fundada suspeita de considerar os homens como autômatos.” (In BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 26-27).

²⁶In ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Tradução de Cesar Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 285-315.

²⁷In ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 18.

às suas vidas (liberdade das necessidades), bem como da liberdade como ausência de medo de violência (liberdade do medo)²⁸.

Destaco também a concepção assinalada pelo filósofo norte-americano, John Rawls, para quem a explicação da liberdade deve estar associada às limitações jurídicas e constitucionais, em um conjunto único de valores. Para o autor, (...): *“a liberdade consiste em uma determinada estrutura de instituições, em um certo sistema de normas públicas que define direitos e deveres. Nesse contexto, os indivíduos têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições, quer para fazê-la, quer para não fazê-la, e quando o ato de fazê-la ou não fazê-la está protegido contra a interferência de outra pessoa.”*²⁹

Oppenheim, ao corroborar o caráter polissêmico da palavra liberdade, registrou: *“A palavra ‘Liberdade’ tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo, até a prosperidade econômica (...). A Liberdade em sentido valorativo (§§ V-VIII) é utilizada mais a nível de exortação do que de descrição; conseqüentemente apresenta diferentes significações, conforme os diferentes modelos éticos que inspiram os autores.”*³⁰

Pieroth e Schlink reproduzem a leitura do Tribunal Constitucional alemão sobre a liberdade de atuação geral, direito fundamental positivado no art. 2,º, da Constituição Alemã.³¹ Segundo eles, a norma protege toda a atuação humana, que tem natureza de cláusula geral, consiste em *“direito fundamental que assiste ao cidadão de apenas ser*

²⁸Trata-se de discurso político de Franklin D. Roosevelt ao Congresso Norte-Americano, durante a II Guerra Mundial (CF. In VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 135).

²⁹O autor condiciona a problemática da definição da liberdade a análise de três itens: *“os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que estão livres e aquilo que têm liberdade para fazer ou não fazer”* In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 247-249.

³⁰Verbete “Liberdade”, In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale. 11. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1998. p. 708-709.

³¹*“(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.”* Tradução extraída do sítio da Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil. REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA NO BRASIL. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>.

onerado com uma desvantagem com base naquelas normas que são formal e materialmente conformes à Constituição”³²

A professora Nina Ranieri reporta pormenorizadamente os pilares do relatório elaborado pelo então secretário-geral da Organização das Nações, Kofi Anan, com o título “*Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos*” Destaca, nesse contexto, que a interconexão entre as três áreas define o novo conteúdo de liberdade e orientam as propostas de reforma³³. Afirma também a ampliação do conceito de liberdade compõe-se de quatro dimensões, denominados: “*Livre da necessidade (Freedom from Want), Livre do Medo (Freedom from Fear), Livre para viver com Dignidade (Freedom to Live in Dignity) e Fortalecendo as Nações Unidas (Strengthening the United Nation)*”.³⁴

Como se vê, muitos têm se debruçado sobre as diferentes concepções de liberdades. Inúmeras são as classificações deste fenômeno que permeia o imaginário humano desde o limiar da humanidade. Todavia, pretendo fugir desta aporia para o desenvolvimento do nosso trabalho, limitando-me doravante a tratar a liberdade no espectro jurídico, apenas como medida de não-intervenção (ou liberdade negativa) e como autonomia (ou liberdade positiva), porquanto estão inelutavelmente adstritos ao papel do Estado na preservação e garantia do direito a liberdade de informação jornalística³⁵, apondo, em seguida, os contornos de proteção conferidos pela nossa Carta da República, notadamente em relação à liberdade de informação e o papel fundamental do Estado para alcançar tal desiderato.

³²In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

³³Destaca a autora sobre a atualização do conceito de liberdade: “*A indivisibilidade entre desenvolvimento, segurança e direitos humanos (cf. §14 do relatório), e a ideia de cidadania mundial, fundada em nossa humanidade comum e em princípios e responsabilidade compartilhadas, são o eixo desta atualização. Neles reside o núcleo do conceito de liberdade ora proposto. Esse conceito visa induzir um círculo virtuoso de proteção ao indivíduo, em qualquer lugar. A liberdade, nesta perspectiva, transcende as tradicionais configurações elaboradas pela doutrina dos direitos humanos, por via das sucessivas gerações de direitos (liberdades públicas e direitos civis e políticos, direitos econômicos e sociais, direitos de solidariedade), para alcançar um patamar no qual a indivisibilidade e a interconexão das áreas e a ausência de fronteiras, na garantia de direitos de desenvolvimento, segurança e vida digna, rompem os limites anteriores*” In RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos: multilateralismo e cidadania mundial*. *Política Externa*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 28-29, set./nov. 2005.

³⁴In RANIERI, Nina Beatriz Stocco. op. cit., p. 28-29.

³⁵E aqui discordo frontalmente do professor Rawls, para quem o debate entre a liberdade positiva e a liberdade negativa não envolve definições apriorísticas, mas conflitos de valores das diversas liberdades, e que desempenhariam, na melhor das hipóteses, um papel coadjuvante. Isto porque a definição analítica de cada uma das liberdades, como se verá no capítulo seguinte, contribui justamente para avaliar cada um dos valores em conflitos e a possibilidade de harmonização. (Cf, RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 247-248).

1.1. Da liberdade negativa e da liberdade positiva

A denominada liberdade negativa, classificação proposta por Berlin, apresenta-se como a “*área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros*”³⁶. Trata-se da primeira função, e talvez a mais importante, das liberdades públicas, na defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante as instituições do Estado³⁷, e como se verá, de uma minoria contingente detentora de monopólio dos veículos de comunicação.

Cuida-se da liberdade individual que merece ser salvaguardada de todos os matizes do controle político, e que se desdobra em várias expressões, projetando-se, como objeto de interesse deste ensaio, na liberdade de imprensa e de informação jornalística; também conhecida por liberdade dos modernos, na linguagem de Benjamin Constant, porquanto desconhecida no mundo antigo, em que a liberdade dos indivíduos restringia-se a participação nas decisões políticas, ou seja, não havia inquietação dos cidadãos referente ao limite do poder do Estado³⁸, já que autoridade do corpo social, integrada pela participação de todos os cidadãos, interpunha-se e restringia legitimamente a vontade dos indivíduos³⁹.

³⁶BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 136.

³⁷Ensina o mestre português José Joaquim Gomes Canotilho que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: “(1) *constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual*; (2) *implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)*. Assim, por.ex., o art5. 37 da CRP garante subjectivamente: (a) *direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva)*; (b) *direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa)*. Além disso, *impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (cfr. Art. 37º/2)*.” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-408.

³⁸Para o autor francês: “*This system is a discovery of the moderns, and you will see, Gentlemen, that the condition of the human race in antiquity did not allow for the introduction or establishments of an institution of this nature. The ancient peoples could neither feel the need for it, not appreciate its advantages. Their social organization led them to desire an entirely different freedom from the one which this system grants to us.*” (CONSTANT, Benjamin. *The liberty of the ancients compared with that of the moderns*. In: _____. *Political writings*. Tradução para o inglês por Biancamaria Fontana. Cambridge University Press, 1988).

³⁹Benjamin Constant, ao justificar a primazia da liberdade dos modernos, afirmou que os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais (maior participação nas decisões políticas); enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, os “modernos” dariam mais para obter menos. Segundo ele, “*It follows from what I have just indicated that we can no longer enjoy the liberty of the ancients, which consisted in an active and constant participations in collective power. Our freedom must consist of peaceful enjoyment and private independence. The share which in antiquity everyone held in national sovereignty was by no means an abstract presumption as it is our own day. The will of each individual had real influence: the exercise of this will was a vivid and repeat pleasure. Consequently the ancients were ready to make many a sacrifice to preserve their political rights and their*

Como se vê, o “direto geral liberdade”⁴⁰, nesse sentido político negativo, consubstancia-se na área privada em que se pode agir sem sofrer limitações da autoridade pública, preservando-se a autodeterminação do indivíduo. Para autores como Locke⁴¹ ou Constant⁴², o exercício do poder estatal só tem legitimidade quando se propõe a assegurar o maior grau possível de liberdade em favor dos membros do corpo social; ou, melhor dizendo, a atuação estatal somente encontrará porto seguro quando garantir, ao lado das restrições necessárias a proteção da sociedade, o núcleo intangível da liberdade dos indivíduos, pedra angular do edifício do constitucionalismo liberal. O objeto da liberdade, neste sentido, é uma alternativa de ação, diz respeito à existência de possibilidade no agir do indivíduo, sendo constituída, no sentido mais amplo, por uma relação “triádica”⁴³ entre um titular (de uma liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.

De fato, a partir das revoluções liberais do século XVIII, o emprego da palavra liberdade passou sobremaneira a se associar⁴⁴ à falta de oposição ou a impedimentos

share in the administration of state (...). This compensation no longer exists for us today. Lost in the multitude, the individual can almost never perceive the influence he exercises. Never does his will impress itself upon the whole; nothing confirms in his eyes his own cooperation” (CONSTANT, Benjamin. op. cit.).

⁴⁰ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 341-342.

⁴¹Para John Locke, uma das ideias centrais repousava na preservação daquilo que denominou de “property”, isto é, os indivíduos, ao se unirem para formar a sociedade política, não deixam de serem titulares de bens indispensáveis a própria condição humana: a vida, a liberdade e seus bens. Afirmou, neste sentido, que nem mesmo o poder legislativo, o poder supremo da sociedade política, pode eliminar aludidos bens supostamente em favor da comunidade. “*Pois, sendo ele apenas o poder conjunto de cada membro da sociedade, concedido à pessoa ou assembleia que legisla, não pode exceder o poder que tinham essas pessoas no estado da natureza, antes de entrarem em sociedade e cederem-no à comunidade. Pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que ele próprio possui; e ninguém dispõe de um poder arbitrário sobre si mesmo, ou sobre quem quer que seja, para destruir sua própria vida ou tomar a vida ou propriedade de outrem.*” (In LOCKE, John. op. cit., p. 50 4-505).

⁴²Para o autor: “*Individual liberty, I repeat, is the true modern liberty. Political liberty is its guarantee, consequently political liberty is indispensable. But to ask the peoples of our day to sacrifice, like those of the past, the whole of their individual liberty to political liberty, is the surest means of detaching them from the former and, once this result has been achieved, it would be only too easy to deprive them of later.*” (CONSTANT, Benjamin. op. cit.).

⁴³Para Robert Alexy, uma pessoa é livre em sentido negativo a partir do momento em que a ela não são vedadas alternativas de ação. Isso significa que a concepção negativa de liberdade nada menciona sobre o que uma pessoa livre deva fazer ou que, sob determinadas circunstâncias, irá fazer. Faz alusão apenas sobre as possibilidades concedidas a pessoa. In ALEXYY, Robert. op. cit., p. 220-221.

⁴⁴Não se ignora que, antes das revoluções francesa e americana, floresceram na Inglaterra cartas e estatutos assecuratórios dos direitos do homem, como a Magna Carta (1215-1225), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Todavia, apesar da generalização da consciência dos perigos representados pelo poder absoluto sobre o indivíduo, os indigitados documentos não possuíam o mesmo caráter universal das Declarações Francesa e do “Bom Povo da Virginia” (1776). Neste contexto, afirma Comparato: “*No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo habeas corpus e o bill of rights do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos da Sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza.*” In COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49-50.

externos, identificando-se como resistência à opressão ou coação do poder soberano⁴⁵. Neste contexto, a ausência de condições econômicas ou de habilidades pessoais não constituía uma restrição à liberdade. O que importava, de fato, era sobrestar a interferência do Estado na esfera de atuação dos indivíduos, impondo-lhe mecanismos de contenção então desconhecidos dos povos antigos e nas monarquias absolutas. Assim sendo, o ordenamento jurídico só será válido se assegurar uma esfera mínima de atuação da liberdade aos indivíduos, restringindo, desse modo, a irrefreável disposição do exercício desmedido do poder.⁴⁶ Em outras palavras, buscava-se a contenção do poder estatal, com o propósito de salvaguardar a autodeterminação do cidadão em detrimento do Estado. Cada indivíduo é soberano em si, presumindo-se detentor de capacidade para determinar o seu comportamento individual (direito a autodeterminação), desde que não prejudique outrem.

Basta a leitura do artigo 4º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que alinhavou o conceito de liberdade no modelo liberal, para se constatar a importância absoluta do preceito na limitação do Poder Público, edificado como pedra angular do constitucionalismo⁴⁷. No mesmo sentido, o artigo 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (EUA), de 16 de junho de 1776.⁴⁸ O dogma da liberdade, na concepção liberal de não-intervenção do Estado na esfera do indivíduo, tem o seu paroxismo na edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, em que restou assentado, em inúmeros dispositivos, que as pessoas nascem livres e iguais em direitos, dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

No direito nacional, a Constituição da República de 1988 assegurou, logo em seu art. 5º, *caput*, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à liberdade, à vida, além de outros direitos decorrentes do regime constitucional. A

⁴⁵Thomas Hobbes apresentou, neste sentido, a seguinte definição de liberdade: “*por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder de cada um de fazer o que quer (...)*” In HOBBS, Thomas. op. cit., p. 97-98.

⁴⁶Temia-se o arbítrio e a imoderação no exercício do poder político, não só de algum déspota no poder mas sobretudo da maioria surgida no ambiente político. Neste sentido: MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Isabel Siqueira. Mem Martins, Portugal: Publicações Europa-America, 1997. E também: CONSTANT, Benjamin. op. cit.).

⁴⁷“*A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei*”.

⁴⁸“*Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.*”

localização topográfica do preceito constitucional, antecipando, pela primeira vez em nossa história constitucional, as normas de estruturação do Estado, revela sobremaneira a dimensão da importância conferida aos direitos fundamentais, fruto do processo histórico da redemocratização do país⁴⁹, e notadamente a primazia do direito de liberdade, lançado com destaque na cabeça do artigo. Além disso, o precitado dispositivo constitucional ainda proclama, por meio de diversos incisos, um grande número de expressões das liberdades, como, por exemplo, a liberdade de pensamento e de expressão (inc. IV e IX), a liberdade de consciência e de crença (inc. VI), a intimidade e a vida privada (inc. X), a liberdade de locomoção (inc. XV), a liberdade de exercer qualquer trabalho ou ofício (inc. XIII). No Título VIII, da nossa Carta de Direitos, extrai-se também dos artigos 216 e 220, respectivamente, a proteção à liberdade de educação e pesquisa, e à liberdade de comunicação, com a proscrição de qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Evidentemente que comportam certos temperamentos, como será visto adiante, mas jamais deixam de conservar o mínimo existencial, e tampouco desnaturam a vedação ao Poder Público de atuar despoticamente, sem a observância das normas postas que conferem parâmetros legitimadores no agir estatal.

Para Kelsen, ao explicar o princípio da imputação com o problema da liberdade, o homem é livre porque e enquanto são imputadas (pela norma) uma determinada conduta humana, como causalidade determinada, certas penalidades⁵⁰. Em outras palavras, o homem é juridicamente livre enquanto o ordenamento jurídico assim não proíbe. Como se vê, a atuação das funções primárias do Estado (legislativa, executiva ou jurisdicional) ostenta uma mitigação quase natural com relação ao indivíduo, ou seja, toda regulação no corpo social, além de ter previsão expressa no ordenamento jurídico, deve preservar uma esfera mínima de liberdade para o cidadão.

Frise-se, porque oportuno, que enquanto a sociedade se contentava em atribuir toda a sua atenção à limitação do Estado, ignorando outras formas de imposição de regras de condutas em detrimento de certas minorias, além da ausência de participação nas decisões políticas, as aspirações dos teóricos liberais da liberdade não obtiveram o êxito integral. Como se sabe, o governo da maioria não constitui garantia da liberdade, pois, como

⁴⁹Cf. BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Paes de Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451 e ss.

⁵⁰KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 109-110.

lembrado por Berlin, “a democracia pode desarmar uma determinada oligarquia, um determinado indivíduo privilegiado ou um conjunto de indivíduos privilegiados, mas pode também esmagar os indivíduos tão desapiadadamente como todos os governos anteriores”⁵¹. O que importa para os teóricos liberais ou para os neoliberais, como se vê, é o grau e a intensidade dos direitos assegurados ao exercício da liberdade individual, independentemente da forma de governo adotada pelo corpo social.

John Stuart Mill, um dos maiores expoentes da liberdade individual, esboçava menos preocupação com a interferência do Estado do que com o que denominou a “*tiranía da opinião dominante*”⁵². Ao alinhar os contornos do princípio de que a única finalidade que justifica a humanidade intervir, individual ou coletivamente, na esfera de liberdade de qualquer um dos seus membros, é a sua própria proteção (princípio do dano), ou seja, evitar que os outros sejam prejudicados, Mill delineava o problema da liberdade senão em decorrência da maioria dominante e não do déspota alçado ao poder por suposta força divina. Afirmou, neste sentido, que “*é também necessário haver uma proteção contra a opinião dominante; contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além de penalidades civis, as suas próprias ideias e práticas como regras de conduta aos que delas discordam; para atrofiar o desenvolvimento e, se possível, evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus modos de agir e obrigar todas as personalidades a seguirem seu próprio modelo.*”⁵³ Para o filósofo inglês, nenhum grupo possui autorização para impor a outra pessoa dotada de capacidade o que fazer ou não fazer, em seu próprio benefício, uma vez que cada homem é o melhor juiz para decidir sobre o seu comportamento, desde que não prejudicial ao corpo social.⁵⁴

A denominada liberdade positiva (autonomia), por sua vez, não traz como marca essencial a garantia de um espaço onde o indivíduo possa exercer sua vontade arbitrariamente; mas, antes, destaca a autonomia conferida aos seres humanos de invocar a sua razão, de agir com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei

⁵¹BERLIN, Isaiah. op. cit., p. 164.

⁵²MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 12-13.

⁵³Id. loc., cit.

⁵⁴É o que se extrai também de um dos dogmas da Revolução Francesa positivados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 4º: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

universal⁵⁵. Para Kant, malgrado o conceito de liberdade seja um conceito racional puro, que não pode ser ilustrado por qualquer experiência pragmática, no uso prático da razão, a liberdade prova sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para a determinação de escolhas, independentemente de quaisquer condições externas (empíricas).⁵⁶

Na esfera política, a instrumentalização desta liberdade positiva tem o seu paroxismo na participação dos indivíduos no debate e na formação das decisões políticas (poder de autogoverno dos cidadãos⁵⁷), mediante contribuição do Poder Público, que a todos deveria se sobrepor, para o arrepio dos teóricos liberais, como Constant, que criticou com intensa eloquência Rousseau, atribuindo-lhe a pecha de inimigo da liberdade individual⁵⁸. De fato, para Rousseau, assim como para os povos antigos de Atenas, a liberdade está em participar diretamente⁵⁹ da tomada das decisões políticas, ou seja, somos livres na medida em que participamos do processo indispensável à aprovação das normas que irão regular nosso padrão de comportamento. Como se sabe, a necessidade do arranjo social para a convivência harmoniosa impõe o surgimento de um âmbito de autoridade, sendo, para o último, um verdadeiro imperativo categórico a participação dos indivíduos nesta deliberação para a formação da vontade geral. Daí porque, por corolário lógico, o filósofo propugnou pela soberania da liberdade positiva (autonomia), em caso de colisão, com a liberdade negativa dos indivíduos⁶⁰.

⁵⁵KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008. p. 67-68.

⁵⁶Id. Ibid., p. 64-65.

⁵⁷DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 345.

⁵⁸Sustenta o autor francês “*The abbé de Mably, like Rousseau and many others, had mistaken, just as the ancients did, the authority of the social body for liberty; and to him any means seemed good if it extended his area of authority over that recalcitrant part of human existence whose independence he deplored. The regret he expresses everywhere in his work is that the law can only cover actions. He would have liked it to cover the most fleeting thoughts and impressions; to pursue man relentlessly, leaving him no refuge in which he might escape from its power(...). He detested individual liberty like a personal enemy; and whenever in history he came across a nation totally deprived of it, even if it had no political liberty, he could not help admiringly.*” (In CONSTANT, Benjamin. op. cit.).

⁵⁹E aqui Rousseau já advertia, no entanto, do risco de limitar a democracia ao sistema representativo: “*a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é a outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não ratificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.*”. In ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 105.

⁶⁰Cf. o capítulo sobre a censura. In Id. loc., cit.

A liberdade positiva confunde-se, portanto, com autorregramento. Trata-se, pois, do “*status positivus*” mencionado por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, com relação ao Estado, que nada mais é que “(...) *o estado em que o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado para criação e conservação de sua existência livre. Este estado encontra-se conformado e assegurado quando e na medida que sejam os direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento*”⁶¹ Advertem também a natureza distinta das legitimações a envolver o direito de proteção, mediante prestações do Estado, no sentido de direito de uma prestação, ou por meio de e em procedimento do Estado, no sentido de um direito de procedimento.⁶²

Lembremos também que o direito é conformado pela história e não pode ser compreendido sem esta última, sendo que as regulações jurídicas poderão ter um fôlego mais prolongado que as ordens políticas, quando assentadas em circunstâncias sociais e econômicas uniformes ou quando dão resposta a questões fundamentais humanas invariáveis. Para os autores, “*Os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direitos políticos e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas os direitos fundamentais são também, simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre liberdade individual e a ordem política.*”⁶³

Cuida-se também do que o mestre português Canotilho denominou de “*função de prestação social*” e “*função de não discriminação*” das liberdades (direitos) fundamentais, que se traduzem, em síntese, no dever do Estado em assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados na Carta de Direitos, direitos e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos.⁶⁴ Daí, a meu sentir, poderia se extrair um dos fundamentos a justificar a mediação do Estado para garantir a eficácia plena da liberdade de informação jornalística em todas as suas dimensões, como será visto em capítulo próprio.

⁶¹In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 63.

⁶²Segundo os autores, “a diferença materialmente decisiva, consiste em saber, no caso dos direitos do *status positivus*, se eles se referem a medidas já existentes no Estado ou se se dirigem à criação destas, isto é, se estes direitos garantem ao particular uma pretensão a proteção por meio de e em instituições, prestações e procedimentos já existentes ou se lhe garantem uma pretensão a proteção com a sua disponibilização. Por vezes, faz-se, respectivamente, a distinção segundo direitos derivados, isto é, derivados dos direitos já existentes, e direitos originários, isto é, direitos que produzem algo que ainda não existe.” In Id. loc., cit.

⁶³In Id. Ibid., p. 37.

⁶⁴In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 408-410.

Convém assentar também que a tensão dicotômica entre a primazia da liberdade individual, objeto da concepção negativa da liberdade, ou da soberania popular, ligada ao conceito positivo desta mesma liberdade, arrefeceu-se em razão das discussões contemporâneas sobre uma solução intermediária, fato este que foi rigorosamente criticado por Isaiah Berlin, conforme advertências reproduzidas por Dworkin, sobremaneira quanto a suposição de que as liberdades (virtudes), positiva e negativa, poderiam conviver em harmonia numa só estrutura política.⁶⁵

Nesse contexto, importante destacar a doutrina do Professor John Rawls, para quem imprescindível considerar a necessidade da avaliação das liberdades fundamentais em conjunto, como um sistema único. O valor de uma dessas liberdades, em geral, depende da especificação de outras liberdades. Além disso, em condições razoavelmente favoráveis, sempre há *“um modo de definir essas liberdades de forma que as principais aplicações de cada um delas possam ser simultaneamente asseguradas e os interesses mais fundamentais, protegidos. Ou, pelo menos, que isso é possível, contanto que os dois princípios e suas prioridades correspondentes sejam acatados com coerência. Por fim, dada essa especificação das liberdades fundamentais, presume-se que, na maioria dos casos, esteja claro se uma instituição ou uma lei de fato restringe ou se apenas regula determinada liberdade fundamental.”*⁶⁶

E, muito embora não se afigure como o objeto deste ensaio, oportuno mencionar a doutrina de Habermas, legatário da Escola de Frankfurt, e citada largamente pelos teóricos brasileiros, uma vez que procurou afastar a prevalência de qualquer dos valores, pugnando, ao revés, pela existência de uma conexão íntima entre os direitos individuais e a soberania

⁶⁵Reproduz o autor: *“Um liberdade pode abortar outra; uma liberdade pode obstruir ou deixar de criar condições que tornem possíveis outras liberdades, ou um grau maior de liberdade, ou ainda a liberdade de um número maior de pessoas; as liberdades positiva e negativa podem entrar em conflito; a liberdade do indivíduo ou do grupo pode não ser plenamente compatível com um grau pleno de participação numa vida comum, com suas exigências de cooperação, solidariedade e fraternidade. Porém, além disso tudo há uma questão mais importante: a necessidade absoluta de se atender às exigências de outros valores igualmente importantes: a justiça, a felicidade, o amor, a realização da capacidade de se criar novos objetos, experiências e ideias, a descoberta da verdade. Nada se ganha quando se identifica a liberdade propriamente dita, num ou noutro de seus dois sentidos, com esses valores ou com as condições que a tornam possível, ou quando se confundem os vários tipos de liberdade uns com os outros,”* In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 346-347.

⁶⁶Rawls ainda faz menção a necessidade de equilíbrio entre as liberdades fundamentais em jogo, e que o melhor arranjo *“depende da totalidade das limitações às quais estão sujeitas”*. E traz o seguinte exemplo: *“(…) certas normas de ordem são necessárias para regular a discussão; sem a aceitação de métodos razoáveis de investigação e debate, a liberdade de expressão perde seu valor. Por outro lado, uma proibição a adotar ou defender certas ideias religiosas, morais ou políticas é um restrição à liberdade e deve ser julgada como tal”* In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 247-248.

popular, em que ambos são igualmente importantes à legitimação do Direito Moderno, não sendo “*mais possível fundamentar a obrigatoriedade das normas em valores substantivos, nem muito menos na simples força.*”⁶⁷

No plano do direito positivo, a Constituição da República de 1988 assegurou o exercício do poder pelo povo, diretamente ou por meio dos seus representantes⁶⁸, bem como o pluralismo político como um dos alicerces deste Estado. É o valor da liberdade de autogoverno (liberdade dos antigos) nas decisões políticas que proclama, em primeiro lugar, a ideia de democracia. De fato, uma vez que todos devem ser livres na maior medida possível, todos deverão participar da formação da vontade do Estado.

A autonomia e a soberania popular, como se vê, são garantidas por um feixe de direitos referentes ao exercício da cidadania na tomada das decisões políticas, como, v.g., o sufrágio universal, de observância compulsória ao Estado, com idêntico valor para todos os cidadãos, e instrumentalizado pelos direitos políticos discriminados no art. 14, *caput*, da Lei Fundamental, insuscetível, portanto, de modificação pelo poder constituinte reformador. Sobejam ainda inúmeros outros direitos públicos subjetivos na Carta de Direitos relacionados à participação política, como, v.g., o direito de propor ação popular (inc. LXXIII, do art. 5º) e o direito ao pluripartidarismo (art. 17).

E mais, impossível conceber a realização integral da autonomia política dos indivíduos, sobretudo na esfera democrática contemporânea das decisões de poder, sem que, em contrapartida, estejam-lhes assegurados um ambiente propenso ao pleno exercício da liberdade de expressão, a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.⁶⁹ Como se vê, por meio da sistematização de um conjunto de direitos fundamentais negativos, impingidos especialmente ao Poder Público, aliado também a uma avalanche de direitos políticos visando assegurar a autonomia do indivíduo, é possível chegar à primeira

⁶⁷SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 147-148.

⁶⁸Segundo a redação do parágrafo único, do art. 1º: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

⁶⁹Noticia Castells que “*Em abril de 2004, um relatório do PNUD, elaborado sob a direção de Dante Caputo, a respeito da Democracia na América Latina, concluiu que 54,7% dos entrevistados preferiram um regime autoritário, se ele ajudasse a aliviar a pobreza e as dificuldades econômicas. Apenas 43% dos latino-americanos apoiavam integralmente a democracia, ao passo que 30,5% subordinavam seu apoio às suas condições de vida, e outros 26,5% criticavam a democracia. A sensação geral é de que, em vez de uma cultura democrática, o que ocorre na América Latina é uma cultura eleitoral manipulada pelas elites políticas.*” In: CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência. In: SEMINÁRIO POR UMA GOVERNANÇA GLOBAL DEMOCRÁTICA, 1., 2004. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2005. p. 96-97.

conclusão deste ensaio, a saber: a Carta da República de 1988 foi de clareza solar em acomodar, no âmbito de proteção institucional, as duas espécies de liberdade, fato este que resulta, por corolário lógico, na assunção de deveres normativos, de natureza polissêmica - positiva (ou promocional) e negativa - pelo Estado.

Tendo este cenário de pano de fundo, é forçoso refletir: o dever estatal, no que concerne à liberdade de informação jornalística (na condição de projeção lógica da liberdade de imprensa), se esgota num dever incondicional exclusivo de abstenção (caráter negativo), para refrear os instintos naturais dos agentes estatais de controlar e balizar a veiculação das informações? Ou se se mostra produtora de ações positivas do Estado, sem qualquer interferência no conteúdo jornalístico (lembre-se que proscrição está garantida pela nossa Constituição Federal⁷⁰), para materializar substancialmente a liberdade de informação, e por consequência a autonomia do indivíduo, seja fornecendo meios, por exemplo, para eliminar distorções e obstruir a formação de monopólios e oligopólios (art.220, §5º, da Constituição Federal), ou instrumentalizar o direito constitucional a resposta (inc. V, art. 5º), ou, ainda, para tornar às informações acessíveis, promovendo-se o debate aberto e democratizando o espaço comunicativo.

1.2. Liberdade de pensamento e formas de expressão

Para alguns teóricos, a liberdade de pensamento, em si mesmo, como pura consciência ou simples processo de formação interna da opinião, sem manifestação exterior, está fora de qualquer controle social, porquanto diz respeito ao próprio desenvolvimento da personalidade humana, insuscetível de qualquer espécie de regulação estatal⁷¹. Trata-se da liberdade mais elementar do ser humano, de pensar o que se acredita ser verdadeiro, não comportando qualquer modulação exterior senão a de caráter metafísico (ideológico). A Constituição de 1988 é pródiga em assegurá-la no art. 5º, incisos VI e VIII (liberdade de consciência e de crença religiosa), resultando daí, por força de mandamento constitucional, o direito subjetivo de escusa de consciência, ou seja, o

⁷⁰Cf. §2º, art. 220: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

⁷¹Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 241-242.

direito de recusar a cumprir determinadas obrigações que violem opiniões e convicções filosóficas, religiosas ou políticas; observados, no entanto, alguns parâmetros normativos consagrados na própria carta de direitos.⁷²

A partir da manifestação deste pensamento, insurgem-se os contornos significativos de proteção constitucional⁷³, posto que a exteriorização das ideias e opiniões, como se verá adiante, além de indispensável à formação da própria personalidade do homem⁷⁴ (dimensão material da liberdade de expressão), constitui instrumento essencial para a realização de outros valores constitucionais, como, por exemplo, a própria democracia, por meio da exteriorização das convicções ideológicas no mercado das ideias⁷⁵ (dimensão instrumental da liberdade de expressão), permitindo, assim, a formação da vontade geral a partir do confronto de opiniões.

E não é apenas o discurso político que é protegido por essa liberdade. Antes, pelo contrário, o direito de manifestação compreende qualquer representação mental de uma coisa concreta, desde críticas políticas até mesmo manifestações poéticas de amor. Todavia, a liberdade de manifestação do pensamento ostenta algumas mitigações na Lei Fundamental, que, contudo, não desnaturam em nada o seu conteúdo⁷⁶. Ao longo deste trabalho procurei dar enfoque às modulações deduzidas pelo constituinte de 1988, cuja materialização depende da atuação positiva do Poder Público.

⁷²Cf. Art. 5º, inc. VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

⁷³Cf. Art. 5º, inc. IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e inc. IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

⁷⁴Neste sentido, a liberdade de expressão apresenta um valor intrínseco, uma dimensão substantiva, ou seja, repercute e produz efeitos independentemente da projeção inata em favor de outros institutos e bens jurídicos. Trata-se de garantia do próprio desenvolvimento da personalidade do homem, ou seja, a realização individual de cada um está condicionada, em grande escala, ao intercâmbio de ideias e expressões para que a liberdade é fundamental. Busca-se proteger a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas.

⁷⁵A expressão é atribuída ao Juiz Holmes, em seu famoso voto (vencido) no caso *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919): “(...) *But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.*” (grifei).

⁷⁶É o que se extrai da norma que veda o anonimato (cf. art. 5º, inc. IV). Isso significa que, conquanto proscreva qualquer espécie de censura prévia a exteriorização das ideias, a Constituição proíbe igualmente as manifestações apócrifas, exigindo do indivíduo que assuma a representação concreta do seu pensamento, justamente para harmonizar o direito fundamentais com outros valores positivados na Constituição de igual estatuto fundamental, como, v.g., o direito à intimidade e a vida privada e a responsabilidade em caso de violação destes direitos.

No que concerne à liberdade de manifestação de pensamento, alguns teóricos alinhavaram a divisão deste direito fundamental em três espécies: a liberdade de expressão propriamente dita, a liberdade de comunicação e a liberdade de informação, sendo esta, por sua vez, aprovisionada de cinco dimensões (liberdade de informar, de buscar informação e de ser informado, liberdade de crítica e liberdade de investigação)⁷⁷. A principal diferença, segundo alguns teóricos, entre a primeira (liberdade de expressão) e a última (liberdade de informação) estaria na pretensão na exigência da veracidade e imparcialidade da informação (fato este que pretendo desconstruir ao longo deste ensaio), já que a liberdade de expressão (em *stricto sensu*), por propagar uma ideia ou opinião, não precisaria guardar fidelidade insofismável com a veracidade da informação.⁷⁸

Informação, na acepção do termo, segundo o dicionário Aurélio, significa “*comunicação ou notícia trazida ao conhecimento de uma pessoa ou do público*“, constituindo atividade indispensável para a deliberação política dos cidadãos que, como se verá adiante, não se restringe à eleição do corpo dos seus representantes. O indivíduo tem o direito de ser informado, obtendo dados e notícias, sem sofrer qualquer embaraço por parte do Poder Público ou da comunidade. Não se trata de mero deleite conferido pelo constituinte de 1988; antes, pelo contrário, o conhecimento de fatos, de acontecimentos de interesse geral e do próprio indivíduo, é medida essencial para o aperfeiçoamento do regime democrático, já que o maior acesso de informação está diretamente ligado ao aumento do controle social dos poderes constituídos pelos cidadãos, notadamente quando veiculada pelos meios de comunicação.

Além disso, os indivíduos têm o direito de informar, na condição lógica da manifestação do pensamento, por qualquer das múltiplas formas de difusão. Ao assegurar o direito de obter informações, protege-se, ao mesmo tempo, a liberdade dos veículos de comunicação em transmiti-las em favor dos membros do corpo sociedade, sem qualquer embaraço ideológico ou censura prévia. Trata-se, aliás, de comando normativo previsto expressamente na Constituição Brasileira de 1988⁷⁹. Frise-se, porque oportuno, que muitos tratados e diplomas internacionais disciplinam a liberdade de expressão como gênero, e

⁷⁷Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 36. E tbm: MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 9).

⁷⁸SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectiva de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 14. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 36.

⁷⁹Art. 220º, §2º: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

nem por isso ela está desamparada de proteção no corpo dos dispositivos, como, v.g, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 (art. 19).⁸⁰

Convém esboçar, no entanto, algumas considerações sobre as formas de expressão da liberdade de pensamento que guardam estrita correlação com o objeto deste ensaio, e que estão asseguradas pela Constituição de 1988. Observo, neste sentido, que a liberdade de comunicação abarca um “conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilita a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação (...). Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a informação dos meios de comunicação (...).”⁸¹ No direito posto, a regulamentação das inúmeras formas de comunicação está disciplinada nas normas esculpidas nos arts. 220 a 224, da Constituição Federal, dentre os quais importam sobremaneira para o objeto do nosso trabalho: i) a ausência de restrição preventiva à manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo; ii) proscrição de a lei conter dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado, no entanto, o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, da Carta de Direitos (existência de reserva legal qualificada); iii) vedação a toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística; iv) proibição dos meios de comunicação social de ser, direta ou indiretamente, objeto de monopólio ou oligopólio; v) regulamentação, por lei federal das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada, além da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

Destaca-se também a liberdade de informação, que não se confunde, como será visto, com liberdade de expressão⁸², assegurada na Constituição de 1988 (art. 5, inc. XIV), e que busca garantir a todos o acesso à informação, ao recebimento e à difusão

⁸⁰“Todo individuo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.”

⁸¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 243-244.

⁸²O Ministro Luís Roberto Barroso aduziu: “A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito do individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informados; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar ideais, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano” (In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 3, p. 102-103).

de ideias e notícias, resguardado o sigilo da fonte, como se sabe, quando necessário ao exercício profissional.

Convém frisar, por fim, que a concepção da liberdade de imprensa, conquanto venha a ser objeto de reflexão em capítulo próprio, pode ser designada como a liberdade conferida aos veículos de comunicação no sentido lato; de transmitirem ideias e fatos, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão. Há primazia da atividade de informação desempenhada pelos indivíduos⁸³, em detrimento do veículo empregado para divulgá-la, alcançando toda e qualquer forma de divulgação de notícias.

Pode-se afirmar, neste sentido, que o conceito de liberdade de imprensa (ou liberdade jornalística), em sua origem (etimologia) com espectro restritivo, como se verá adiante, restou superado pela atividade de informação que, na condição de projeção da liberdade de pensamento e manifestação, comporta representação nas dimensões da liberdade de informar, de buscar informação e ser informado, de crítica e de investigação. Neste sentido, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, em que restou declarada a ausência de recepção da antiga Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) definindo a imprensa como: *“plexo de atividades e também o somatório dos órgãos ou ‘meios de comunicação social’”*.

1.3. Da liberdade de expressão: história, abrangência, limites e natureza jurídica

Compulsando nossa breve, mas não menos conturbada, história constitucional, verifica-se que todas as cartas constitucionais brasileiras asseguraram, em maior ou menor grau, e pelo menos no campo abstrato, as liberdades de expressão e de imprensa⁸⁴. A

⁸³De fato, segundo informa o Professor Fábio Konder Comparato, os veículos de comunicação *“evoluíram no sentido de uma conjugação de veículos e técnicas, para criar uma rede complexa e global, que conglomeram empresas de produção de comunicação (imprensa, rádio, televisão, cinema), empresas de distribuição dos produtos, a indústria da informática ou a computação eletrônica (compreendendo hardware e software) e o vasto setor de telecomunicações (...)”*. (In COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010).

⁸⁴CF 1824 (art. 179, IV: IV. “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-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 fórma, que a Lei determinar”); CF 1891 (art. 72, §12º: “ § 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a

positivação desses direitos no limiar dos nossos textos constitucionais esteve intrinsecamente ligada às Revoluções liberais do século XVIII. Todavia, a partir da Constituição de 1988, sobressaiu-se a liberdade de expressão com intenso destaque no corpo da nossa Carta de Direitos, com inúmeros dispositivos assecuratórios, fruto do processo de redemocratização institucional do país⁸⁵.

O legislador constituinte de 1988, ao introduzir capítulo próprio sobre a “Comunicação Social”⁸⁶, procurou solapar qualquer resquício de perigo de alguma intervenção autoritária, de conteúdo ideológico e político, por parte das autoridades constituídas, na esfera de atuação individual das pessoas e, notadamente sobre os veículos de comunicação, que transmitem as informações necessárias à formação da vontade geral, ou modernamente da denominada opinião pública⁸⁷.

lei determinar. Não é permitido o anonimato”); CF 1934 (art. 113.9: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. 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.”); CF 1937 (art. 122.15: “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 (...)”); CF 1946 (art. 141, §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.) ; CF 1967 (art. 150, §8º: “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.”); ECF 69 (art. 153, §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, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”).

⁸⁵ Em que pese a CF 1937 - carta constitucional revestida de caráter despótico - , ter inaugurado a disciplina sobre a atividade da imprensa no seu art. 122.15.c, a Constituição da República de 1988 foi pródiga em relação ao tema, inaugurando um capítulo específico para regulamentar a Comunicação Social (Capítulo V, Título VIII) , assegurando, neste contexto, regime jurídico pautado pela defesa da liberdade de expressão em favor dos veículos de comunicação, admitindo-se, porém, certos temperamentos, estritamente necessários para a assegurar outros direitos de estatura igualmente constitucional.

⁸⁶ Cf. arts. 220 a 224, da Constituição Federal. Título VIII, capítulo V.

⁸⁷ Hegel traça a definição de opinião pública como a liberdade subjetiva formal de os indivíduos terem e exprimirem os seus juízos próprios, a sua própria opinião sobre assuntos públicos. E assevera que, apesar de conter princípios eternos da justiça, como o conteúdo verídico, traz também incertezas e falsos conhecimentos e juízos: “(...) quanto pior for o conteúdo de uma opinião ou de uma informação, quanto pior for o conteúdo de uma opinião mais própria será ela do indivíduo, pois o mal é o que há de completamente particular em seu conteúdo. O racional, pelo contrário, é o universal em si e para si. Ora, o particular é aquilo em que a opinião se baseia.” In HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. op. cit., p. 288-289.

Evidentemente que a preocupação com a liberdade de expressão tem contornos que remontam a antiguidade, mas cuja literatura científica se massificou a partir do século XVII, em que os teóricos como John Milton⁸⁸, Stuart Mill⁸⁹ e Alexis de Tocqueville⁹⁰ se debruçaram sobre a matéria, exortando a proscrição de qualquer impedimento externo sobre a manifestação das ideias.

A existência de inúmeros dispositivos constitucionais sobre a liberdade de expressão, em que prepondera acertadamente o viés negativo da abstenção de interferência na esfera do indivíduo, sobretudo para assegurar uma imprensa livre e desembaraçada, não impediu um certo paradoxo pragmático. Afinal, como impedir a formação do monopólio e do oligopólio, como ordena o §5º, do art. 220, da Constituição Federal, assegurando a maior difusão de ideias e opiniões, sem qualquer mediação democrática pelo Poder Público, mormente naqueles mercados em que os veículos de comunicação, sobretudo os serviços de radiodifusão de sons e imagens, estão concentrados nas mãos de uns poucos afortunados?⁹¹ Em outras palavras, é razoável presumir que os veículos de comunicação irão, por vontade própria, de acordo com as regras do mercado, imbuídos do mais puro espírito republicano, assegurar o direito constitucional proporcional à resposta, conforme prescreve o art. 5º, V, da Constituição de 88, aos eventuais abusos cometidos no exercício da liberdade de informação? Ou incumbirá ao Poder Judiciário, na ausência de parâmetros

⁸⁸Em 1644 é publicada a sua obra *Areopagitica: discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra*. O principal objetivo era a defesa total da imprensa, a fim de tornar possível o maior avanço do conhecimento e da verdade, sendo inútil qualquer espécie de censura.

⁸⁹A obra “*Sobre a liberdade*” (publicada em meados do século XIX), Mill apresenta talvez aquela que é provavelmente a mais poderosa defesa perpetrada da liberdade (individual) de expressão. Não só o Estado, como sobretudo o grupo majoritário de pessoas, deverão evitar ao máximo interferir na liberdade e expressão das outras pessoas. A intervenção nesta liberdade somente se justifica para evitar que se cause dano aos outros indivíduos.

⁹⁰Tocqueville, em sua clássica obra *Democracia na América*, ressaltou ser inútil qualquer tipo de censura ou embaraço a liberdade de imprensa, já que a informação não se esconde ou dissipa frente aos obstáculos; antes, pelo contrário, se espalha, ganhando maiores proporções.

⁹¹Alexandre Sankiewicz faz o diagnóstico com precisão, propugnando também a atuação conjunta entre o mercado e a mediação estatal: “*As características do setor de comunicação, no entanto, indicam que onde dependência da publicidade, as barreiras de entrada e os custos de participação são elevados, o livre mercado, por si só, não consegue garantir em nível ótimo nem a livre circulação de ideias nem possibilidades de manifestação na quantidade e na forma adequada. (...) Para a criação de um modelo regulatório que assegure a ponderação entre o pluralismo e a liberdade editorial dos proprietários das empresas de comunicação, no entanto, é importante saber como o mercado funciona, tendo percepção sobre os objetivos que o mercado consegue promover e quais, de outro lado, ele irá obstruir. É essencial ademais distinguir regulamentações que complementam mercados daquelas que suprimem mercados. (...) É a partir desse funcionamento que a regulação pode ocupar um lugar importante dentro do setor de radiodifusão*” In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 99-104.

normativos infraconstitucionais, deliberar e prover a solução sobre a matéria dentro da moldura normativa⁹² (constitucional) fixada pelo constituinte de 1988?

São indagações que carecem de reflexão, sem espaço para cândidos arroubos, e que serão abordadas nos capítulos deste trabalho. Importa, por ora, a análise sobre os fundamentos, a abrangência e os limites da liberdade de expressão.

Para alguns teóricos, a liberdade de expressão apresenta um valor intrínseco, uma dimensão substantiva⁹³, ou seja, repercute e produz efeitos independentemente da projeção em favor de outros institutos e bens jurídicos, v.g., da própria democracia. Trata-se de garantia do desenvolvimento da personalidade do homem, ou seja, a realização individual de cada um está condicionada, em grande escala, ao intercâmbio de intelectões e expressões para que a liberdade é fundamental. Busca-se, em resumo, proteger a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas.

O Estado ofende seus cidadãos, e nega a responsabilidade moral (e a própria capacidade) quando decreta que eles não têm qualidade para ouvir, e proferir opiniões, que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis.⁹⁴ John Milton, em *Areopagítica* (famoso discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento inglês), aduziu sobre o perigo de se desconfiar na capacidade das pessoas, como destinatários da informação: *“Desconfiarmos delas a ponto de não podemos deixar que leiam um simples panfleto inglês corresponde a passar-lhes um atestado de ignomínia: serão pessoas levianas, imorais, sem formação sólida, doentes e debilitadas, num estado de tão pouca fé e fraco discernimento, que não seriam capazes de engolir o que quer que fosse a não ser pelo tubo de um censor.”*⁹⁵

⁹²KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit.

⁹³KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 393-394.

⁹⁴Para Dworkin, o Estado *“deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa. Em primeiro lugar, as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar as suas próprias decisões acerca do que é bom ou mau na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé”*. E conclui em seguida: *“Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político; assim como os cidadãos têm o direito de participar da política, também tem o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.”* (In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 319-320).

⁹⁵MILTON, John. *Areopagítica*: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Tradução de Felipe Fortuna. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 131.

Logo, toda e qualquer restrição à liberdade de expressão importa em menosprezar a capacidade intelectual, e desnaturar, por consequência, a responsabilidade dos indivíduos, agentes dotados de autonomia. Ao agir desta forma, o Estado se arvora, de maneira imprópria, na qualidade de curador e juiz moral dos indivíduos, consolidando, a meu ver, a presunção da incapacidade cognitiva dos destinatários da informação.

E nem mesmo o povo, por si próprio ou por meio dos seus representantes, tem o direito de exercer algum poder de coação sobre o indivíduo. É tão pernicioso, ou ainda mais, quando exercido de acordo com a opinião pública.⁹⁶ O dano em silenciar a expressão de uma opinião é que defrauda os seres humanos; não só a geração atual, como a futura. Isto porque, explica Mill, se a opinião estiver correta, o ser humano fica tolhido da oportunidade de permutar o erro pela verdade; se ela estiver equivocada, ele deixa de aferir, o que constituiria um benefício quase tão grande, a percepção mais nítida e a ideia mais vívida da verdade, produzida pela sua colisão com o erro.⁹⁷ Neste contexto, preconizou também John Milton: *“Se o conhecimento e o exame do vício são, neste mundo, tão necessários à formação da virtude humana; e se é preciso escrutar o erro para a confirmação da verdade, como fazer para explorar mais seguramente e sem maiores riscos os domínios do pecado e da falsidade, senão lendo toda e qualquer espécie de tratados e ouvindo os mais variados argumentos?”*⁹⁸

A partir desta dimensão substantiva, toda e qualquer forma de restrição no conteúdo equivale a embaraçar o próprio desenvolvimento do ser humano, institucionalizando-se a doutrina da incapacidade cognitiva dos cidadãos na condição de agentes morais autônomos. Não é conferido ao Poder Público, nesta perspectiva, o direito de promover qualquer juízo de valor sobre ideias ou opiniões emitidas pelos cidadãos, sob pena de se transformar em administrador moral alheio, além de fomentar a desconfiança natural incutida no imaginário popular no sentido de intolerância estatal a manifestações políticas contrárias ao regime político vigente.

Põe-se a tona ainda, porque oportuno, a necessária discussão em torno da análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares, ou seja, se os

⁹⁶Para John Stuart Mill: *“Se todos os homens menos um fossem da mesma opinião, e apenas um indivíduo tivesse a opinião contrária, aqueles não teriam mais justificação para silenciar esse indivíduo do que este, se tivesse o poder, teria justificação para silenciar todos os outros”* (In MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 23-24).

⁹⁷Id. Ibid., p. 22-23.

⁹⁸In MILTON, John. op. cit., p. 93.

direitos, liberdades e garantias devem ou não ser observados pelos veículos de comunicação, em suas diferentes matizes jurídicas, ora disciplinados, no caso dos serviços de radiodifusão (leia-se TV e rádios), pelo regime jurídico dos serviços públicos⁹⁹, ora ostentando a natureza própria da iniciativa privada (mídia impressa). Resta saber então se a mediação estatal se mostra instrumento adequado para harmonizar a tensão instalada entre os valores igualmente fundamentais, ou se, como adverte Alexis Tocqueville, não é possível indicar uma posição intermediária entre a independência absoluta da liberdade de expressão e a total submissão ao controle da opinião pública.¹⁰⁰

Há ainda a perspectiva instrumental¹⁰¹, ou democrática da liberdade de expressão, considerada como um meio, um instrumento para a realização de outros valores igualmente assegurados na Carta de Direitos de 1988, notadamente o regime democrático. Em outras palavras, tutela-se a liberdade de expressão como instrumento indispensável ao exercício da soberania popular, para a autodeterminação coletiva, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias.¹⁰² Afinal, a formação da vontade geral, o exercício do poder pelo povo, somente se reverbera por meio da comunicação, da permuta de informações, do intercâmbio de experiências, do que resulta ser indispensável o acesso a pluralidade de manifestações de pensamento e a troca de informações.

Em outras palavras, nesta dimensão, a democracia pressupõe o confronto livre de ideias, um livre “mercado de ideais”¹⁰³, suficientemente apto a influenciar os cidadãos na

⁹⁹Isso porque, segundo a redação do art. 223, da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observadas as demais diretrizes previstas neste capítulo.

¹⁰⁰Para Tocqueville: “*If any one could point out an intermediate and yet a tenable position between the complete independence and the entire subjection of the public expression of opinion, I should perhaps be inclined to adopt it; but the difficulty is to discover this position. If it is your intention to correct the abuses of unlicensed printing and to restore the use of orderly language, you may in the first instance try the offender by a jury; but if the jury acquits him, the opinion which was that of a single individual becomes the opinion of the country at large*” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, cit., v. 1 e 2, p. 285).

¹⁰¹KOATZ, Rafael Lorenço-Fernandez. op. cit., p. 393-394.

¹⁰²Cf. art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos: “*1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.*”

¹⁰³A expressão é atribuída ao Juiz Holmes, em seu famoso voto (vencido) no caso *Abrams v. United States*, 250 US 616 (1919): “(...) But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate

formulação das políticas públicas; e pressupõe um contexto de que o debate público seja desinibido, robusto e amplamente aberto¹⁰⁴.

E mais: o controle social dos agentes públicos, por intermédio da publicidade e informação dos atos das autoridades políticas, constitui importante forma, senão a melhor de todas, de fiscalização daqueles que exercem o poder em nome do povo.¹⁰⁵ Trata-se do que James Madison cunhou, no Relatório de Resoluções da Virgínia, “*o direito de examinar livremente medidas e personagens públicos.*”¹⁰⁶ Nesta perspectiva, nos Estados plurais, a liberdade instrumental atua tanto para ampliar o debate público, como para edificar a confiança dos indivíduos nas instituições responsáveis pelas decisões políticas que os vincularão ao cumprimento. Como se vê, a dimensão instrumental (ou dimensão-meio) da liberdade de expressão serve de fundamento lógico ao exercício de outros direitos de estatura igualmente constitucional.

Outro fundamento desta dimensão instrumental da liberdade de expressão repousa na ausência da certeza absoluta sobre a verdade.¹⁰⁷ Para alguns teóricos como Mill, a liberdade irrestrita de contradizer e condenar a nossa opinião é precisamente a condição que justifica que assumimos a sua veracidade para efeito de condução de medidas; e em nenhum outros termos pode se ter garantia racional de se estar com a razão.¹⁰⁸ Segundo o filósofo inglês, as crenças para as quais temos maior justificação não têm maior defesa em que se apoiar senão um convite permanente para que todos provem que elas são

good desired is better reached by **free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market**, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.” (grifei).

¹⁰⁴FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, cit., p. 30-31.

¹⁰⁵Para Edilsom Pereira de Faria: “*Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada a dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o ancien régime, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública.*” (Colisão de direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. In BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*, cit., p. 105).

¹⁰⁶LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. p. 34-35.

¹⁰⁷É o que menciona o Juiz Learned Hand ao tratar da liberdade de expressão no caso *United States v. Associated Press (1943)*: “(A Primeira Emenda) pressupõe a maior probabilidade de que a verdade se apresente através de uma multidão de línguas do que através de um tipo qualquer de seleção impingidas por uma autoridade. Para muitos, isso é loucura e sempre será; mas é nisso que apostamos tudo” (DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 323).

¹⁰⁸MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 26.

infundadas. Somente assim, com a manutenção das portas abertas à impugnação, ofertamos à verdade uma oportunidade de chegar até nós. O impedimento da defesa de uma opinião tem por premissa sólida a presunção de infalibilidade daquela em sentido contrário. Todavia, deduz com precisão o autor, ainda que a opinião carregue a verdade consigo, ela será mantida como um dogma por aqueles que a aceitarem, com pouca compreensão em relação aos seus fundamentos racionais, e com o risco de perecimento do seu significado.¹⁰⁹ Neste contexto, o risco em silenciar a expressão de uma opinião defrauda a própria raça humana, porquanto, se a opinião estiver correta, eles ficam privados da oportunidade de corrigir o erro pela verdade; se ela estiver errada, eles deixam de auferir a percepção mais nítida sobre a ideia da verdade, produzida pela sua colisão com o erro.

Trazendo este discurso para nossa época, se é certo que a intolerância social não destrói mais as opiniões divergentes, como ocorreu com Sócrates no exercício de sua maiêutica, não é menos exato afirmar a tendência de abstenção do grupo majoritário em difundi-las, mantendo-se as opiniões dominantes, a evidenciar, por corolário, a ausência de debates pulverizados sobre políticas fundamentais a sociedade¹¹⁰, fato este que dificulta sobremaneira o aperfeiçoamento do regime democrático.

Passa-se então a exigir uma atuação promocional do Estado, de caráter positivo, na ampliação e fomento do espaço público para o debate genuinamente democrático. Essa é a ironia propalada pelo Professor de Yale, Owen Fiss, com relação ao papel do Estado alusivo às liberdades de expressão e de imprensa, porquanto a autoridade estatal é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades.¹¹¹ O que se perquire é reexaminar justamente a natureza do Estado pós-moderno e verificar se ele pode desempenhar algum papel assecuratório das liberdades básicas, ou se mantém a visão tradicional de inimigo natural desta, mormente no que diz respeito à liberdade de informação jornalística. Neste contexto, Fiss faz também menção ao “efeito silenciador do discurso”, decorrente das manifestações expressivas de grupos políticos e sociais

¹⁰⁹MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 56.

¹¹⁰Marilena Chauí lembra sobre o efeito deletério causado da nova metodologia de transmissão das informações e notícias jornalísticas: “A *desinformação*, aliás, é o principal resultado da maioria dos noticiários de rádio e televisão. (...) os acontecimentos são relatados como se não tivessem causas passadas nem efeitos futuros; surgem como pontos puramente atuais ou presentes, sem continuidade no tempo, sem origem e sem consequências; existem enquanto são objetos de transmissão e deixam de existir se não são transmitidos. Têm a existência de um espetáculo e só permanecem na consciência dos ouvintes e espectadores enquanto permanecer o espetáculo de sua transmissão. In CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*, cit., p. 44-47.

¹¹¹FISS, Owen M. op. cit., p. 21.

hegemônicos, que acaba por emudecer as vozes emanadas de minorias e das classes menos favorecidas, condenadas a eternos coadjuvantes e ao silêncio no debate público, do que resulta sua incapacidade de fazer levar o seu discurso ao grande público.¹¹²

Importante também a doutrina de Alexander Meiklejohn, precursor na defesa da liberdade de informação não somente com relação ao emissor das notícias,¹¹³ mas sobretudo quanto aos destinatários, que, ao se debruçar sobre o sentido e o alcance da liberdade de expressão tutelada na Primeira Emenda da Constituição Americana, preconizou a mediação do Poder Público como fator essencial à formação da cidadania política. Deduz que a Primeira Emenda proíbe as leis limitando a liberdade de expressão, com a preservação da soberania popular, mas não a “liberdade absoluta de falar”¹¹⁴, ilustrando, para dar suporte à sua teoria, o exemplo da vedação do discurso político no quarto de um hospital sem autorização médica¹¹⁵. Acrescenta também que não há proibição para mediação estatal utilizada como instrumento para enriquecer ou alargar do conteúdo da liberdade de expressão, em benefício da própria sociedade.¹¹⁶

Trazendo o impasse para o direito nacional, num esforço hermenêutico de extrair a vontade do legislador constituinte de 1988, percebe-se que a nossa Constituição atual reafirmou de forma categórica, e ao mesmo tempo, a garantia da liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IV e IX), e o direito do acesso à

¹¹²FISS, Owen M. op. cit., p. 58.

¹¹³Sustenta o autor “*When self-governing men demand freedom of speech they are not saying that every individual has an unalienable right to speak whenever, wherever, however he chooses. They do not declare that any man tal as he pleases, when he pleases, about what de pleases, about whom he pleases, to whom he pleases.*” MEIKLEJOHN, Alexander. *Political freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford University Press, 1965. p. 25.

¹¹⁴Colhe-se do texto do autor que a frase “liberdade de expressão” reconhece e demarca uma estrutura de liberdade, que reconhece, em determinado sentido, limites quanto ao seu exercício. Aduz, neste sentido, que: “*No one can doubt that, in any well-governed society, the legislature has both the right and the duty to prohibit certain forms of speech. Libellous assertions may be, and must be, forbidden and punished. So too must slander. Words which incite men to crime are themselves criminal and must be dealt with as such. Sedition and treason may be express by speech or writing. And, in those cases, decisive repressive action by the government is imperative for the sake of general welfare. All these necessities that speech be limited are recognized and provided for under Constitution. They were not unknown to the writes of the First Amendment. That amendment, then, we may take it for granted, does not forbid the abridging of speech. But, at the same time, it does forbid the abridging f the freedom of speech*” (In Id. Ibid., p. 21).

¹¹⁵“*No one, for example, may, without consent of nurse or doctor, rise up in a sickroom to argue for his principles or his candidate. In the sickroom, that question is no ‘before the house’*” (In Id. Ibid., p. 25).

¹¹⁶“*First, let it be noted that by those words, Congress is not debarred from all action upon freedom of speech. Legislation which abridges that freedom is forbidden, but not legislation to enlarge and enrich it. The freedom of mind which befits the members of a self-governing society is not a given and fixed part of human nature. (...) And the federal legislature is not forbidden to engage in that positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so obviously depends. On the contrary, in that passive field the Congress of United States has a heavy and baic responsibility to promote the freedom of speech.*” (In Id. loc., cit.).

informação (art. 5, XXXIII), abrindo-se espaço, com isso, para a retomada do debate público e para o exercício da autonomia privada.

Neste contexto, e sem prejuízo de análise minuciosa adiante, oportuno frisar que, se de um lado, a nossa incipiente história democrática recomenda o acautelamento no tratamento normativo dispensado pelo Estado a imprensa e a liberdade de informação e de expressão, não se pode ignorar, ao mesmo tempo, que os veículos de comunicação em massa constituem poderosos instrumentos de formação da opinião pública¹¹⁷, e não raro, concentram-se monopolizados nas mãos de poderosos grupos econômicos. Sendo assim indaga-se: o “mercado das ideias” estaria garantido com essa concentração de informações? A quem interessa a ausência de um debate plural, com temas selecionados previamente, e com a participação de poucos cidadãos mais iluminados? Como instrumentalizar o direito de resposta assegurado pela Constituição após a decisão prolatada pelo STF na ADPF n.º 130? Reclama-se, por isso, uma postura afirmativa do Poder Público na democratização dos meios de comunicação, especialmente para impedir a formação de monopólios ou oligopólios da informação (art. 220, §5º, da CF), e para promover o confronto livre de ideias, assegurando-se, neste sentido, os valores previstos no art. 221, da nossa Carta de Direitos.

Daí a importância de certa regulação estatal, nos aspectos periféricos ao conteúdo da liberdade de informação jornalística, objeto deste ensaio, sem desbordar, no entanto, para a censura dissimulada pelo Estado - no papel indevido de curador dos indivíduos -, comportando limites exatamente quando puder ser concebida como uma intervenção a favor e não contra a liberdade de expressão.

E qual a justa medida para o equilíbrio desta fronteira das dimensões das liberdades? Não há como negar o risco de se emprestar o caráter absoluto e a primazia a

¹¹⁷Neste contexto, precioso o trecho do voto do então Ministro Relator, Ayres Britto, no julgamento da ADPF n.º 130, sobre a titularidade difusa da informação e a opinião pública. Para ele: “(...) a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia-a-dia do Estado e da sociedade civil. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo.”

qualquer das dimensões mencionadas da liberdade de expressão. Neste contexto, observa Gustavo Binenbojm: *“Nesse equilíbrio delicado e complexo, 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”*¹¹⁸

Isso não impede, a meu sentir, que se promova a mediação estatal, por meio da atividade legislativa, levando-se em conta a consolidação do nosso regime democrático, a igualdade de direitos entre os indivíduos¹¹⁹, e a institucionalização jurídica da proibição a qualquer espécie de censura (*ex vi* do §1º, do art. 220, da CF/88), e, finalmente, frente à existência de sólidas instituições democráticas capazes de refrear eventuais abusos dos agentes políticos de plantão.

¹¹⁸FISS, Owen M. op. cit., p. 47.

¹¹⁹É o critério adotado por Rawls, para quem *“Uma liberdade fundamental coberta pelo primeiro princípio (igualdade) só pode ser limitada em nome da própria liberdade, isto é, só para garantir que essa mesma liberdade, ou outra liberdade fundamental, estará devidamente protegida e para ajustar o sistema único de liberdades. (...) Naturalmente, deve-se sempre avaliar esse sistema do ponto de vista do cidadão representativo igual. Da perspectiva da convenção constituinte ou do estágio legislativo (conforme o caso), devemos perguntar qual o sistema seria racional para esse cidadão preferir”* In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 250.

2. LIBERDADE DE IMPRENSA: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, EVOLUÇÃO E O REGIME JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Por primeiro, convém assentar que uma das principais acepções da palavra imprensa está vinculada a “arte de tipografia”¹²⁰. Afirma a doutrina que a etimologia decorre da máquina de imprimir caracteres de chumbo ensopados de tinta no papel, denominada prensa, descoberta por Gutenberg em 1436, conquanto existam indícios de que os jornais já eram conhecidos por antigas civilizações.¹²¹

No mundo contemporâneo, a indigitada definição restou superada, dando lugar à primazia da atividade de informação desempenhada pelos indivíduos¹²², em detrimento do veículo empregado para divulgá-la. Pode-se afirmar, neste sentido, que o conceito de liberdade de imprensa (ou liberdade jornalística), em sua origem com espectro restritivo, evoluiu para a atividade de informação que, como projeção lógica da liberdade de pensamento e manifestação, comporta representação nas dimensões das liberdades de informar, de buscar informação e de ser informado¹²³, o direito de criticar e o de investigar, além de configurar direito impregnado, em sua essência, de natureza coletiva em razão (e em favor) dos destinatários da informação.

¹²⁰O dicionário Houaiss traz como um das possíveis definições de imprensa “4.máquina us. Para imprimir e estampar; prelo;prensa” In HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objectiva, 2004. p. 404.

¹²¹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 35-36.

¹²²De fato, segundo informa o Professor Fábio Konder Comparato, os veículos de comunicação “*evoluíram no sentido de uma conjugação de veículos e técnicas, para criar uma rede complexa e global, que conglomeram empresas de produção de comunicação (imprensa, rádio, televisão, cinema), empresas de distribuição dos produtos, a indústria da informática ou a computação eletrônica (compreendendo hardware e software) e o vasto setor de telecomunicações (...)*”. (In COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 320-321).

¹²³É o que se extrai, por exemplo, da Lei de Imprensa Portuguesa (n.º 2, de 13 de janeiro de 1999), em seu art. 1.º, que prescreve que a liberdade de imprensa abrange o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações. Neste sentido, sobreleva destacar que a redação da Constituição Portuguesa de 1976 procurou demarcar, com pormenores, o objeto da liberdade de imprensa, em seu artigo 38, ao dispor que “A liberdade de imprensa implica: “a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.

Neste sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink trazem a concepção tradicional de imprensa, com doses da evolução noticiada: *“O conceito de imprensa abarca tradicionalmente todos os produtos impressos aptos e destinados à divulgação. Da imprensa fazem parte não só obras impressas de publicação periódica, mas também aquelas obras que são de impressão única, publicações não só de acesso geral, mas também publicações internas a grupos. Além disso, as leis de imprensa dos Estados federados qualificam entretanto como obras impressas também os suportes áudio e vídeo. Desta forma, estas leis tomem em linha de conta a transformação técnica e social, que também é importante para o âmbito de proteção da liberdade de imprensa.”*¹²⁴(grifei)

Como se vê, a informação jornalística alcança toda e qualquer forma de divulgação de notícias, constituindo projeção lógica da liberdade de imprensa. E sua contribuição para o exercício dos direitos políticos é fundamental, pois a deliberação política pressupõe *“a organização de um espaço próprio de comunicação”*¹²⁵. Colhe-se, portanto, que a liberdade da imprensa apresenta atualmente dimensões múltiplas, sendo que, no aspecto objetivo, há a primazia da atividade da informação ou de “instituição-ideia”, ao passo que, sob a ótica subjetiva, faz alusão à concepção tradicional do conjunto de órgãos, veículos e todos os meios de comunicação.

Frise-se, porque oportuno, que a atividade da imprensa não se dirige a um determinado grupo; antes, pelo contrário, passa a se revestir do elemento basilar de instância de comunicação de público em geral, com o propósito oficial de promover o debate mais amplo sobre a infinidade de matérias, bem como influenciar a formação do que se convencionou chamar de opinião pública¹²⁶, notadamente frente à denominada crise do sistema representativo como palco das decisões políticas.¹²⁷ É por meio da imprensa

¹²⁴In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, cit., p. 271.

¹²⁵COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 321.

¹²⁶É o que propugna Tocqueville sobre a simbiose entre a soberania popular e a liberdade de imprensa: *“The sovereignty of the people and the liberty of the press may therefore be looked upon as correlative institutions; just as the censorship of the press and universal suffrage are two things which are irreconcilably opposed, and which cannot long be retained among the institutions of the same people”* In TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit., v. 1 e 2, p. 287).

¹²⁷Jürgen Habermas, ao diagnosticar o processo de cientificação da política, bem como a dificuldade de acesso do público às informações técnicas e a reclusão burocrática do moderno sistema de investigação, aponta o declínio da opinião pública. Para ele, *“a despolitização da massa da população e o desmoronamento de uma opinião pública são componentes de um sistema de dominação que tende a eliminar da discussão política as questões práticas. Ao exercício burocratizado da dominação corresponde antes uma opinião pública demonstrativa que se preocupa com o assentimento de uma população mediatizada. (...) Juntamente com as formas de sabedoria individual e de uma unidade apromblemática entre investigação e ensino, desvanece-se também o contato sem coerções e outrora evidente entre o*

que os cidadãos adquirem consciência dos percalços e inquietudes *da polis*. Enlaça-se, portanto, essa dimensão instrumental da liberdade jornalística com os pressupostos do regime democrático, mantendo com ela a mais arraigada simbiose e relação de dependência recíproca.

E mais, ao prescrever o modelo paralelo de desenvolvimento da imprensa e do Estado, Dworkin enfatiza a natureza de instituição política da imprensa, afirmando que *“as duas instituições aumentaram seu poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrição ao poder; o papel político da imprensa, agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo de outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas”*¹²⁸.

Some-se a tudo isso a proeminente função fiscalizadora da imprensa referente aos agentes no exercício do poder político, na busca da verdade factual¹²⁹, constituindo alternativa a narrativa oficial do governo sobre matérias que irão repercutir na esfera política e jurídica dos cidadãos, fato este que, no direito brasileiro, levou o constituinte de 1988 a enfatizar a proibição de qualquer espécie de censura de natureza política, ideológica e artística (§2º, do art. 220), o que não se confunde, em absoluto, com a possibilidade de alguma mediação estatal, que não interfira no conteúdo substancial da atividade jornalística.

investigador individual e um público mais vasto, quer de estudantes ou de leigos cultos.” In HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 2011. p. 122-123. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).

¹²⁸In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 299-300.

¹²⁹É o que menciona o Juiz Learned Hand fez do argumento instrumental da liberdade de expressão no caso *United States v. Associated Press* (1943): *“(A Primeira Emenda) pressupõe a maior probabilidade de que a verdade se apresente através de uma multidão de línguas do que através de um tipo qualquer de seleção impingidas por uma autoridade. Para muitos, isso é loucura e sempre será; mas é nisso que apostamos tudo”* (Id. Ibid., p. 323).

Convém assentar, porque oportuno, que a preocupação com a liberdade de imprensa, como instância apta a refrear os abusos cometidos no exercício do poder político, fruto do processo de redemocratização na sociedade brasileira, sobretudo frente aos nossos antecedentes históricos, não é recente na história da sociedade. David Hume, no século XVII, já preconizava neste sentido: “*Frequentemente, o entusiasmo do povo precisa ser instigado, para que sejam refreadas as ambições da Corte, e o medo de que esse entusiasmo seja instigado precisa ser usado para prevenir essas ambições. Nada contribui mais para esse fim como a liberdade de imprensa, graças à qual é possível usar todo o saber, inteligência e gênio da nação em benefício da liberdade, e animar todos a defendê-la.*”¹³⁰ Todavia, antevendo o perigo do caráter absoluto desta liberdade, expressa uma advertência, de inelutável contemporaneidade: “*Deve-se, contudo admitir, embora seja difícil, talvez impossível, propor um remédio adequado para a liberdade de imprensa ilimitada, pois é este um dos males a que estão sujeitas aquelas formas mistas de governo.*”¹³¹

Rui Barbosa, a exemplo de Hume, ao mensurar a importância da liberdade da imprensa, redigiu a famosa assertiva: “*A imprensa é a vista da Nação. Por ela que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça.*”¹³² Todavia, também fez ressalva sobre o exercício desmesurado e sem qualquer espécie de regulação frente aos abusos cometidos pela imprensa, e as consequências nocivas a sociedade.”¹³³

O Ministro Ayres Britto, em seu voto da ADPF 130, exprimiu com maestria a simbiose entre democracia e a atividade da imprensa: “*(...) a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Falo da democracia como categoria jurídico-positiva (não simplesmente filosófico-política), que em toda Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte livremente eleita*

¹³⁰In HUME, David. *Ensaio morais, políticos e literários*. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004. p. 105.

¹³¹Id. loc., cit.

¹³²In BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*, cit., p. 32-33.

¹³³Apregoou: “*Quanto maior o bem, maior o mal da sua inversão procede. Nada mais útil às nações do que a imprensa na lisura da sua missão. Nada mais nefasto do que ela mesma na transposição de seu papel. Se o fiel der em ladrão, não haverá, neste mundo, ladrão tão perigoso. Porque bem poucos são os que dos seus guardas se guardam. Quis custodiet custodes? Sendo eles os a quem se confia a chave ou a vigilância do caixa, em que se lhes inclinando o animo à prevaricação, o remédio já chegará tarde, quando a malversação já houver levado os malversadores ao senhorio, e reduzido à sujeição os enganados*” In Id. Ibid., p. 45.

consubstancia o movimento, o fluxo ascendente do poder de governar a pólis; quer dizer, o poder de governar toda a coletividade como aquele que vem de baixo para cima, e não de cima para baixo da escala social. A implicar, por evidente, prestígio das bases governadas e limitação das cúpulas governantes. Um tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito.”

Também considerada como poder social¹³⁴, com dimensão tão substancial e inquietante quanto o poder estatal¹³⁵. De fato, para alguns teóricos, a imprensa se revela como verdadeiro poder na democracia nacional, mormente porque as empresas de comunicação social integram hoje, não raro, grupos econômicos poderosos, ou no mínimo associados à mobilização de recursos, portadores de doses de concentração, o que conduz a inelutável assertiva sobre o poder social não só de controlar o poder estatal, mas também, a se confirmar a ausência de parâmetros normativos compatíveis com o regime democrático estabelecido na Carta de Direitos de 1988, de violador de direitos da personalidade, de estatura fundamental.¹³⁶

Essa preocupação com o monopólio e sectarismo da difusão das informações consolidada em grupos privados, que vem desde o século XIX com Tocqueville¹³⁷,

¹³⁴ É o diagnóstico do Ministro Gilmar Mendes, no seu voto no RE 511961, em que foi declarada a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, no Ministério do Trabalho: “(...) *Mas em breve se revelou que a imprensa era também um poder social, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.*”

¹³⁵ Neste sentido, oportuno destacar as ponderações de Vital Moreira: “*Mas em breve se revelou que a imprensa era também um poder social, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse. Agora, torna-se necessário defender não só a imprensa mas também a liberdade face à imprensa*” (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*, cit., p. 9).

¹³⁶ Neste sentido, o professor de Yale, Owen Fish, preconizou: “*Uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é, obviamente, para o bem, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida. Como outros empreendedores, donos de jornais ou estações de rádios e televisão procuram maximizar receitas e minimizar custos. Em suma, eles desejam obter lucros, e suas decisões sobre o que informar e como informar são largamente determinadas por esse desejo. O mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica na crítica ao governo ou a certo candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecem os interesses econômicos da imprensa.*” (In FISS, Owen M. op. cit., p. 102).

¹³⁷ Ao fazer distinção do exercício da liberdade de expressão nos regimes políticos na França e nos Estados Unidos, o autor reconhece a nocividade da concentração de poder da imprensa (na França) nas mãos de poucos: “*In France the press combines a twofold centralization; almost all its power is centred um the*

reproduz a essencialidade do papel do Estado, não para limitar a individualidade das manifestações, mas para contrapor a indigitada concentração, e, sobretudo, tutelar os destinatários das informações (e não somente os emissores), encontrando sólidos alicerces dogmáticos, e não menos paradoxal, na doutrina norte-americana de Alexander Meiklejohn¹³⁸.

No mesmo sentido, o Professor de Yale, Owen Fiss, procurou desmitificar o papel exclusivo do Estado inimigo da liberdade de expressão, aduzindo: *“O discurso é tão valorizado pela Constituição, eu sustento, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um contexto no qual o debate público seja, para usar a agora famosa fórmula do Juiz Brennan, ‘desinibido, robusto e amplamente aberto’. Em algumas instâncias, instrumentos do Estado tentarão inibir o debate livre e aberto, e a Primeira Emenda é o mecanismo testado e aprovado que impede e previne tais abusos do poder estatal. Em outras circunstâncias, contudo, 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”*¹³⁹

O fenômeno da positivação da liberdade de imprensa nos textos constitucionais operou-se inicialmente nos Estados Unidos da América (por meio da Primeira Emenda de 1791¹⁴⁰) e na França¹⁴¹, muito embora outros Estados já tenham alinhavado medidas

same spot, and vested in the same hands, for its organs are far from numerous. The influence of a public press thus constituted, upon a sceptical nation, must be unbounded. It is an enemy with which a Government may sign an occasional truce, but which it is difficult to resist for any length of time” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit., p. 291).

¹³⁸ Para Meiklejohn a Primeira Emenda da Constituição Americana reconhece e protege duas espécies de liberdades, sendo que uma delas suscetível de regulação estatal, enquanto que a outra, liberdade de expressão e de imprensa refrente a proteção da soberania popular (self-government), não compota mitigação alguma. Neste sentido, aduziu : *“The guarantee given by the First Amendment is not, then, assured to all speaking. It is assured only to speech which bears, directly or indirectly, upon issues with which voters have to deal – only, therefore to the considerations of matters of public interest. Private speech, or private interest in speech, on the other hand, has no claim whatever to the protection of the First Amendment.”* (In MEIKLEJOHN, Alexander. op. cit., p. 25-28.

¹³⁹ In FISS, Owen M. op. cit., p. 30.

¹⁴⁰ *“Congress shall make no law respecting an 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.”*

¹⁴¹ Colhe-se expressamente do art. 11, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reproduzida posteriormente no preâmbulo das Cartas subsequentes: *“A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”*

assecuratórias ao exercício desta liberdade¹⁴². Mais recentemente, o recrudescimento da proteção a liberdade de imprensa alcançou o paroxismo no reconhecimento internacional em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e em outros diplomas e tratados internacionais.¹⁴³

No direito positivo nacional, pode-se afirmar que a liberdade de imprensa constitui valor positivado juridicamente em permanente concretização, um ideal à procura de seu substrato fático, e que demanda uma vigilância constante da sociedade. Compulsando nossa breve história constitucional, como mencionado no capítulo anterior, verifica-se que todas as nossas cartas constitucionais brasileiras asseguraram, em maior ou menor grau, e pelo menos no campo abstrato, as liberdades de expressão e de imprensa¹⁴⁴. Some-se a isso

¹⁴²É o que se extrai, por exemplo, do art. 12, da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (*Virginia Bill of Rights*): “*That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotick governments*”, que contribui para a redação da Primeira Emenda da Constituição Americana a partir de 1791.

¹⁴³Em março de 1994, a Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão jornalística realizada em Chapultepec, na cidade do México, elaborou uma carta de princípios, compromisso desprovida de força vinculatória (jurídica) dos tratados internacionais, mas que, em razão da sua natureza, devem observados pelo legislador infraconstitucional, respeitado os parâmetros normativos estabelecidos pelo constituinte de 1988. A carta de princípios foi assinada pelo Brasil em agosto de 1996, sendo o compromisso renovado em dia 03 de Maio de 2006. Neste sentido também, o art. 10 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

¹⁴⁴CF 1824 (art. 179, IV: IV. “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-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 fórma, que a Lei determinar”); CF 1891 (art. 72, §12º: “§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato”); CF 1934 (art. 113.9: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. 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.”); CF 1937 (art. 122.15: “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 (...).”); CF 1946 (art. 141, §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.) ; CF 1967 (art. 150, §8º: “É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a

que a nossa Carta da República de 1988 limitou-se a utilizar o substantivo “imprensa” em uma única passagem em seu texto normativo¹⁴⁵, optando, acertadamente, por reservar em um bloco normativo com o oportuno nome de “Da Comunicação Social”¹⁴⁶.

E mais, a nossa Carta de Direitos de 1988 operou uma distinção sobre os veículos de comunicação, sobremaneira na mídia radiodifusora¹⁴⁷, atribuindo-lhe regime jurídico dos serviços públicos, a serem prestados também pelos particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização da União, em caráter precário e por prazo determinado, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Por outro lado, o exercício da imprensa escrita (ou mídia impressa ou eletrônica), além de se revestir de natureza jurídica privada, independe de licença de autoridade, *ex vi* do §5º, do art. 220, da Lei Fundamental.

Como se vê, a matiz jurídica escolhida pelo constituinte de 1988 reclama uma atuação estatal distinta nos órgãos de comunicação, em que acertadamente prepondera um viés mais negativo (mas não exclusivo) da mediação do Estado na imprensa escrita ou eletrônica, conquanto a atividade de difusão de informações nunca estará imune de alguma regulação pelo Estado, em razão do interesse coletivo de toda sociedade na transparência e lisura das informações, visando promover o debate público, sem o monopólio ou oligopólio de determinados grupos econômicos, e isento de tergiversações ou sofismas, apto a contribuir para o aprimoramento da democracia¹⁴⁸. E a indigitada mediação deverá

espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.”); ECF 69 (art. 153, §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, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”).

¹⁴⁵“Art. 139, da Constituição Federal: *Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei*”.

¹⁴⁶Título VIII, do Capítulo V, arts. 220 a 224, da Constituição da República de 1988.

¹⁴⁷Competência exclusiva da União. Cf, Art. 21, XI e 223, da Constituição da República de 1988, “Art. 21: *Compete à União: XI - 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.*” “Art. 223: *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*”.

¹⁴⁸Neste sentido, reproduzo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na ADPF 130, em que propugna pela existência da reserva legal qualificada em matéria de liberdade de imprensa: “*Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o*

ocorrer em menor grau em relação às atividades de radiodifusão de sons e imagens (leia-se televisão e rádio), quer por expressa determinação da Carta da República de 1988¹⁴⁹, quer porque o constituinte de 1988 impôs ao Poder Público que regulamente e proteja direitos fundamentais que guardem alguma correlação com a liberdade de imprensa¹⁵⁰. Essa conclusão será melhor retomada em capítulo próprio deste ensaio.

O saudoso Ministro Menezes Direito, em seu voto na ADPF n.º 130, lembrou da doutrina de Auguste Comte, nos seus "Écrits de Jeunesse", sobre a liberdade de imprensa, e a possibilidade de mediação legislativa: *“Disse Comte que embora muito se tenha escrito sobre a liberdade de imprensa, ainda faltava esclarecer alguns aspectos fundamentais para considerá-la no seu verdadeiro papel e no seu ângulo mais importante. Com isso, disse ele que a liberdade de imprensa poderia ser considerada sob a perspectiva política de duas maneiras diferentes, ou pelo menos distintas: como um direito ou como uma instituição política. E é sob esse segundo modo de ver a liberdade de imprensa que Comte identifica-a como base do sistema representativo. E avança para afirmar o que me parece plenamente adequado ao exame que estamos fazendo agora, ou seja, que a liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldade ao exercício dessa instituição política. Mais afirmativamente, qualquer lei que se destine a regular esse exercício da liberdade de imprensa como instituição a disciplinar, tendo por objetivo dar a cada cidadão esclarecido voz na formação da lei, não pode revestir-se de caráter repressivo, que o desnature por completo (cf. Écrits de Jeunesse, 1816- 1828, Mouton - La Haye, Paris, 1970, págs. 147 a 159).”*

Prevalece atualmente, oportuno lembrar, a definição da liberdade de imprensa como atividade/liberdade da informação, sendo que, por se tratar de projeção daquela, afigura-se como direito impregnado de múltiplas dimensões e de titularidade difusa. Em

exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui, expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.”

¹⁴⁹É o que se extrai, por exemplo, das ressalvas constantes do art. 220 e seu §1º, da CF/88 e do §3º, I, do art. 220, in verbis: “Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”.

¹⁵⁰“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5º, V, da CF); “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.**” (art. 220, da CF). (grifei).

contraposição, a concepção tradicional da liberdade de imprensa apresenta titularidade mais restrita, mas, é claro, não menos protegida. Neste contexto, a doutrina de Pieroth e Schlink sobre a titularidade da liberdade de imprensa, com base na jurisprudência alemã, apregoa: “(...) são todas ‘as pessoas que trabalham nas empresas e as próprias empresas de comunicação social’. Delas fazem parte, a par do editor, do diretor, do redator e do jornalista, também o contabilista da empresa de comunicação social e o encarregado da seção de anúncios. (...) O âmbito de proteção especial da liberdade de imprensa reporta-se ao fato de ‘se tratar das pessoas que trabalham na comunicação social no exercício da sua função, de um produto da própria imprensa, dos seus pressupostos orgânicos-institucionais e condições-quadro, bem como da instituição de uma imprensa livre em geral.’”¹⁵¹

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, com base em farta doutrina, assentou em inúmeras oportunidades que a liberdade de imprensa, em razão dessa projeção decorrente da liberdade de pensamento, reveste-se de um conteúdo abrangente, incorporando as seguintes dimensões, a saber: direito de informar, direito de buscar informação, e direito de criticar¹⁵². A liberdade de informação jornalística, na condição de projeção desta liberdade de imprensa, além de incorporar as citadas dimensões, irá ampliar o espectro normativo, incorporando também o direito de ser informado, de satirizar e de propaganda, a evidenciar, pois, a ampliação da titularidade do direito, como se verá no capítulo próprio.

Frise-se, porque oportuno, que a proteção constitucional da liberdade de imprensa pelo Poder Judiciário, na condição de “instituição-ideia”¹⁵³, encontrou o seu paroxismo, aparentemente, na decisão prolatada na ADPF 130, em que restou expurgado do ordenamento jurídico a denominada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250/67), muito embora a Suprema Corte, no exercício da jurisdição constitucional, já tenha deliberado sobre assuntos correlatos a liberdade de imprensa (ou de informação jornalística), não tendo descartado a faculdade do Estado em regulamentar certas matérias periféricas, como mostrarei ao longo deste ensaio, que compreendam direitos de estatura igualmente constitucional, e que implicará em certa mitigação a liberdade de imprensa, mas, em contrapartida, beneficiará o regime democrático e a concretização de um debate pulverizado e

¹⁵¹In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 272.

¹⁵²Cf. os seguintes julgados no Supremo Tribunal Federal: AI 705.530-AGR/SC e AI 690841 AGR/SP.

¹⁵³Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADPF 130, para definir a dimensão objetiva da liberdade de imprensa, como atividade na difusão e transmissão de notícias a um grupo indeterminado de pessoas, e que se põe a mais “rematada expressão do jornalismo”.

desinibido, além de assegurar direitos igualmente fundamentais, como o direito fundamental a resposta (art. 5º, V, da Carta da República de 1988) e a proscrição do monopólio e oligopólio dos veículos de comunicação (§5º, art. 220, da Constituição Federal).

É certo que a combinação de bens fundamentais tutelados pela liberdade de expressão, como visto no capítulo anterior, motivou alguns teóricos a sustentar uma posição de preferência (*preferred position*¹⁵⁴) em relação aos outros direitos igualmente constitucionais. Isto significa apenas, a meu sentir, como pretendo desenvolver mais à frente, que a liberdade de imprensa ou de informação não poderá ser cerceada previamente; não implica reconhecer, no entanto, a existência de um direito absoluto, sem possibilidade de qualquer regulamentação. E aqui lembro da célebre frase deduzida pelo juiz Holmes, no caso *Schenk v United States*, em 1919, de que: “A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro.”¹⁵⁵

Por fim, observo que, na teoria clássica do governo representativo, as deliberações políticas tinham por pano de fundo a suposição de que o povo soubesse e pudesse se informar do que se discutia e decidia no Parlamento.¹⁵⁶ Ocorre que o papel da representação política, como instrumento estrutural da democracia representativa, não vem desempenhando satisfatoriamente a sua função primordial no sentido de expressar os interesses da vontade popular na formação das decisões políticas do Estado.

Antes, pelo contrário, encontra-se em permanente crise de legitimidade. E aqui Rousseau já advertia do risco desse sistema: “a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é a outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não ratificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos,

¹⁵⁴ Afirma Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se, inicialmente, nos EUA (...). Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania* (319 US 105 – 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que ‘freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position’” (In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 402).

¹⁵⁵ LEWIS, Anthony. op. cit., p. 42-43.

¹⁵⁶ MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1983. p. 39-42.

torna-se escravo e nada mais é Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.”¹⁵⁷.

De fato, prescindível alinhar os sintomas da crise de legitimidade do sistema representativo brasileiro, traduzida substancialmente pelo distanciamento entre a vontade dos representados e a vontade dos governantes, e também na própria organização e no desempenho dos partidos políticos. A crise de legitimidade ameaça inclusive ruir o próprio regime democrático, conforme leciona Manuel Castells¹⁵⁸, para quem a raiz do problema situa-se na “*política exercida por meio da mídia, ao financiamento de campanhas e à política do escândalo.*”¹⁵⁹ Nesse sentido, segundo alguns teóricos, três são as causas primordiais da crise, a saber: “*o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com o seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação de grupos de pressão perante o Parlamento*”¹⁶⁰.

Neste contexto, com o distanciamento dos representantes na democracia representativa em relação aos anseios dos eleitores, aliado também à quase falência institucional dos partidos políticos no cumprimento da sua função primária, pugna-se pelo aperfeiçoamento de institutos correlatos a democracia participativa, do que resulta, por corolário lógico, no surgimento de movimentos sociais (leia-se todo grupo relativamente organizado, dotado ou não de personalidade jurídica, com interesses corporativos¹⁶¹), ao lado dos partidos políticos, como atores do processo político, visando assegurar a defesa dos seus interesses no cenário das decisões governamentais, sendo o papel da imprensa fundamental neste sentido.

¹⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado, cit., p. 105.

¹⁵⁸ Noticia o autor que “*Em abril de 2004, um relatório do PNUD, elaborado sob a direção de Dante Caputo, a respeito da Democracia na América Latina, concluiu que 54,7% dos entrevistados preferiram um regime autoritário, se ele ajudasse a aliviar a pobreza e as dificuldades econômicas. Apenas 43% dos latino-americanos apoiavam integralmente a democracia, ao passo que 30,5% subordinavam seu apoio às suas condições de vida, e outros 26,5% criticavam a democracia. A sensação geral é de que, em vez de uma cultura democrática, o que ocorre na América Latina é uma cultura eleitoral manipulada pelas elites políticas.*” In CASTELLS, Manuel. *O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência*, cit., p. 96-97).

¹⁵⁹ In Id. *Ibid.*, p. 102-103.

¹⁶⁰ MORAES, Alexandre de. *Crise da democracia representativa e necessidade de efetividade da Justiça Constitucional*. In: _____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Cap. 2, p. 42-64.

¹⁶¹ Neste sentido Manuel Castells, ao diagnosticar a origem da crise, afirma que: “*Movimentos sociais e organizações populares, além de uma multiplicidade de protagonistas sociais, estão tentando preencher o vácuo da representação e da legítima formulação de políticas. Começa a surgir uma sociedade civil global. Mas sua contribuição para a solução de problemas do nosso mundo é limitada, devido à segmentação dos interesses e valores subjacentes aos seus diversos componentes*” In CASTELLS, Manuel. *op. cit.*, p. 96-97.

Como se vê, a verdadeira *Ágora* das decisões políticas passou a ser aquele oferecido pelos veículos de comunicação¹⁶², quer pela sua pluralidade na participação, quer pela ausência de pautas demarcadas previamente por alguns poucos indivíduos, revelando-se o campo mais democrático para o debate desinibido, pluralista e substancialmente aberto. Logo, para que os cidadãos possam ver assegurado o seu direito fundamental à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal), e por consequência lógica a própria democracia, é necessário construir um sistema institucional que “*impeça, ou, pelo menos, dificulte seriamente a monopolização dos meios de comunicação de massa pela classe empresarial*”.¹⁶³

E mais, a proeminência da tarefa de fiscalizar os agentes detentores do poder não se restringe a arena política; antes, pelo contrário, se estende ao poder econômico em sentido amplo, “*e especialmente o poder dos meios de comunicação, que se converteram em formas relativamente novas de pressão sobre a sociedade – promovem ou simulam, no espaço público a legitimação de causas próprias o de causas a que se associam*”¹⁶⁴. Some-se a isso que, afigurando-se a liberdade como um dever elementar ao jornalismo¹⁶⁵, porquanto em permanente simbiose com o direito do cidadão à informação, deve ser preservada de qualquer ingerência dos atores políticos e econômicos, quer pela abstenção sobre o conteúdo editorial, como também pela mediação legislativa sobre aspectos periféricos que reforcem justamente o núcleo essencial da atividade jornalística. É o caso, por exemplo, da edição de normas que impeçam ou dificultem o monopólio dos veículos de informação, ou que disciplinem um regime jurídico penal menos rigoroso aos

¹⁶²Neste contexto, Manuel Castell assenta com precisão: “*Em última análise, a vontade do povo fala por meio de sua opinião. E as pessoas formam sua opinião, a respeito das questões que afetam sua vida e o futuro da humanidade, com base nas mensagens e nos debates na esfera pública. O que caracteriza essa esfera pública em nosso tempo é sua acentuada dependência do sistema de meios de comunicação, inclusive não apenas a televisão, o rádio e a imprensa, mas todo um espectro de multimídia e de sistemas de comunicação, dentre os quais a internet assume uma importância crescente. Ocorre a transição de uma esfera pública constituída em torno do sistema de mídia. Isto não é bom nem ruim – isso existe. E acarreta consequências consideráveis para a prática da democracia e a relação entre a sociedade civil e o Estado*”. In CASTELLS, Manuel. op. cit., p. 118-119.

¹⁶³COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 329.

¹⁶⁴BUCCI, Eugênio. *A imprensa e o dever da liberdade: a independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 115.

¹⁶⁵Lembra Bucci: “*Até mesmo para que os erros de imprensa se corrijam, o regime de liberdade precisa ser fortalecido – só com mais liberdade de aperfeiçoar o regime da liberdade. Os utopistas autoritários, ainda que não declarem abertamente, veem no erro não um desvio a ser consertado, mas uma prova de que a liberdade é uma regalia, uma vantagem classista que precisa ser desmascarada e destronada . (...) Mas quando autoridades, em nome do governo, proferem julgamentos peremptórios sobre a qualidade do que se publica no país, sobretudo quando se referem à imprensa como se ela fosse um sujeito unívoco, portador de um ideário compacto, geram ruído institucional*”. In BUCCI, Eugênio. op. cit., p. 118-119.

jornalistas, a exemplo do que deliberou a Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254-1964)¹⁶⁶

Frise-se, mais uma vez, que se tornou corrente a aceitação de que os direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Atualmente, reconhece-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos, mas constituem também as próprias bases jurídicas da ordem jurídica da sociedade.¹⁶⁷ Sob esta ótica, constata-se que o dever do Estado não é somente de abster de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros, inclusive com relação à imprensa.¹⁶⁸

E mais, a garantia dos direitos fundamentais não se restringe ao âmbito da relação entre cidadão e Estado; ao revés, incide igualmente nas relações entre os atores privados, no que se convencionou denominar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁶⁹, sendo destacada a importância da mediação legislativa, não só para assegurar o exercício da liberdade de imprensa em face do Poder Público, mas, sobretudo, contra os abusos porventura cometidos em nome desta indigitada liberdade.

De fato, os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de direitos individuais, desempenham outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O ordenamento jurídico deve proteger determinados valores e interesses, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes Estatais. Em outras palavras, essa nova ordem objetiva de valores oferece direção e

¹⁶⁶Neste caso, restou assentado que as pessoas “públicas” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovar não só o que foi publicado é falso, mas também que foi propalado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade. O propósito da liberdade de imprensa era promover robusto, aberto livre debate público.

¹⁶⁷Neste contexto, retomo a lição do mestre português, Canotilho, no que denominou de “*função de prestação social*” e “*função de não discriminação*” das liberdades (direitos) fundamentais, que se traduzem no dever do Estado em assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados na Carta de Direitos, sobretudo no que concerne a igualdade dos cidadãos (última função), direitos e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 408-410.

¹⁶⁸Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.

¹⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.

impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se inclusive, também, sobre todos os ramos do direito e, por corolário lógico, em relação à imprensa e a atividade de informação.

Com relação à liberdade de informação jornalística, o Ministro Gilmar Mendes, após longa digressão sobre doutrina e casos submetidos a Tribunal Constitucional alemão, assentou, em seu voto na ADPF 130, que: *“O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional, que a torna uma verdadeira garantia institucional.”* Nesses casos, conclui o insigne ministro: a atuação do legislador revela-se indispensável para a concretização. Logo, lançadas as bases dogmáticas da natureza jurídica contemporânea da imprensa, impõe-se trazer a definição e os elementos da liberdade de informação jornalística que, por sua vez, projeta-se como corolário lógico das liberdades de imprensa e do próprio pensamento.

3. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA: ORIGEM, NATUREZA JURÍDICA, TITULARIDADE, DIREITO DE OPINIÃO E CRÍTICA

Em primeiro lugar, observo que a liberdade de informação jornalística, na condição de projeção lógica da liberdade de imprensa¹⁷⁰, não deve ser compreendida como simples corolário (efeito) do direito de informar, dimensão mais tradicional desta liberdade fundamental, conforme bem distinguiu o legislador constituinte de Portugal (art. 38, da Constituição Portuguesa¹⁷¹), e o da Alemanha de 1949 (art. 5º, “1” e “2”¹⁷²). Antes, pelo contrário, cuida-se de direito fundamental autônomo, de titularidade difusa¹⁷³, capaz de irradiar de imediato seus efeitos jurídicos, e com previsão expressa em dispositivo constitucional de 1988 (§1º, do art. 220). Além disso, não se restringe a assegurar a simples veiculação de notícias, mas abarca também o direito de todo indivíduo de ser informado e de buscar informação, o direito de crítica, que compreende o juízo valorativo sobre a notícia ou fato jornalístico, e o direito de investigar.

Para melhor compreensão da matéria, imperativo traçar um método de trabalho neste capítulo. Impõe-se alinhar, para tanto, os elementos que integram o objeto e o

¹⁷⁰O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, com base em farta doutrina, assentou em inúmeras oportunidades que a liberdade de imprensa, em razão dessa projeção decorrente da liberdade de pensamento, reveste-se de um conteúdo abrangente, incorporando múltiplas dimensões, a saber: direito de informar, direito de buscar informação, direito de criticar e direito de opinar. Cf. os seguintes julgados do STF: AI 705.530-AGR/SC e AI 690841 AGR/SP.

¹⁷¹“1. É garantida a liberdade de imprensa. 2. A liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.”

¹⁷²“Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, **bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas.** Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a protecção da juventude e o direito da honra pessoal.” (grifei).

¹⁷³E aqui reproduzo a doutrina de Barbosa Moreira sobre a concepção de direito difuso, colhida da obra do Professor Grandinetti: “(...) *transindividual*; não pertence, de modo particularizado, a mim, ao leitor ou a qualquer outro telespectador atual ou potencial, e sim a um conjunto indeterminado... de seres humanos.(...) E não há dúvida de que é indivisível o objeto de semelhante interesse, no sentido de que cada canal, num dado momento, transmite a todo mundo a mesma e única imagem, o mesmo e único so,m, nem se concebe modificação que se dirija só ao leitor, ou só a mim.” In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 105-106.

conteúdo da “informação jornalística”, o seu titular e o regime jurídico. Outrossim, revela-se importante descortinar os objetos da informação suscetíveis de proteção normativa, e invioláveis pela mediação estatal. Antes, porém, necessário também lançar algumas observações importantes. A partir daí, então, viabiliza-se a construção de uma sólida definição desta liberdade fundamental.

O primeiro aspecto é que a liberdade de informação jornalística, apesar de guardar simbiose com a liberdade de expressão, porquanto (ambas) decorrem logicamente da exteriorização (projeção) do pensamento, com ela não se confunde. Isto porque a liberdade de manifestação (ou expressão), como visto alhures, compreende qualquer representação mental de uma coisa concreta, desde críticas políticas até mesmo manifestações poéticas de amor, a evidenciar, pois, uma largueza conceitual mais extensa do que a liberdade de informação jornalística.¹⁷⁴ E mais, segundo alguns teóricos, a diferença entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação repousaria na exigência da pretensa veracidade e imparcialidade da informação, enquanto a liberdade de expressão (em *stricto sensu*), por projetar uma ideia ou opinião, não precisa guardar fidelidade insofismável aos acontecimentos noticiados.¹⁷⁵ Tal perspectiva apresenta, a meu sentir, uma premissa equivocada sobre a pretensa (e inexistente) neutralidade da concepção de verdade nas ciências humanas¹⁷⁶, mas que, por razões evidentes, refoge ao âmbito deste ensaio.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Todavia, a liberdade de expressão apresenta também algumas mitigações na Lei Fundamental, que, contudo, não desnaturam em nada o seu conteúdo.. É o que se extrai, por exemplo, da norma que veda o anonimato (cf. art. 5º, inc. IV). Isso significa que, conquanto proscreva qualquer espécie de censura prévia a exteriorização das ideias, a Constituição proíbe igualmente as manifestações apócrifas, exigindo do indivíduo que assuma a autoria da representação concreta do seu pensamento, justamente para harmonizar o direito fundamentais com outros valores positivados na Constituição de igual estatura fundamental, como, por exemplo, o direito à intimidade e a vida privada e a responsabilidade em caso de violação destes direitos (incisos IV, V e X, todos do art. 5º).

¹⁷⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 36. Cf. também SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectiva de regulação*, cit., p. 14.

¹⁷⁶ O professor Lenio Luiz Streck traz a polêmica estatuída na filosofia, por meio da concepção da verdade de Habermas e Heidegger: “Não há dúvida, pois, que a diferença entre a possibilidade de existir uma resposta correta na hermenêutica e na teoria do discurso é de fundo paradigmático, isto é, a raiz do problema reside na questão da verdade: para hermenêutica filosófica, em face do mundo prático introduzido por Heidegger: (filosofia hermenêutica) e Gadamer (*Verdade e Método*, que pode ser lido como *Verdade contra o Método*), a verdade conteudística (compreendida no so sentido fenomenológico); na teoria do risco do discurso habermasiana, é procedimental; é consenso (sempre ressaltando a tentativa habermasiana de corrigir o conceito de verdade como consenso para a ideia de aceitabilidade racional da argumentação, que é feita em condições ‘quase ideais’).” In STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114-115.

¹⁷⁷ De fato, o equívoco da proposição reside justamente na controvérsia sobre a concepção da verdade, prestes a emergir ao horizonte pela simples percepção de uma suposta realidade do emissário da informação. Neste contexto, Alexandre Sankievicz traz a lição de Perelman e Haberman, ao sustentar que: “A verdade, contudo, não é objetiva e, mesmo nas ciências exatas, já se abandonou a concepção essencialista da

A segunda observação reside na abrangência ontológica entre o direito de crítica, que integra o conceito de informação jornalística, e o direito de opinião, que não está incorporado na liberdade de informação jornalística. Melhor dizendo, a crítica é, antes de tudo, o exercício de juízo de valor (opinião) sobre a notícia jornalística¹⁷⁸, circunscrevendo-se, portanto, ao âmbito do fato noticiado. Logo, o objeto da crítica jornalística, que terá seus contornos delimitados a frente, está vinculado inelutavelmente à informação ou notícia jornalística.¹⁷⁹ Não se trata, aliás, de mera discussão acadêmica ou debate metajurídico despropositado, já que, a depender da natureza da opinião exteriorizada, há tratamento jurídico distinto para assegurar a exteriorização do pensamento, quer no âmbito na liberdade de informação jornalística, como se verá neste ensaio, quer na manifestação valorativa sobre qualquer fato cognoscível pelo indivíduo.¹⁸⁰

No que concerne à titularidade desta liberdade de informação jornalística, convém assentar que a veiculação de notícias e do exercício de crítica não é um direito fundamental oponível somente contra o Estado; tampouco visa assegurar seus efeitos apenas a

*verdade em detrimento de uma teoria que vê o conhecimento como produto de interpretação, da intersubjetividade e do consenso. (...) 47. Perelman destaca que, se nós somos inevitavelmente animais perspectivadores, a procura de todo deve ser obtida por meio da soma de diversas perspectivas. A busca da objetividade possível, depende, inevitavelmente, de um método que garanta um procedimento intersubjetivo, pois, à medida que ocorre o intercâmbio de argumentos, perdem o peso as concepções prévias que se convertem em objeto do próprio discurso (...). 48. Habermas é outro arauto entre os filósofos que adotam a teoria consensual de verdade, segundo a qual alguém somente pode atribuir um predicado a um objeto de qualquer outro que puder entrar num diálogo com o primeiro atribuir ao mesmo predicado. Para ele, a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais, já que não existe relação direta entre os enunciados e o mundo.” In SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 29. Cf também a obra de Luiz Streck, *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, cit.*

¹⁷⁸ Hegel traça a definição de opinião pública como a liberdade subjetiva formal de os indivíduos terem e exprimirem os seus juízos próprios, a sua própria opinião sobre assuntos públicos. E assevera que, apesar de conter princípios eternos da justiça, como o conteúdo verídico, traz também incertezas e falsos conhecimentos e juízos: “(...) quanto pior for o conteúdo de uma opinião ou de uma informação, quanto pior for o conteúdo de uma opinião mais própria será ela do indivíduo, pois o mal é o que há de completamente particular em seu conteúdo. O racional, pelo contrário, é o universal em si e para si. Ora, o particular é aquilo em que a opinião se baseia.” In HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*, cit., p. 288-289.

¹⁷⁹ Neste contexto, Vital Serrano Nunes Junior enfatiza: “*Implicando um juízo de valor, é indisputável que a crítica nada mais é do que um veículo da opinião. Só que, na hipótese vertente, o direito de opinião não se oferece desapegado de qualquer circunstância; ao contrário, pode-se dizer que o direito de crítica é o direito de opinião aplicado à informação jornalística, visto que a opinião veiculada deve se referir ao fato noticiado, ou seja, à notícia jornalística. Em se tratando, por exemplo, de uma conclusão filosófica despida de conteúdo noticioso, é evidente que, mesmo tendo sido publicada em jornal, dirá respeito ao direito de opinião, isoladamente considerado ou em concorrência com o direito de comunicação, mas não ao direito de informação jornalística.*” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Ed. Verbetim, 2011. p. 55-56.

¹⁸⁰ É forçoso reconhecer que o espectro de proteção constitucional destinado a tutelar a liberdade de expressão é superior ao da liberdade de informação jornalista. Tanto assim que o legislador constituinte cuidou de impor expressamente certas limitações a esta última em determinadas ocasiões, mas não em relação a primeira. É que se extrai, v.g., da leitura do art. 139, da CF 88, que trata do regime jurídico na vigência do estado de sítio, e a ressalva prevista no §1º, do art.220.

determinado grupo econômico responsável pela emissão ou veiculação das informações. O conhecimento de fatos, de acontecimentos de interesse público e por fontes de acesso geral¹⁸¹, é direito fundamental de titularidade difusa, que deve ser assegurado pelo Poder Público no exercício do seu papel circundante, extraíndo, neste sentido, densidade normativa de inúmeros dispositivos constitucionais, v.g. incisos IV, V, IX e XXXIII, do art. 5º, §1º, do art. 37 e art. 220 e seu §1º, da Carta de Direitos de 1988.¹⁸²

Lembra Dworkin, neste sentido, que: *“A teoria dominante entre os constitucionalistas norte-americanos supõe que os direitos constitucionais de livre-expressão - inclusive a liberdade de imprensa, que, na linguagem constitucional, significa qualquer expressão tornada pública, e não apenas dos jornalistas – destinam-se a proteção do público. Isto é, protege não quem fala ou escreve, mas o público que se deseja atingir. Segundo essa visão, jornalistas e outros atores estão protegidos da censura para que o público em geral possa ter acesso à informação de que necessita para votar e conduzir seus negócios de maneira inteligente.”*¹⁸³

Neste contexto, destaco novamente a precursora doutrina do autor norte-americano, Alexander Meiklejohn, sobre a interpretação da Primeira Emenda da Constituição Americana, em que defende a primazia da liberdade de expressão senão como uma necessária garantia da livre discussão pública e do autogoverno popular. Assinala que a proibição estatuída na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos faz referência

¹⁸¹Pieroth e Schlink lembram, na esteira da definição do art. 5º, que fontes de acesso geral, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, são aquelas que estão aptas e destinadas *“a proporcionar informações ao público em geral, portanto a um grupo de pessoas não determinável individualmente. Nesse caso, a aptidão e o estar destinada para informação ao público têm de ser efetivos ou técnicos, como formulou o Tribunal Constitucional Federal, uma vez que, de outro modo, o Estado poderia decidir, por meio de regulações ou de medidas jurídicas, sobre a acessibilidade geral de uma fonte de informação e, por via de uma restrição antecipada do conceito de ‘fontes de acesso geral’”, iludir os limites do art. 5º, n.2”*. (In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 270).

¹⁸²Neste sentido, reproduzo o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário (RE) n.º 511961, em que foi declarada a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, no Ministério do Trabalho: *“A própria formulação do texto constitucional — ‘Nenhuma lei conterá dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’ - parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. O texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.”*

¹⁸³In DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 574.

à edição de leis que violem a liberdade de imprensa, mas não alcança a legislação que visa justamente a sua promoção e integral realização na sociedade.¹⁸⁴

De fato, a informação jornalística passa a se revestir de instrumento necessário na instância de comunicação de público em geral, com o propósito oficial de promover o debate mais amplo sobre a infinidade de matérias, bem como a influenciar a formação do que se convencionou chamar de opinião pública¹⁸⁵, notadamente frente à denominada crise do sistema representativo como palco das decisões políticas¹⁸⁶. É por meio da informação jornalística plural e desinibida que os cidadãos, efetivos titulares deste direito, adquirem consciência dos percalços e inquietudes *da polis*. Enlaça-se, portanto, essa dimensão instrumental da liberdade jornalística com os pressupostos do regime democrático, mantendo com ela a mais arraigada simbiose e relação de dependência recíproca.

Trata-se, como se vê, de medida essencial para o aperfeiçoamento do regime democrático, já que o maior acesso à informação está diretamente ligado ao aumento do controle social dos poderes constituídos pelos cidadãos.¹⁸⁷ É lícito concluir, portanto, nesta

¹⁸⁴“Congress shall make no law abridging the freedom of speech says the First Amendment to the Constitution. As we turn now to the interpreting of those words, three preliminary remarks should be made. First, let it be noted that, by those words, Congress is not debarred from all action upon freedom of speech. Legislation which abridges that freedom is forbidden but not legislation to enlarge and enrich. The freedom of mind which benefits the member of a self-governing society is not a given and fixed part of human nature. It can be increased and established by learning, by teaching, by the unhindered flow of accurate information, by giving men health and vigor and security, by bringing them together in activities of communication and mutual understanding. And the federal legislature is not forbidden to engage in that positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so obviously depends. On the contrary, in that positive field the Congress of the United States has a heavy and basic responsibility to promote the freedom of speech.” In MEIKLEJOHN, Alexander. op. cit., p. 19-20.

¹⁸⁵É o que propugna Tocqueville sobre a simbiose entre a soberania popular e a liberdade de imprensa: “*The sovereignty of the people and the liberty of the press may therefore be looked upon as correlative institutions; just as the censorship of the press and universal suffrage are two things which are irreconcilably opposed, and which cannot long be retained among the institutions of the same people*” In TOCQUEVILLE, Alexis de. op. cit., p. 287).

¹⁸⁶O professor Fábio Konder Comparato assinala bem o diagnóstico sobre a realidade brasileira: “(...) Ora, os órgãos do Executivo, como ninguém ignora, deliberam e decidem sempre a portas fechadas. Os Parlamentos tornaram-se, hoje, na quase totalidade dos países, mero ratificadores das decisões políticas previamente tomadas na esfera do Executivo. O verdadeiro locus de deliberação política passou a ser, assim, aquele oferecido pelos veículos de comunicação de massa. Mas, evidentemente, ele não é público, e sim privado. (...) não há realmente debate, pois este supõe uma liberdade de se proporem questões, isto é, de se fixar a agenda, como dizem os norte-americanos. Ora, as matérias que vêm a público através dos meios de comunicação de massa, não são propostas pelos cidadãos, mas pelos controladores desses órgãos. Até mesmo no Parlamento, os grandes jornais, ou as grandes redes de televisão, são capazes de influenciar o processo legislativo, ou a atividade fiscal, propondo questões que, em seguida, tornam-se objeto de comissões parlamentares de inquérito, ou de projetos de lei. E quando estes não convêm ao interesse das grandes empresas de comunicação, são sistematicamente desmoralizadas sob a indelével pecha de responderem a interesses pessoais dos parlamentares.” In COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 321-322.

¹⁸⁷Rui Barbosa, ao comparar a atividade da imprensa (informação) com o aparelho respiratório humano, enfatiza com maestria as consequências danosas à sociedade em caso de degeneração da atividade: “Entre

primeira etapa, que o titular da liberdade é o indivíduo, genericamente considerado¹⁸⁸, compreendendo tanto o emissor quanto o destinatário das informações, ainda que apresentem matizes jurídicas de proteção divergentes, como se verá no capítulo seguinte, e sem prejuízo do risco assinalado por Dworkin, no sentido de tornar vulnerável a liberdade de informação caso prevaleça o fundamento “direito de saber” dos cidadãos como seu alicerce dogmático.¹⁸⁹

Consolida-se, portanto, o indivíduo, abstratamente considerado, como verdadeiro titular da liberdade de informação, quer no sentido jurídico-liberal de emissor de notícias (direito de informar), quer na condição de “receptor-social” da informação, traduzido no direito de ser informado e de buscar informação do seu interesse. A maior prova desta assertiva (constituindo dever do Estado assegurá-la) ocorreu por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 511961, oportunidade em que o STF declarou a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, no Ministério do Trabalho. Restou deliberado, neste contexto, que o jornalismo é a própria manifestação e difusão do

as sociedades modernas, esse grande aparelho de elaboração e depuração reside na publicidade organizada, universal e perene: a imprensa. Eliminaí-a da economia desses seres morais, eliminaí-a, ou envenenai-a, e será como obstruísseis as vias respiratórias a um vivente, o pusésseis no vazio, ou o condenásseis à inspiração de gases letais. Tais são os que uma imprensa corrupta ministra aos espíritos, que lhe respiram as exalações perniciosas. Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições” In BARBOSA, Rui. op. cit., p. 34-35.

¹⁸⁸ Pieroth e Schlink, ao analisarem o texto constitucional alemão, precisamente no que concerne ao art. 5º, “1”, primeira parte (“*Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral*”), trazem a definição apropriada de “acesso geral”, que se mostra vinculada ao direito de ser informado dos indivíduos: “*Uma fonte de informação é de acesso geral, quando ‘está apta e destinada a proporcionar informações ao público em geral, portanto a um grupo de pessoas não determinável individualmente’*”. Advertem, no entanto, sobre a limitação da ingerência: “*Protegida de maneira positiva encontra-se a informação proveniente de fontes de informação de acesso geral, isto é, a simples recepção e a obtenção ativa, com os seus necessários pressupostos (...). No entanto, o Estado e também as instituições de radiodifusão de direito público não estão obrigadas a arranjar e a apresentar ao cidadão informações disponíveis. A par da liberdade positiva, também aqui temos de reconhecer uma liberdade negativa. Esta liberdade consiste na proteção contra a informação inevitavelmente imposta*” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 270-271).

¹⁸⁹ Aduz o autor: “*É claro, porém, que esses apelos ao bem-estar geral do público convidam á resposta de que, em alguns casos, o interesse real do público, comparativamente, seria mais bem atendido pela censura que pela publicação. Pelo contrário, se a Primeira Emenda se limita à proteção essencial ao falante, pode oferecer, ao recorrer a direitos individuais e não ao bem –estar geral, um princípio de Direito forte o suficiente para fornecer significativa proteção em um caso que verdadeiramente diz respeito à Primeira Emenda (...). Mas se a emenda torna-se muito ampla, só pode ser definida com fundamentos de política, como os apresentados por Brennan. Isto é, só pode ser defendida com fundamentos que a deixam mais vulnerável justamente quando ela é mais necessária.*” DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 579-580.

pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada, e que, portanto, qualquer restrição apriorística em relação à qualificação do profissional poderia incorrer em censura prévia¹⁹⁰.

Logo, se é certo que lei alguma pode embaraçar ou restringir o exercício da liberdade de informação jornalística, conforme prescrição constitucional (cf. o caput e o §1º, do art.220, da CF/88¹⁹¹), ressalvado, evidentemente, as exceções previstas no indigitado dispositivo, é perfeitamente válida, e constitui verdadeiro imperativo categórico, a edição da lei para disciplinar certos aspectos periféricos ou circundantes da mediação estatal sobre a liberdade de informação jornalística, a fim de assegurar o debate amplo, plural, desinibido, sobretudo para que as pessoas possam tomar conhecimento das grandes questões, e não somente sobre a “política dos escândalos”¹⁹².

Cuida-se, a meu ver, de consequência lógica do princípio do pluralismo político, previsto no art. 1º, inc. V, da Constituição Federal de 1988. Afinal, a maior participação nas decisões políticas pressupõe justamente canais de informações plurais, abertos, de fácil acesso à população, composto por maior número de vozes. O receptor das informações, portanto, deixa de ser simples destinatário, ou sujeito passivo, e passa a ter um papel de

¹⁹⁰Neste sentido, o voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes: “O ponto crucial é que o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada.” Destaca-se também o voto do Ministro Cezar Peluso: “Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.”

¹⁹¹“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constitui 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.” Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca reserva legal qualificada, uma vez que a Constituição, neste capítulo, remete ao próprio texto constitucional para o exercício da regulamentação, visando assegurar também os direitos ali identificados (direito de resposta, intimidade, privacidade etc.). Como bem mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário n.º 511961: “A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo. Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII). Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.”

¹⁹²In CASTELLS, Manuel. op. cit., p. 98-99.

protagonista na esfera de comunicações, adquirindo direito subjetivo à informação.¹⁹³ Observo que, ainda que com alcance limitado aos órgãos e entidades públicas da Administração Pública Direta e Indireta, além das instituições privadas em fins lucrativos que auferem recursos públicos, a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, cuidou de regulamentar o acesso à informação, em atendimento ao disposto no XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, como direito subjetivo do cidadão.

Daí decorre, segundo alguns teóricos, o direito difuso de obter a notícia verdadeira¹⁹⁴, ou, a meu ver, o direito à veiculação dos fatos de interesse público com maior objetividade possível¹⁹⁵, por todos os veículos de comunicação que se dispõem a exercer a atividade de informar. Isto porque é impossível alcançar a neutralidade absoluta da notícia,¹⁹⁶ além do que qualquer embaço ou controle preventivo para aferição da veracidade irá se revestir da mais genuína (e inconstitucional) censura. De todo modo,

¹⁹³Neste sentido, a doutrina de L.G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, in verbis: “São esses novos aspectos que vem contidos no direito de informação, que, agora, passam a integrar o direito à liberdade de informação, indissociavelmente ligados como as duas faces de uma mesma moeda. Abandona-se o postulado negativo da livre imprensa para um positivo do direito de informação. O recebedor deixa de ser um sujeito passivo do processo informativo. Imitado na massificação dos órgãos de comunicação, e recompõe-se como um sujeito ativo, sujeito de direitos, titular do direito de ser informado... e de ser bem informado.” In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 83-84.

¹⁹⁴É a doutrina de L.G. Graninetti que, ao diagnosticar o problema do monopólio do direito de informar a certas categorias de pensamento, alicerçado também no estudo do direito comparado, propõe um dever de verdade para mitigar os efeitos desta concentração. Preconiza: “Onde fica, a esse passo, a liberdade de ser informado? Que liberdade de informação é essa? Se a causa é de difícil superação, a consequência desta circunstância de fato – a notícia consentida – pode ser mais bem domada pelo Direito, que contra ela tem maior poder de fogo. Um bom início é exigir por parte da imprensa um dever de verdade.” In Id. Ibid., cit., p. 92-93.

¹⁹⁵Neste sentido, destaca-se a lição de Rui Barbosa, sobre o preço da verdade: “Três âncoras deixou Deus ao homem, o amor da pátria, o amor da liberdade, o amor da verdade. Cara nos é a pátria, a liberdade, mais cara; mas a verdade, mais cara que tudo. Pátria cara, carior-Libertas, Veritas caríssima. Damos a vida pela pátria. Deixamos a pátria pela liberdade. Mas pátria e liberdade renunciamos pela verdade. Porque este é o mais santo de todos os amores. Os outros são da terra e do tempo. Este vem do céu, e vai à eternidade” In BARBOSA, Rui. op. cit., p. 60-61.

¹⁹⁶A influência do emissor da mensagem ou notícia, ainda que involuntária, nunca é afastada por completa na afirmação factual. Eugenio Bucci reproduz texto “O jornalismo na Radiobrás”, confeccionado em 2005, que trata também da objetividade possível na atividade de informar: “(...) Essa palavra, objetividade, merece algumas considerações em destaque. Ela tem servido, às vezes, de biombo para projetos que empobrecem o discurso jornalístico, esvaziando sua carga humana, numa assepsia de suas emoções. Não é nessa perspectiva que falamos em objetividade. Nós a consideramos uma virtude. (...) Objetivo é, rigorosamente, o discurso que decorre do objeto. Um discurso objetivo é determinado pelo fenômeno a ser descrito, quer dizer, é determinado pelo objeto da reportagem. No outro extremo, um discurso subjetivo é determinado antes pelas condições do sujeito que o enuncia. Claro que não existe a objetividade pura ou absoluta, já sabemos; tudo que guarda algum vínculo com a ação humana tem inevitavelmente elementos de subjetividade. Isso, contudo, não invalida a busca da verdade factual. Ao contrário, é exatamente porque temos consciência da subjetividade que compreendemos a necessidade de buscar a objetividade. Pra assegurar maior sucesso na busca da objetividade, protegendo-a da subjetividade que serve de desculpa para todo tipo de partidismo, o trabalho em equipe é indispensável.” BUCCI, Eugênio. op. cit., p. 109-110.

operou-se incontestável quebra de paradigma axiológico da liberdade clássica do direito à informação¹⁹⁷, fato este que não se exige da simples liberdade de expressão ou de opinião, justificando-se, desse modo, a mudança da postura jurídica (papel) do Estado, que não irá se limitar mais ao aspecto negativo ou de simples observador (abstenção) das regras do mercado. A mediação não poderá importar, no entanto, direta ou pela via oblíqua, em violação ou embaraço do núcleo essencial da liberdade da informação jornalística.

Neste contexto, José Afonso da Silva expõe com precisão cartesiana: “*A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial.*”¹⁹⁸ Ou, ao menos, constituída por juízos de verossimilhança e probabilidade, já que não ignoro que a comunicação dos fatos nunca será integralmente neutra.¹⁹⁹

E se é certo que ao Estado é proscrito interferir no conteúdo ou na linha editorial de qualquer meio de comunicação, ressalvadas, é claro, as exceções previstas na própria Carta de Direitos de 1988²⁰⁰, não é menos exato afirmar que ao Poder Público recai o verdadeiro dever de promover medidas concretas para a ampliação das vozes excluídas na instância de comunicação (objeto do capítulo próprio), como se verifica, v.g, na edição da Lei n.º 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária.

¹⁹⁷ A leitura de alguns textos constitucionais reforçam essa mudança da leitura da liberdade, v.g., ao art. 37, I, da Constituição Portuguesa (“*Todos têm o Direito de exprimir o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de ser informado e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações*”), e o art. 20, 1., item “d” da Constituição da Espanha (“1. São reconhecidos e protegidos os direitos: ...d) de comunicar e receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão...”).

¹⁹⁸ In SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 824.

¹⁹⁹ Alexandre Sankiewicz, neste sentido, traz a doutrina de Edwin Baker: “*Diferentes concepções de mundo fazem com que diferentes fatos sejam importantes para diferentes grupos. Assim, uma apresentação responsável da realidade requer escolhas fundadas em perspectivas individuais. Ante divergências mais acentuadas, os mesmos fatos possuirão diferentes significados. A mídia não pode simplesmente conferir aos fatos uma objetividade absoluta porque o contexto relevante irá variar de acordo com cada grupo. A cobertura dos fatos requer dos repórteres atitudes responsáveis, mas apenas a ausência de profundas divergências sociais ou a falha de reconhecer a existência dessas divergências fazem a objetividade jornalístico parecer um conceito não emblemático.*” (In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 16).

²⁰⁰ De fato, não obstante a Constituição da República não ter reproduzido o disposto nos textos constitucionais anteriores (Constituição Brasileira de 1934, art. 113²⁰⁰ e Constituição Brasileira de 1946, art. 141, §5º²⁰⁰), tenho que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação jornalística e a liberdade de imprensa haveriam de se exercer de modo compatível com os valores direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental, deixando antever a possibilidade da mediação legislativa. Afinal, qual o sentido e alcance da formulação do texto constitucional – “*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*” – senão a proscrição apriorística a censura, mas, ao mesmo tempo, a ausência de impedimento à mediação legislativa justamente para promover a liberdade de imprensa, pulverizando o acesso à informação, de modo a estimular o debate desinibido e robusto sobre as decisões políticas fundamentais.

O objeto central da informação, como se vê, é a notícia ou mensagem, o exercício da crítica sobre os fatos noticiados, e, para alguns, a propaganda²⁰¹ e a sátira humorística.²⁰² O substantivo informação tem sentido e alcance mais extenso do que o conceito tradicional de imprensa, como analisado no capítulo anterior. Neste sentido, baseado no estudo da jurisprudência da Corte Constitucional sobre a primeira frase do art. 5º, “1”²⁰³, da Lei Fundamental alemã, Pieroth e Schlink, lembram que a própria fonte de informação (suporte possível) é, ao mesmo tempo, objeto da informação, e que há ingerências (descabidas) quando o acesso à informação é proibido em termos definitivos, ou quando diferido no tempo, bem como o “*apuramento e o registro pelo Estado da fonte de informação de que se servem os cidadãos.*”²⁰⁴

O próprio legislador brasileiro, ao regulamentar o exercício do acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, por meio da edição da Lei n.º 12.527 de 18 de novembro de 2011, trouxe densidade normativa ao conceito de informação (art. 4º, I), consubstanciado em “*dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.*”²⁰⁵

²⁰¹ A meu sentir, a inclusão e a proteção se mostram devidas já que o legislador constituinte fez referência expressa a propaganda no §4º, do art. 220, ainda que para autorizar certas restrições no caso de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Lembra Rafael Lorenzi-Fernandez Koatz os motivos da inserção no âmbito da proteção da norma: “*As razões alinhadas são as seguintes: (i) as liberdades de expressão não se limita a proteger temas considerados de interesse público. Em verdade, abrange todos os subsistemas sociais, inclusive o econômico; (ii) diversas outras atividades comunicativas desenvolvidas por particulares também visam ao lucro. Não obstante isso, ninguém ousa afirmar que tais atividades estariam fora do escopo de proteção das liberdades de expressão e de imprensa; (iii) a publicidade não é único tipo de discurso que tenta influenciar condutas individuais. Em todos os domínios, as diferentes formas de comunicação tentam, em maior ou menor grau, exercer esse tipo de influência sobre os comportamentos humanos (...)*” (In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 417).

²⁰² Refiro-me ao julgamento da ADI n.º 4.451, ajuizada pela ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), em face dos incisos II e III(em parte), do art. 45, da Lei Eleitoral (Lei n.º 9.540/97), que vedam, a partir do dia 1º de julho, a realização de trucagens e montagens bem como a difusão de opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos, partidos ou coligações.

²⁰³ “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral.” Tradução extraída do sítio da Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil. REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA NO BRASIL. *Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html>.

²⁰⁴ In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, cit., p. 269-279.

²⁰⁵ A lei em destaque se arvora também em trazer definições sobre documento, informação sigilosa, informação pessoal, tratamento da informação, disponibilidade, autenticidade integridade e primariedade. É o que se extrai da simples leitura do art. 4º do diploma normativo. O Ministro Ayres Britto, em seu voto na ADPF n.º 130, que declarou a ausência de recepção da antiga Lei de Imprensa, traz importante contribuição sobre o objeto da atividade jornalística. “(...) *No caso da imprensa, comunicar, transmitir, repassar,*

Nesta perspectiva, o significado e alcance de notícia ou informação, traduzida por fatos ou acontecimentos de interesse público que deverão ser veiculados ao indivíduo, por qualquer meio de comunicação, para viabilizar a autodeterminação do povo²⁰⁶, comporta certo alargamento conceitual na atualidade, sobretudo no que concerne à cláusula geral “de interesse público”.²⁰⁷ Isto porque, segundo os valores de cada sociedade, fatos que aprioristicamente não interferem nas decisões políticas na sociedade poderão, no entanto, tornar-se notórios, quer pela sua própria dimensão (v.g. prática de crimes), quer pela notoriedade conquistada pelo indivíduo, desde agentes públicos até pessoas que se desatacam pelas suas atividades profissionais.²⁰⁸

divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos.”

²⁰⁶Para Grandinette, “informar é pôr em forma, ordenar: “A imprensa é a responsável, de certa forma, por ordenar a sociedade, no sentido de difundir os acontecimentos socialmente relevantes, de repartir o progresso social na medida em que torna as pessoas cientes dos avanços técnicos, culturais etc” In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, cit., p. 100-101.

²⁰⁷Lembra Vidal Serrano sobre a matéria, ao tratar da mitigação do direito de privacidade: “E mesmo eventual comportamento difamatório ficaria a depender das circunstâncias do caso concreto, visto que o direito de privacidade, na hipótese, poderia se quedar esmaecido, seja notoriedade do fato (o que investiria a comunidade no direito de ser informada e o órgão informante no de informar), seja pela notoriedade da pessoa envolvida com o fato, visto que não se pode atribuir o mesmo nível de privacidade a um cidadão comum e a alguém que, por vontade própria, quis ingressar na vida pública e, assim, sujeitar-se ao julgamento valorativo de seus concidadãos.” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*, cit., p. 55. Dworkin também reproduz o alargamento conceitual da figura pública pela Suprema Corte Americana, após a aplicação da regra extraída do caso *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254-1964) em que restou assentado que as pessoas “públicas” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovarem não só o que foi publicado é falso, mas também que foi propalado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade. Informa que “os astros de cinema, por exemplo, foram classificados como figuras públicas e assim têm de arcar com o ônus de provar malícia efetiva dos tabloides que publicam reportagens falsas a respeito deles.” In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 338.

²⁰⁸De fato, há muito restou superada a concepção de homem público delineada por Rui Barbosa: “(...) Como tal, o homem público é o homem de confiança dos seus concidadãos, o de quem eles esperam a ciência e o conselho, a honestidade e a lisura, o desinteresse e a lealdade; é o vigia da lei, o amigo da justiça, o sacerdote do civismo. Não pode ser composto de uma tribuna e uma alcova, de uma escola e um balcão, de uma pena e uma gazua, de uma consciência e uma máscara. (...) Logo, senhores, se o homem público há de viver na fé que inspirar aos seus concidadãos, o primeiro, o maior, o mais inviolável dos deveres do homem público é o dever da verdade: verdade nos conselhos, verdade nos debates, verdade nos atos; verdade no governo, verdade na tribuna, na imprensa e em tudo verdade, verdade e mais verdade” In BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*, cit., p. 71. Neste sentido, o Professor Vital Serrano também esclarece: “Efetivamente, da realidade cotidiana, segundo um sistema de referências próprio de cada comunidade, se extraem fatos que, por variadas razões, ingressam no território do interesse público. Esses fatos, por conceito social, tornam-se notáveis, seja ela sua própria dimensão, seja ainda por advirem de pessoa de notoriedade social, um homem público ou um grande artista. É evidente que dentro desse espectro significativo se alocam incontáveis situações, que podem abranger desde uma medida de impacto econômico do governo, até um episódio criminal na vida de um político de renome” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 54-55.

Por se tratar de relatos sobre acontecimentos de interesse público, que não externam juízos de valores, emergiria também um “dever de verdade” dos órgãos e veículos de comunicação, a fim de evitar publicação das opiniões ou de propaganda como se fosse notícia²⁰⁹. Evidentemente, no entanto, como visto acima, apesar de não pretender entrar na seara metafísica sobre a “verdade”²¹⁰, a veiculação de notícias jamais irá se constituir de neutralidade absoluta, já que o emissor da mensagem não está inserido em uma redoma impenetrável, fora da influência dos valores e costumes radicados numa sociedade. E pior: exigir a publicação da verdade absoluta, sob pena de responsabilização posterior, poderá inviabilizar, talvez, a própria atividade jornalística, já que o emissor não tem como apurar, em muitos casos, embora fosse recomendável, a confirmação incontestada da notícia.²¹¹

Neste contexto, sem prejuízo da análise pormenorizada no capítulo sobre direito comparado, observo que o famoso caso *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254-1964) assentou uma profunda transformação na jurisprudência da Suprema Corte Americana²¹². Restou decidido, em breve síntese, que a demonstração da verdade das informações desabonadoras aos agentes políticos se mostra insuficiente para gerar o dever de indenizar, porquanto, no limite, inviabilizaria o próprio exercício da atividade jornalística, na medida em que nem sempre se mostra possível a demonstração tempestiva da veracidade das informações no mundo contemporâneo. Assim sendo, restou assentado pelo voto do Juiz

²⁰⁹Nesse sentido, Grandinetti assinala bem: “É evidente que a exigência da verdade não é matemática. O que se deve buscar é uma informação veraz, que reúna os requisitos para ser crível, que tenha probabilidade objetiva de ter ocorrido. Ou seja, reivindica-se, assim, a diligência do informador em emendar todos os esforços para atingir a verdade, de boa-fé, com transparência e obstinação, ainda que não lhe tenha sido possível atingi-la por inteiro.” In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 114. Vital Serrano leciona, por seu turno, sobre as consequências da inobservância a objetividade: “O que se afirma, portanto, é que a notícia, quando veiculada sem agregação da crítica, é isenta de valores. Dessa maneira, ao seu emissor nunca se poderá imputar comportamento calunioso ou injurioso, posto que esse pressupõe juízo de desvalor da vítima (que, mesmo em tese, só seria possível em eventual abuso de direito de crítica) aquele se ressentido da irrogação de fato que, além de previsto como criminoso, não é verdadeiro, o que, evidentemente, pressuporia uma informação disfuncional” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 54-55.

²¹⁰E aqui recomendo a leitura da obra de Lenio Luiz Streck, *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, cit.

²¹¹Lembra Alexandre Sankiewicz: “De um lado, a comunicação de fatos nunca é uma atividade neutra, mas sempre será influenciada pela perspectiva do observador. Divergências entre testemunhas numa audiência e mesmo entre peritos sobre o objeto analisado são apenas alguns exemplos de como a subjetividade afeta a objetividade do mundo real e ajuda criar versões distintas sobre a mesma realidade.” E ao citar a doutrina de Luiz Roberto Barroso, sentencia: “No mais, a exigência de que a informação divulgada pela mídia seja sempre amparada por verdades incontestáveis, além de impedir o próprio processo de discussão, chegaria a inviabilizar a própria atividade jornalística, marcada por, que de verossimilhança e probabilidade” In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 16.

²¹²Enfatizou Dworkin: “O caso *Sullivan* entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda” (In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 317).

Brennan que as pessoas “públicas” só poderão receber indenização por calúnia ou difamação se comprovarem não só o que foi publicado é falso, mas também que foi propalado com malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade. O propósito da liberdade de imprensa era promover “*robusto, aberto e livre debate público*”²¹³

No ordenamento jurídico brasileiro, o que se exige do jornalista, ou indivíduo responsável pela atividade de informar, é o dever de objetividade, traduzido pelo dever de não distorcer, inventar ou encenar afirmações factuais, empreendendo desmedidos esforços para conter suas inclinações pessoais e ideológicas, procurando fontes diversificadas e idôneas de informação, retificando a informação em caso de erro, de forma imediata e com o mesmo destaque.²¹⁴

O direito de crítica, por sua vez, está incorporado na liberdade de informação jornalística, notadamente na dimensão da liberdade de informar, e compreende um juízo de valor²¹⁵ que, impregnando a notícia ou recaindo separadamente sobre ela, formaliza um conceito, positivo ou negativo, sobre acontecimento ou opinião²¹⁶ Evidentemente, além de se revestir de caráter subjetivo, afirmam os teóricos que não só o emissor da opinião jornalística é protegido pelo texto constitucional, mas também ao destinatário é assegurado o direito de recebê-la.²¹⁷ Além disso, embora apresente um regime

²¹³Trata-se de clássica assertiva extraída do voto condutor do Juiz Brennan: “*Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open, and that it may well include vehement, caustic and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public official.*”

²¹⁴Alexandre Sanckiewicz, reproduz o arcabouço do Código de Ética dos jornalistas no Brasil: “*De acordo com a norma, compete ao profissional do jornalismo zelar pela objetividade da informação, realizando, entre outras, as seguintes atividades: a) ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas; b) buscar provas que fundamentem as informações de interesse público; c) informar claramente à sociedade quando suas matérias tiverem caráter publicitário ou decorrerem de patrocínios ou promoções; d) rejeitar alterações nas imagens captadas que deturpem a realidade, sempre informando ao público o eventual uso de recursos de fotomontagem, edição de imagens, reconstituição de áudio ou quaisquer outras manifestações e e) promover a retificação das informações que se revelem falsas ou inexatas e defender o direito de resposta às pessoas ou organizações envolvidas ou mencionadas em matérias de sua autoria ou por cuja publicação foi responsável.*” In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 196.

²¹⁵Para Bodo Pieroth e Bernhard Schlink: “*Expressões de opiniões são, em primeiro lugar, juízos de valor, independentemente do objeto a que se reportam e do conteúdo que apresentam. Podem dizer respeito a assuntos políticos ou não políticos, a assuntos públicos ou privados e podem ser razoáveis ou não razoáveis, com ou sem valor.*” (In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 265).

²¹⁶Trata-se de conceito preconizado por Vital Serrano In *Direito e jornalismo*, cit., p. 91.

²¹⁷É a doutrina de Pieroth e Schlink, que, no entanto, fazem a necessária ressalva com relação ao texto constitucional alemão. “*Ao destinatário não está garantido o direito à recepção por via do art. 5º, n.1, frase 1, componente 1, mas tão só por via da liberdade de informação prevista no art. 5º, n. 1, frase 1, componente 2, isto é, na medida em que se trata de recepção provenientes de fontes de acesso geral*” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 268.

jurídico geral, pode se submeter a “variações específicas”, de acordo com os caracteres da modalidade de crítica.²¹⁸

Não ignoro, entretanto, a dificuldade em apurar a natureza jurídica da informação, se isenta ou não de juízo de valor. Neste contexto, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink advertem a dificuldade enfrentada. Afirmam “*Mas a afirmação fatural está, geralmente, ligada (pelo menos de forma implícita) a um juízo de valor daquele que afirma. Desde logo, a decisão de fazer uma afirmação fatural, quando, onde e como a fazer, tem uma qualidade valorativa. (...) Na doutrina, a delimitação entre afirmações fatuais e juízos de valor é, geralmente e em parte, considerada impossível*”²¹⁹” Noticiam que o Tribunal Constitucional Federal segue um caminho intermediário ao proteger qualquer juízo valorativo ligado a afirmações fatuais. Todavia, simples informações, que não estão vinculadas a juízo de valor, quando manifestamente falsas, não estão protegidas pela Constituição alemã. Mas os autores fazem a seguinte ressalva sobre a demonstração da verdade no exercício dos juízos de valor: “*(...) Para além disso, para o âmbito de proteção, isso não pode depender das provas de verdade, isto é, da exatidão objetiva dos fatos; a liberdade de opinião é também sempre a liberdade de errar. Também está protegida a pergunta, tanto a pergunta retórica como a pergunta verdadeira.*”²²⁰

De todo modo, o direito ao exercício de crítica está protegido no núcleo da liberdade de informação, o que implica, por corolário lógico, na vedação de qualquer embaraço preventivo. Neste sentido, reproduzo trecho do voto do Ministro Cales Ayres Britto, n ADI 4.452, julgado em 02 de setembro de 2010, que faz menção à doutrina de Luciana Lossio, alardeando a essencialidade do pensamento crítico: “*(...) que é aquele mentalmente elaborado ou fruto de uma profunda reflexão. O pensamento crítico não é aquele pensamento açodado, superficial, arbitrário. E exatamente por ser elaborado é que ele tem um efeito emancipatório, tem um efeito libertador. De sorte que falar de pensamento crítico e imprensa livre é falar da mesma coisa. Não há imprensa livre senão a partir de um pensamento crítico. O pensamento crítico, de tão essencial à imprensa, não é nem uma característica; é uma inerência. Não é algo que pertine à imprensa. É da compostura dela. Faz parte da compostura da imprensa livre.*”

²¹⁸ Conferir a doutrina de Vital Serrano In *Direito e jornalismo*, cit., p. 91-103.

²¹⁹ In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 266.

²²⁰ In Id. Ibid., p. 267.

Observo, por fim, que o conteúdo e núcleo essencial da liberdade de informação jornalística, sem prejuízo das conhecidas classificações adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²²¹, tem seu alicerce dogmático nas seguintes dimensões: (i) no direito de informar ou veicular notícias, por qualquer meio ou veículo de comunicação, observadas às limitações constitucionais impostas aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (televisão e rádio); (ii) o direito de ser informado e de buscar informação; (iii) o direito de crítica; (iv) o direito de investigar; e serão analisados a seguir.

3.1. Dimensões da liberdade de informação jornalística

A liberdade de informação apresenta atualmente cinco dimensões bem definidas, a saber: (i) liberdade de informar; (ii) liberdade de ser informado; (iii) liberdade de buscar informação²²², (iv) liberdade de investigar; (v) e liberdade de criticar. A sua titularidade é difusa²²³, não exclusiva dos jornalistas ou veículos de comunicação²²⁴. Isto significa, em outras palavras, que a proposição liberal da liberdade de informação, traduzida na faculdade subjetiva de transmitir informação, garantindo, desse modo, ao emissário da informação irrestrita discricionariedade para a exteriorização da sua vontade, e no momento que julgar adequado, não se mostra mais suficiente para a materialização do direito fundamental em exame, previsto expressamente nos incisos IX (é livre a expressão

²²¹Faço referência à lição doutrinária do Ministro Celso de Mello que, em inúmeros julgados (v.g. AI 705.630-Agr/SC e AI 690841-AGR/SP) que “a liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar.”

²²²Para a doutrina, as primeiras dimensões apresentam um nível de interdependência. Neste contexto, segundo Vital Serrano Junior: “Nesse sentido, fala-se em interdependência desses três níveis porque só se poderá extrair de um hipotético ordenamento jurídico, por exemplo, o direito de ser informado, se o mesmo ordenamento atribuir a alguém o dever de prestar tais informações; o mesmo se diga em relação ao direito de informar que, revestido de uma forma positiva, só poderá ter lugar se o ordenamento determinar a obrigação a alguém do fornecimento de meios para que as informações sejam veiculadas, como, por exemplo, costuma ocorrer com o assim chamado direito de resposta” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 45.

²²³O conhecimento de fatos, de acontecimentos de interesse público e por fontes de acesso geral, é direito fundamental de titularidade indeterminada, que deve ser assegurado pelo Poder Público no exercício do seu papel circundante, extraíndo, neste sentido, densidade normativa dos dispositivos constitucionais, v.g. incisos IV, V, IX e XXXIII, do art. 5º, §1º, do art. 37 e art. 220 e seu §1º, da Carta de Direitos de 1988.

²²⁴Isto porque, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 511.961 (2009), restou declarada a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, no Ministério do Trabalho.

da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional), do art. 5º, e no §1º, do art. 220, todos da Constituição Federal de 1988.

O direito de informar, primeira dimensão desta liberdade fundamental, garante a todos os indivíduos, independentemente da profissão, o direito de transmitir e veicular informações, notícias, opiniões e críticas, sob qualquer forma, processo ou meio, sendo vedado, por consequência lógica, o embaraço ou restrição, conforme redação do art. 220, caput, e seu §1º, da Carta de Direitos de 1988 (*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. §1º*). Para alguns teóricos, o direito de informar assume, como regra, uma dimensão exclusivamente negativa, na medida em que pressupõe a abstenção de quaisquer restrições ou embaraços pelo Estado ou por membros da própria comunidade²²⁵, fato este que procuro desmistificar ao longo deste ensaio.

De fato, Vital Serrano discrimina o caráter ambivalente da liberdade de informação jornalística, informando que não traduz, como consequência lógica, o direito dos indivíduos de receberem todas as informações por meio dos veículos de comunicação. Pelo contrário, o âmbito da liberdade fundamental se restringe ao direito de buscar as informações e de prestá-las. Isto porque, segundo o autor, o direito previsto no §1º, do art. 220, constitui direito fundamental de defesa oponível contra o Estado, historicamente vinculado à sua irmã siamesa liberdade de imprensa, de sorte que, em razão disso, constitui simples faculdade do emissor em exercer, ou não, o direito de informar, ou escolher o que informar²²⁶. No mesmo sentido, a doutrina de Piero e Schlink e a denominada liberdade de opinião negativa.²²⁷

²²⁵Para Vital Serrano, além das exceções previstas no corpo da Constituição de 1988 para os serviços de radiodifusão (televisão e rádio), a única exceção de feição positiva repousa do dever de informar repousa no direito de resposta: *“Toda vez que alguém tiver sua honra agravada através de um veículo de comunicação, esse indivíduo terá direito a que esse mesmo veículo de comunicação lhe forneça meios para produzir a contrainformação. Essa é a única hipótese constitucional em que o direito de informar assume uma feição positiva, assim entendida como o direito a ter meios para veicular informações.”* In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 46.

²²⁶Conclui, neste sentido: *“Inexistindo qualquer outro dispositivo que, especificamente no trato da questão jornalística, venha a atribuir o direito aos indivíduos e o correlato dever de prestar informação, não se pode encartar no direito de informação jornalística o direito de as pessoas receberem todas as informações através dos jornais. Dá dizer-se que o direito de informação jornalística é ambivalente, ou, em outras palavras, viceja exclusivamente no âmbito das prerrogativas de buscar informações e de prestá-las, não no de recebe-las.”* In Id. Ibid., p. 82.

²²⁷Afirmam: *“O art. 5º, n.1, frase 1, segmento 1, garante, além disso, o direito de não manifestar e de não difundir opiniões e, assim, protege simultaneamente contra o ter de manifestar e difundir opiniões alheias como se fossem próprias. A garantia da liberdade de opinião negativa torna compreensível que o Tribunal*

Não obstante as ponderações dos autores, o simples fato de ser vedado ao Poder Público impor uma agenda prévia de informações aos veículos de comunicações, porquanto implicaria, de fato, em violação ao âmbito de proteção da norma constitucional, não significa que, em nome desta liberdade “de ser informado” - positivada expressamente no texto constitucional (cf. incisos IV, V e XXXIII, do art.5º, §1º, do art. 37 e art.220 a 223, todos da Carta de Direitos de 1988), o Estado não possa assegurar medidas concretas para a correção das informações falsas ou inexatas, ou, ainda, promover a criação de outros veículos de comunicação, para dar oportunidade à difusão de ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade, bem como oferecer mecanismos a formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social, conforme se verifica, aliás, na edição da Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária.

Não se olvide também que um dos fundamentos dogmáticos do direito constitucional de resposta, que deverá ser proporcional ao agravo, conforme previsão expressa no inciso V, do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988, é justamente levar ao conhecimento dos indivíduos a correção das informações falsas ou distorcidas, minimizando os efeitos gerados a partir da emissão da notícia.²²⁸

De todo modo, a liberdade de informação jornalística, na sua dimensão tradicional (liberdade de informar), a exemplo do que ocorre com todos os direitos fundamentais, não se reveste de natureza absoluta. A prova disto se verifica no fato de a Constituição Federal de 1988 ter limitado a criação de veículos de comunicação de radiodifusão de sons e de sons e imagens (leia-se televisão e rádio), que, como se sabe, de acordo com o disposto no art. 223, está condicionada a outorgar de concessão, permissão ou autorização do Poder Público. Além disso, a propriedade de empresas jornalísticas, escritas ou de radiodifusão, é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10(dez) anos.²²⁹ Por fim, o

Constitucional queira deixar de fora do conceito de opinião dados estatísticos e afirmações e comunicações fatuais sem qualquer fator de tomada de posição valorativa.” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 268-269.

²²⁸Neste sentido, informa Grandinetti: “A doutrina sintetiza os fundamentos do direito de resposta na própria liberdade de imprensa e no correspondente direito de informação. A liberdade de informação não é privativa do informador, mas de todos os que são citados ofensivamente por aquele. Da mesma forma, o direito de informação assegura o direito ao conhecimento do fato, e se o fato é inexato, assiste o direito a ratificá-lo, a ser exercido por quem foi vulnerado pela notícia inexata” In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 118.

²²⁹Dispõe o art. 222, da CF/88: “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”

próprio constituinte o fez expressamente na hipótese de decretação do estado de sítio, conforme o disposto no inc. III, do art. 139, da Carta de Direitos de 1988.²³⁰

O direito de buscar informação, segunda dimensão da liberdade de informação, por sua vez, encontra respaldo jurídico no mencionado inciso XIV (“*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”), do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988, sendo que, ao lado do inciso LXXII, são assegurados instrumentos jurídicos aos indivíduos para obter acesso à informação. Inúmeros outros dispositivos constitucionais garantem a eficácia desse direito, como, v.g, a imposição pelo legislador constituinte de que os julgamentos dos processos, (judiciais ou administrativos), sejam públicos e as decisões fundamentadas (*ex vi* dos incs. IX e X, do art. 93, da Constituição). O paroxismo da materialização deste direito ocorreu com a publicação da Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que tratou de regulamentar o exercício do acesso às informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal de 1988.

O direito a ser informado, por sua vez, consiste na faculdade de receber corretamente as informações, ou não recebê-las, e de escolher qual deseja receber.²³¹ Emerge no primeiro plano, como face da outra moeda, o dever legal de prestá-las. Para alguns teóricos, a obrigação deve ficar restrita às atividades do Poder Público.²³² Para Pieroth e Schlink, na análise do art. 5º, “1”, da Constituição Alemã²³³, cabe ao Estado assegurar a efetividade do acesso geral às fontes de informação destinadas a proporcionar informações ao público (indeterminado). Mas, no exercício da liberdade negativa, as

²³⁰“Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) III restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.”

²³¹In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 87-90.

²³²É o entendimento de Vital Serrano: “Seguindo esse raciocínio, podemos dizer que a Constituição Federal não atribui a nenhum organismo privado, de caráter informativo ou não, o dever de prestar informações. Tal entendimento, contudo, não é absoluto. É que o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República, estabelece que todos os indivíduos têm o direito de ‘(...)receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...), donde se extrai que tal dispositivo, conjuntamente com o art. 37, caput, e §1º, também da nossa Carta Magna, prescreve que os órgãos públicos têm o dever de prestar informações. Logo, no que concerne às atividades públicas, o indivíduo tem o direito de ser mantido constante e integralmente informado” In NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. op. cit., p. 46.

²³³Que tem a seguinte redação: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura”. Tradução disponível em REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA NO BRASIL Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil, cit.

instituições de radiodifusão não estão obrigadas a apresentar aos indivíduos as informações disponíveis.²³⁴

E aqui oportuno citar a lição de Hegel sobre a evolução das liberdades e a diversidade das formas do Direito, justificando-se, desse modo, a novel densidade normativa conferida ao direito de ser informado corretamente, que passará então a ser assegurado pelo Poder Público. Para o filósofo alemão: *“Cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu direito particular porque é a existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias. (...) “Mas a diversidade das formas do Direito (e também do Dever) tem origem nas diferentes fases que há no conceito de liberdade. Em face do direito mais formal e portanto mais abstrato e mais limitado, o domínio e a fase do espírito em que os ulteriores elementos contidos na ideia de liberdade alcançam a realidade possuem um direito mais elevado porque mais concreto, mais rico e mais verdadeiramente mais universal.”*²³⁵

Como visto alhures, não se pode impor aos veículos de comunicação uma agenda prévia, sob pena de embaraço inequívoco ao exercício da atividade de informação. Todavia, a nossa Carta de Direitos igualmente não dá guarida para a propagação de notícias falsas, inexatas ou distorcidas, de sorte que é lícito assegurar aos indivíduos, no mínimo, a pulverização das fontes de acesso às informações e, em caráter eventual, o direito de retificação ou de resposta.²³⁶ Além disso, cumpre relembrar que as empresas (concessionárias ou permissionárias do serviço público) de radiodifusão de sons e imagens estão submetidas aos princípios normativos previstos nos arts. 37 e 221, da Carta de Direitos, a evidenciar, portanto, um dever mínimo de informar aos cidadãos, de forma adequada e eficiente, com maior objetividade possível, já que a neutralidade da informação, como analisado nos capítulos anteriores, jamais será integral.

Cuida-se, a meu ver, do “status positivus” mencionado por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, que nada mais é do que *“(...) o estado em que o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado para criação e conservação de sua existência livre. Este estado*

²³⁴ In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 270.

²³⁵ In HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*, cit., p. 32.

²³⁶ Neste sentido, Grandinetti afirma: *“A imprensa tem de ser acessível ao público, porque desempenha serviço público. (...) A previsão legal de acesso aos órgãos da imprensa implica a diversidade de opiniões, na formação de uma opinião pública livre e na atenuação de dominação da imprensa por parte de grupos economicamente fortes, coisa que a legislação não pode tolerar.”* In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 89-90.

encontra-se conformado e assegurado quando e na medida que sejam os direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento”²³⁷ Ora, a transmissão da informação, com lisura, objetividade e adequada, contribui substancialmente não só para o aperfeiçoamento do regime democrático, em que os cidadãos têm acesso às notícias necessárias para a tomada de decisões, mas sobretudo para a materialização integral da eficácia da liberdade de informação prevista no §1º, do art. 220, da Constituição Federal.

E a indigitada assertiva tem sólido alicerce no protagonismo conquistado pelos veículos de comunicação no espaço público atual em que se operam os debates das importantes decisões políticas.²³⁸ Daí nasceria o dever de informar corretamente, impondo-se, por outro lado, uma mediação legislativa, a fim de assegurar a construção do pluralismo político e o debate público, aberto e desinibido, motor do regime democrático, como se verá adiante. Neste contexto, oportuno reproduzir, a título de ilustração, a redação do artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, em 1948: *“Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras,”*

O objeto do direito de crítica foi suficientemente analisado no capítulo anterior. Sem prejuízo, reproduzo, nesta oportunidade, trechos do voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF n.º 130, em que são assinalados os fundamentos doutrinários sobre a matéria: *“A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder. (...)Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, com*

²³⁷In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 63.

²³⁸E aqui faço referência também à crise do Estado definida por Norberto Bobbio: *“Por crise do Estado entende-se, por parte de escritores conservadores, crise do Estado Democrático, que não consegue mais fazer frente às demandas provenientes da sociedade e por ele mesmo provocadas; da parte de escritores socialistas ou marxistas, crise do Estado capitalista, que não consegue mais dominar o poder dos grandes grupos de interesse entre si. Crise do Estado quer portanto dizer, de uma parte ou de outra, crise de um determinado tipo de Estado, não fim do Estado”* (In BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 126).

alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo (...)”

Por fim, o direito de investigar está assegurado, não só pelos incisos XXXIII e XXXIV (direito de informação e certidão, respectivamente), do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988²³⁹, mas, sobretudo, pelo direito de preservar o sigilo da fonte (art. 5º, inciso XIV), impregnado, segundo o Ministro Celso de Mello, no julgamento acima referido: *“do mais elevado coeficiente de positividade jurídica, a significar, por isso mesmo, que nenhuma sanção, direta ou indireta, poderá ser imposta ao profissional de imprensa, sob pena de tal medida punitiva ou restritiva de direitos incidir no vício de inconstitucionalidade.”* Logo, qualquer tentativa de constranger o emissor da informação, no sentido de revelar a sua fonte, estará maculada de inconstitucionalidade.

²³⁹In CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 89-90.

4. DESMITIFICANDO A CENSURA E A SUA NATUREZA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA. CENSURA OU REGULAMENTAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIMITES DOS LIMITES

Cuida-se de lugar comum incorrer no erro de que a censura se traduz atualmente em instrumento de coerção (da liberdade de informação e de imprensa) exclusivo dos regimes estatais totalitários, a fim de impedir a propagação de ideias que lhe sejam desfavoráveis. Antes, pelo contrário, como se verá a seguir, também é figura comum nos regimes democráticos, ainda que de forma dissimulada e quase imperceptível, em se propugna, muitas vezes, a ausência total de mediação do Estado na materialização dos direitos fundamentais, proposição típica do Estado liberal. Também é corrente afirmar que, por muitos anos, se mostrou como categoria de pensamento o sentido de que a substância normativa da censura estaria adstrita, de forma perene e com exclusividade, ao controle e à restrição preventiva²⁴⁰ da exteriorização da opinião ou informação (jornalística)²⁴¹, em benefício apenas do emissor da mensagem, mas não do destinatário da informação, figurando o Estado, neste sentido, como o protagonista da repressão.

²⁴⁰Em sua origem, a censura preventiva traduzia-se por um sistema (inglês) de licenciamento preventivo para todas as publicações. Informa o prof. Anthony Lewis: “*Na Inglaterra, em 1538, o rei Henrique VIII promulgou em edito exigindo que qualquer pessoa que quisesse imprimir algo obtivesse uma licença. A exigência se aplicava a tudo: livros (os mais vendidos eram as bíblias), panfletos, horário de navios. O sistema criava valiosos monopólios de impressão e impedia a publicação de opiniões não ortodoxas. Os licenciadores eram burocratas que agiam com extrema arbitrariedade. Demoravam o tempo que desejassem para decidir se algo podia ser impresso e não justificavam suas decisões. Quando diziam, não cabia recurso (...)* Quando o Parlamento depôs o rei Carlos I, na guerra civil da década de 1640, aboliu o sistema real de licenciamento prévio. Mas, como acontece com tanta frequência, ao exercer o poder os rebeldes tornaram-se menos tolerantes à divergência. E, em 1643 o Parlamento promulgou seu próprio regulamento de licenciamento. Ele durou até 1694, quando o Parlamento o deixou morrer ao não renovar sua vigência.” (In LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*, cit., p. 9-10).

²⁴¹Após a extinção do sistema de licenciamento (prévio) inglês, que provocou o clássico protesto do ensaísta John Milton, na obra “*Aeropagítica – Discurso pela liberdade de imprensa*”, surgiu no regime inglês e também na América (em 1798) uma lei que tornava “a difamação sediciosa” crime. E a defesa do instituto foi propagada por teóricos da época, como Sir. Willian Blackstone, que em 1769 traçou uma distinção clara entre ela e a restrição prévia por meio do licenciamento: “*A liberdade de imprensa, entendida corretamente, não é de forma alguma infringida ou violada. (...) {Ela} consiste em não estabelecer nenhuma restrição prévia a publicações, e não na liberdade de censura para material criminoso quando publicado. (...) Punir (como a lei faz atualmente) qualquer escrito perigoso ou ofensivo que, quando publicado, seja considerado, em um julgamento justo e imparcial, de tendência perniciosa é necessário para a preservação da paz e da boa ordem, do governo e da religião, os únicos alicerces sólidos da liberdade civil*” (Id. *Ibid.*, p. 18-19).

E aqui, neste trabalho, importante ressaltar, não é preocupação estabelecer uma distinção rígida entre censura prévia ou restrições preventivas, conquanto não se ignore a divergência axiológica preconizada pela doutrina.²⁴² Assim sendo, censura e restrição prévia serão frequentemente usadas indistintamente. Pois bem. Não há como negar certo fascínio provocado pela semântica das palavras que permeiam o imaginário popular sobre a concepção “tradicional” da censura²⁴³, e que integram o núcleo essencial da definição propalada pelos teóricos liberais desde o século XVII²⁴⁴, repercutindo, por consequência lógica, na primazia da (cândida) solução de proibir ao Estado qualquer deliberação preventiva que possa embaraçar o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão e de informação (a denominada censura preventiva).

Ao alinhar os contornos dogmáticos da proibição da censura na Constituição Alemã, Pieroth e Schlink assinalam que “*A censura, no sentido do art.5º, n. 1, frase 3, é um procedimento preventivo ‘antes de cuja realização uma obra não pode ser publicada’. Da censura fazem parte também ingerências nos direitos fundamentais do n. 1, cujas consequências são materialmente equivalentes a um procedimento preventivo. Apenas está abrangida a chamada ‘pré-censura ou censura preventiva’. Pelo contrário, medidas de controle e de repressão a posteriori (pós-censura) são admissíveis enquanto se mantiverem no quadro dos limites apresentados do seu art. 5º, n.2.*”²⁴⁵ Sustentam também que o âmbito de proteção de um direito fundamental e a ingerência do Estado, entendida como proibição do indivíduo de ter uma conduta abrangida pelo indigitado âmbito de proteção, estão relacionados entre si, sendo o primeiro, em muitos casos, já definido “com vista à ingerência”²⁴⁶.

John Milton, em sua famosa obra *Aeropagítica*, promoveu intensas críticas à censura prévia a imprensa, salientando a sua inutilidade quando as ideias combatidas

²⁴²Cf. a obra do Professor Fernando M. Toller *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução: Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁴³A definição encontrada nos dicionários reforça o paradigma do estereótipo comum as pessoas, e pode ser traduzido, segundo o Dicionário Aurélio, em no “*Proibir a divulgação, ou a execução de*”.

²⁴⁴Com a obra *Areopagítica* (1644), John Milton propugnou pela anulação da “Ordinance” de 1643, que impôs a censura prévia na forma de obrigatoriedade de autorização e registro para a publicação de qualquer material escrito. O principal objetivo da obra é a defesa integral da liberdade de imprensa, exortando à inutilidade da censura, à defesa apaixonada da circulação de todas as ideias e à necessidade de tolerância religiosa. De fato, as ideias e informações equivocadas são verdadeiramente combatidas quando ficam expostas. A censura, esclarece, jamais conseguirá ser completa ou eficiente.

²⁴⁵In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 288-289.

²⁴⁶In Id. Ibid., p. 127.

(falsas ou inexatas) ficam expostas, e não quando ignoradas, já que nunca conseguirá ser completa ou eficiente²⁴⁷ (a exemplo do que prescreveu Tocqueville²⁴⁸), e de que é impossível tornar as pessoas virtuosas pela coerção externa. Todavia, o autor não se opunha à censura posterior de qualquer publicação, autorizando-se a queimadas e destruição dos livros caso sejam considerados “*daninhos e caluniosos*”.²⁴⁹

Não se pode ignorar também que para alguns teóricos, ainda hoje, não está justificada a diferença do tratamento jurídico conferido às restrições prévias, por meio de tutela jurisdicional inibitória, e às penalizações e responsabilidade ulteriores à publicação. Isto porque, segundo esta visão, há uma tendência do Poder Público de analisar os meios mais do que os fins dos métodos de controle da liberdade de informação, bem como há substancial dificuldade de se traçar definição do que seja censura prévia, que, muitas vezes, poderá constituir uma penalização subsequente ao fato; e o inverso (punição ulterior) também é igualmente verdadeiro, já que a responsabilidade civil ulterior poderá configurar embaraço preventivo à liberdade de expressão e de informação jornalística (de terceiros).²⁵⁰ De fato, ao se prestigiar a responsabilidade e sanções ulteriores à expressão

²⁴⁷ Afirma o festejado autor: (...) *E é nesse estado que o homem hoje se encontra: que sabedoria pode haver na sua escolha, que temperança na sua abstinência, sem o conhecimento do mal? Aquele que é capaz de conceber e contemplar o vício com todos os seus enganos e prazeres ilusórios e, assim mesmo, abster-se, distinguir, preferir o que é, de fato, o verdadeiro cristão militante. (...) Se o conhecimento e exame do vício são, neste mundo, tão necessários à formação da virtude humana; e se é preciso perscrutar o erro para a confirmação da verdade, como fazer para explorar mais seguramente e sem maiores riscos os domínios do pecado e da falsidade, senão lendo toda e qualquer espécie de tratados e ouvindo os mais variados argumentos?*” In MILTON, John. *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, cit., p. 91-93.

²⁴⁸ Segundo a sua obra, é inócua a tentativa de cerceamento da liberdade expressão, já que a liberdade de pensamento não pode ser controlada, sendo que o meio mais eficaz de combater os excessos da liberdade é com mais liberdade ainda. Neste sentido, aduz: “*If you establish a censorship of the press, the tongue of the public speaker will still make itself heard, and you have only increased the mischief. The powers of thought do not rely, like the powers of physical strength, upon the number of their mechanical agents, nor can a host of authors be reckoned like the troops which compose any army; on the contrary, the authority of a principle is often increased by the smallness of the number of men by whom it is expressed.*” .” (In TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, cit., p. 582-583).

²⁴⁹ Informa o autor “(...) *Para os livros que vêm a lume de outro modo, caso sejam considerados daninhos e caluniosos, o fogo e o carrasco serão o remédio mais oportuno e eficaz oferecido à ação preventiva das autoridades*” In MILTON, John. op. cit., p. 185.

²⁵⁰ Neste sentido, o Professor Fernando M. Toller destacou: “*Nesta ordem de coisas, também há autores que até chamam censura prévia normas com sanções penais a posteriori, e até sentenças judiciais concretas que impõem, em virtude das mesmas, uma responsabilidade subsequente à difusão. É de se louvar, nesta linha, a decisão da Suprema Corte Americana que em Alexander vc. United States, em que se sustentou que o termo “restrição prévia” não se podia expandir ilimitadamente, e que, como em sua jurisprudência existe maior proteção contra elas do que contra as penalizações subseqüentes, ‘é importante para nós delinear com alguma precisão as características definidoras de uma restrição prévia’.*” E destaca, como exemplo do campo de atuação das restrições preventivas desde a “(...) *censura prévia administrativa de filme às medidas preventivas administrativas ou judiciais em razão da segurança nacional ou em tempo de guerra; às medidas tomadas pelos juízes para prevenir danos à honra, à intimidade, à própria imagem, ao direito a um julgamento justo ou aos direitos do autor; às medidas administrativas ou judiciais para evitar publicidades enganosas ou nocivas; e às restrições piquetes, marchas ou outras formas de expressão simbólica ou conduta agressiva*” (In TOLLER, Fernando M. op. cit., p. 46-47).

ou publicação, corre-se o risco quando menos da punição do emissário da mensagem no caso concreto, e mais de incorrer no efeito dissuasório (esfriamento) sobre a futura manifestação de terceiros. É o que se denominou de “*chilling effects*”²⁵¹, o que, para alguns, irá impedir a difusão de expressões em igual ou maior medida do que um sistema de medidas judiciais preventivas.²⁵²

Não obstante, o argumento não convence. A uma porque a censura prévia, por definição, ainda que tenha origem na tutela judicial inibitória, constitui uma sanção imediata e, em alguns casos, irreversíveis, sem a observância do contraditório do emissor da mensagem. A duas porque as normas de responsabilidade civil, no caso de colisão, abuso ou violação a outros direitos fundamentais pelo exercício da liberdade de informação jornalística, em sua essência, e por princípio, não deverão ser rigorosamente severas a ponto de assumir natureza preventiva geral de condutas ligadas à manifestação de pensamento, mas tão somente de ressarcimento pelos danos causados no caso concreto, justamente para evitar qualquer embaraço prévio ao exercício da festejada liberdade.²⁵³

De todo modo, cabe ao Estado, ao estatuir lei que disciplina responsabilidade civil, e nos limites circundantes e periféricos que trato neste ensaio, agir com parcimônia e destreza na elaboração da figura típica e na fixação das sanções, a fim de evitar o famigerado esfriamento ou inibição da liberdade de expressão (ou censura prévia indireta).²⁵⁴ Basta, a meu sentir, que, além de redigir com clareza as normas que disciplinam a responsabilidade civil, imponha penas de acordo com o princípio da razoabilidade, evitando-se sanções exorbitantemente severas.

²⁵¹Trata-se do efeito de esfriamento que constitui uma dissuasão a liberdade de informação de terceiro. E isso ocorre, segundo alguns teóricos, com maior ou menor em toda norma que estabelece responsabilidades civis ou penais. O fenômeno ocorre justamente quando há imposição de penalidades severas (v.g substanciais indenizações) ou quando as normas “*padecem de algum dos defeitos constitucionais que no Direito estadunidense se denominam de vagueness – ‘vagueza’ – e overbreadth – ‘sobrecompreensão’*”. In TOLLER, Fernando M. op. cit., p. 51.

²⁵²Id. Ibid., p. 57.

²⁵³E aqui pretendi responder a indagação do Professor o Professor Fernando M. Toller: “(...) qual a diferença nítida que levaria a distinguir uma proibição judicial de uma expressão ou de uma informação relacionada à ameaça de uma penalização subsequente, quando o objeto de ambas é impedir a publicação e o meio a que se valem é o mesmo, qual seja, a ameaça de uma sanção, meio este que permite a quem queira expressar-se a opção de publicar de todas as maneiras, escolhendo o risco de ser condenado? Por que ver na forma da sanção ameaça a essência da liberdade de imprensa.” (In Id. Ibid., p. 64).

²⁵⁴In Id. Ibid., p. 50-64.

Convém assentar, ainda, que a formulação tradicional sobre censura prévia²⁵⁵ não resistiu incólume por muito tempo, já que em julho de 1798 o Senado dos Estados Unidos, a exemplo do parlamento inglês, aprovou uma lei que tornava crime qualquer espécie de difamação sediciosa lançada contra o governo dos Estados Unidos²⁵⁶. Em outras palavras, proibia-se agora apenas à restrição estatal prévia sobre qualquer publicação ou informação, mas admitia-se a censura posterior, figurando o Estado como principal ator, frente às notícias desfavoráveis aos representantes eleitos. A lei tornou-se assunto de campanha presidencial, contribuindo para a derrota (nas eleições presidenciais) de Adams por Thomas Jefferson em 1800 que, por sua vez, indultou todos os homens que haviam sido condenados por violar a indigitada Lei de Sedição.²⁵⁷

Como explicado no capítulo próprio deste ensaio, a restrição ou embaraço estatal, prévio ou diferido (v.g. indenizações substanciais capazes de inibir a fonte de informação), por meio de instrumentos que não necessariamente procedentes da autoridade estatal, após meados da década de 60, tem sua incidência deveras restringida na jurisprudência da Suprema Corte Americana. Todavia, em alguns momentos históricos da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, surgiram vozes na defesa da regulação do discurso em nome da liberdade. É o caso, por exemplo, conforme noticiado pelo professor Owen M. Fiss, da *“supressão do Partido Comunista e sua liderança foi frequentemente justificada em termos de salvar os Estados Unidos do stalinismo. O medo era que a propaganda comunista fosse persuasiva e levasse à derrubada do governo ou mesmo ao*

²⁵⁵ Atribui-se ao inglês William Blackstone, do século XVIII, a definição clássica, como mencionado anteriormente: “A liberdade de imprensa, entendida corretamente, não é de forma alguma infringida ou violada. (...) {Ela} consiste em não estabelecer nenhuma restrição prévia a publicações, e não na liberdade de censura para material criminoso quando publicado. (...) Punir (como a lei faz atualmente) qualquer escrito perigoso ou ofensivo que, quando publicado, seja considerado, em um julgamento justo e imparcial, de tendência perniciosa é necessário para a preservação da paz e da boa ordem, do governo e da religião, os únicos alicerces sólidos da liberdade civil” (LEWIS, Anthony. op. cit., p. 18-19).

²⁵⁶ A redação do tipo incriminador: “To write, print, utter or publish, or cause it to be done, or assist in it, any false, scandalous, and malicious writing against the government of the United States, or either House of Congress, or the President, with intent to defame, or bring either into contempt or disrepute, or to excite against either the hatred of the people of the United States, or to stir up sedition, or to excite unlawful combinations against the government, or to resist it, or to aid or encourage hostile designs of foreign nations.”

²⁵⁷ Jefferson escreveu à Sra. Adams: “Eu libertei todas as pessoas processadas ou punidas pela Lei de Sedição porque considerava, como considero agora, que aquela lei era uma nulidade tão absoluta e palpável quanto seria se o Congresso ordenasse que nos ajoelhassemos e adorássemos uma imagem de ouro; e quer era meu dever interromper sua execução em toso os estágios, como teria sido meu dever salvar da fomalha causticante aqueles que nela fossem lançados por se recusar a adorar tal imagem”. LEWIS, Anthony. op. cit., p. 36-37).

*estabelecimento de uma ditadura totalitária. Caracteristicamente, os liberais responderam que o remédio era mais discurso, e não a regulação estatal.”*²⁵⁸

A partir do famoso caso *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254-1964)²⁵⁹ assentou-se uma profunda transformação na jurisprudência da Suprema Corte Americana²⁶⁰. Pode-se afirmar, sem receio de cometer algum deslize, que restou praticamente superada qualquer espécie de controle ou embaraço prévio ao exercício de liberdade de informação jornalística ou de expressão. Destaca-se ainda, neste sentido, o caso *Brandenburg vs Ohio* (1969), em que foi conferida primazia à liberdade de expressão de membros da Ku Klux Kan, para defenderem as suas ideias odiosas, e a proibição do Estado de intervir na regulação do discurso²⁶¹.

No campo jurídico internacional, verifica-se também a preocupação da comunidade em vedar qualquer embaraço preventivo à liberdade de expressão, conforme se extrai, por exemplo, do art. 13, inc. 2, da Convenção Americana dos Direitos Humanos²⁶², do qual o Brasil é signatário, com a ressalva demarcada pelos incisos 4 e 5, do mesmo dispositivo²⁶³. No mesmo sentido, inúmeros outros diplomas internacionais merecem destaque, sobremaneira a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de

²⁵⁸FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, cit., p. 46-47.

²⁵⁹Restou deliberado, neste caso, que a demonstração da ausência de veracidade das informações desabonadoras aos agentes políticos se mostra insuficiente para gerar o dever de indenizar, sendo necessário ainda o emprego da malícia efetiva (*reckless disregard*), ou seja, com ciência de que a informação era falsa ou com temerária desconsideração pela sua veracidade. E a justificativa repousa no fato de que, caso não adotada a relação preferencial, inviabilizaria o próprio exercício da atividade jornalística, na medida em que nem sempre se mostra possível a demonstração tempestiva da veracidade das informações no mundo contemporâneo.

²⁶⁰Enfatizou Dworkin: “O caso *Sullivan* entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda” (In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 317).

²⁶¹Restou decidido, neste sentido, que: “*These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of the free speech and the free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent Lawless action and is likely to incite or produce such action.*” Da mesma forma, no caso *Chandler v. Florida* (449 U.S 560, de 1981), em que se convalidou a transmissão de julgamentos criminais pelos meios de comunicação que, isoladamente, não viola o devido processo legal ou a habilidade dos jurados em julgar com isenção.

²⁶²Consta a seguinte redação, *in verbis*: “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.”

²⁶³Consta a seguinte redação, *in verbis*: “4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

dezembro de 1948, que em seu dispositivo XIX estabelece, *in verbis*: “*Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*”.

Sendo assim, o conceito tradicional de censura, com definição jurídica insuficiente na atualidade, e compreendido frequentemente como a proibição de veiculação de informações ou notícias, e a vedação ao acesso à informação em termos definitivos, ou também quando é diferido no tempo, bem como a apuração e o registro do Poder Público na fonte de informação de que se servem os cidadãos,²⁶⁴ não se mostra adequado para o convívio harmonioso dos direitos fundamentais.

Para o objeto do nosso ensaio, interessa saber mais se a realização da censura, compreendida como instrumento de repressão estatal à liberdade de informação, só se aperfeiçoa com a conduta prospectiva (ativa) do governante de plantão no estado totalitário? Em outras palavras: é suficiente que o Estado deixe de agir para cumprir a letra da Constituição - que, em síntese, proíbe a censura de natureza política, ideológica e artística? Ou também é possível se concretizar a censura por omissão, decorrente da inércia do Estado (democrático) em assegurar o espaço político irrestrito ao debate plural, deixando, por exemplo, de intervir para evitar o sufocamento das vozes de grupos minoritários? Há censura por “anomia”, quando o Poder Público, ao deixar vácuo normativo por meio da ausência de disciplina legislativa sobre os meios de comunicação²⁶⁵, se cala diante da formação de monopólios ou oligopólio, ou quando se omite na regulamentação do direito constitucional de resposta?

Feita esta breve digressão histórica, é forçoso reconhecer que, ainda que de forma dissimulada e com subterfúgios pouco ortodoxos, a censura também pode exsurgir nos regimes democráticos, imposta por outros atores da sociedade, para abafar as vozes da minoria por uma contingente maioria, e que, por consequência lógica, permaneceriam alijadas do debate político; ou ainda para cortejar os governantes de plantão, sobretudo nos regimes políticos em que a concentração dos veículos de comunicação²⁶⁶ se encontra nas

²⁶⁴In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 279.

²⁶⁵É o que ocorreu a partir do julgamento da ADPF 130, pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou não recepcionada a antiga Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67).

²⁶⁶Neste contexto, ao diagnosticar o problema da concentração no mercado brasileiro de comunicação. Alexander Sankiewicz divulgou parte do relatório de uma Organização não governamental inglesa, *Article*

mãos de poucos, em que o único limite pragmático repousa senão no que for estipulado pelo mercado.²⁶⁷

Marilena Chauí lembra, neste sentido, sobre o efeito deletério causado pela nova metodologia de transmissão das informações e notícias jornalísticas: “A *desinformação*, aliás, é o principal resultado da maioria dos noticiários de rádio e televisão. (...) os acontecimentos são relatados como se não tivessem causas passadas nem efeitos futuros; surgem como pontos puramente atuais ou presentes, sem continuidade no tempo, sem origem e sem consequências; existem enquanto são objetos de transmissão e deixam de existir se não são transmitidos. Têm a existência de um espetáculo e só permanecem na consciência dos ouvintes e espectadores enquanto permanecer o espetáculo de sua transmissão.”²⁶⁸

John Stuart Mill, um dos maiores expoentes da liberdade individual, esboçava menos preocupação com a interferência do Estado do que com o que denominou a “*tiranía da opinião dominante*”²⁶⁹. Segundo a doutrina do teórico inglês, o problema da liberdade repousa em decorrência da maioria dominante e não do déspota alçado ao poder por suposta força divina. Afirmou, neste sentido, que “*é também necessário haver uma proteção contra a opinião dominante; contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios além de penalidades civis, as suas próprias ideias e práticas como regras de conduta aos que delas discordam; para atrofiar o desenvolvimento e, se possível, evitar a*

19, destinada a promover e defender a liberdade de expressão, sobre a realidade brasileira. Diz o autor: “No relatório, a Article defende que a ausência de pluralismo decorre de dois fatores: a falta de uma política regulatória que apoie o desenvolvimento de radiodifusores independentes, em particular aqueles de caráter não comercial e comunitário, e o elevado nível de concentração da propriedade no setor. (...) Segundo a Article: ‘Seis empresas dominam o mercado de TV, um negócio que envolve mais de três bilhões de dólares em publicidade. A rede Globo detém aproximadamente metade desse mercado. As seis empresas de TV, em conjunto com os 138 grupos filiados, possuem um total de 668 estações de TV, rádios e jornais e 92% da audiência da TV. Apenas a Globo possui uma média de 53% da audiência da TV em um país onde 81% da população assiste televisão por uma média de 3,5 horas por dia’” In SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectiva de regulação*, cit., p. 149-150.

²⁶⁷ Para a teoria libertária, o ideal regulativo tem como base o “*modelo do ‘mercado de ideias, em que agentes privados comunicar-se-iam uns com outros livremente, sem qualquer interferência estatal. Esta corrente parte da premissa de que, ainda que o mercado possa ter as suas falhas, elas são preferíveis à intervenção do Estado, cuja atuação sempre tenderia a desfavorecer as ideias que fossem prejudiciais aos governantes ou contrárias às preferências das maiorias*” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 266-267).

²⁶⁸ In CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*, cit., p. 44-47.

²⁶⁹ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 12-13.

*formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus modos de agir e obrigar todas as personalidades a seguirem seu próprio modelo.”*²⁷⁰

Neste aspecto, o professor Daniel Sarmiento exterioriza também sua legítima preocupação em confiar exclusivamente ao mercado a regulamentação da liberdade de expressão jornalística. Diz que: *“Se é extremamente perigoso permitir que governantes eleitos pela maioria controlem os debates na esfera pública, o mesmo pode ser dito em relação a poderosas entidades privadas, que, por certo, têm também seus interesses econômicos, políticos e sociais, e fatalmente manifestarão a mesma tendência a distorcer e manipular as discussões no afã de favorecê-los.”*²⁷¹

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink enfatizam a preocupação da Suprema Corte alemã em vedar a censura apenas na perspectiva preventiva, com o objetivo de assegurar proteção aos destinatários da informação. Afirmam: *“De acordo com a sua posição sistemática, este limite de limite especial (proibição de censura) aplica-se, em princípio, a todos os direitos fundamentais do n. 1. Mas, pelo contrário, o Tribunal Constitucional Federal não pretende aplicar esta disposição à liberdade de informação. No seu entender, a proibição da censura protegeria, ‘pela natureza das coisas’, apenas o produtor de uma obra intelectual, mas não os seus compradores e leitores.”*²⁷²

Além disso, é forçoso reconhecer ainda que há na atualidade restrições prévias impostas pelo Estado, sobremaneira por parte do Poder Judiciário, obstando a veiculação de notícias ou informações, quando em confronto com outros direitos igualmente fundamentais, e, muitas vezes, sob o manto do poder geral de cautela²⁷³, a consolidar o sentimento, na maioria dos espíritos leigos, da sobrevivência da famigerada e tradicional censura prévia.

²⁷⁰MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 12-13.

²⁷¹E o autor traz a lume, para corroborar a sua afirmação, o exemplo da atuação da Rede Globo de Televisão no debate final de 1989 para a presidência da República, com a edição tendenciosa do Jornal Nacional, influenciando no resultado final. (In SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 284-285).

²⁷²In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 288-289.

²⁷³Refiro-me aqui à Reclamação n.º 9.428/DF, Rel. Min. Cesar Peluso, julgada em 10.12.2009, que por razões processuais foi extinta, sem o julgamento do mérito, não sendo conhecido pedido liminar, deduzido pelo jornal Estado de São Paulo, para revogar a decisão liminar do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que proibira a publicação de matérias sobre processos judiciais que correm em segredos de justiça contra Fernando Sarney. Por maioria, saiu vencedora a tese de que não ocorreu descumprimento ao decisório da ADPF n.º 130, que declarou a não recepção da antiga Lei de Imprensa. E mais, assentou-se que não há hierarquia entre as normas constitucionais que disciplinam a liberdade de imprensa e o direito fundamental a privacidade e a intimidade, autorizando-se, em caso de conflito dos valores, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Todavia, o que pretendo enfatizar, ao longo deste ensaio, é que a marginalização de algumas vozes da novel instância das decisões políticas²⁷⁴, sem qualquer mediação do Poder Público, poderá configurar censura do Estado por omissão. De fato, devemos nos perguntar: será o Leviatã estatal o único inimigo da liberdade de informação? Devemos exigir apenas a atuação negativa dos governantes (concepção tradicional da censura), beneficiando precipuamente o emissor da opinião ou notícia, ou, sob o signo da pluralidade do acesso à informação, impõe-se também assegurar os direitos dos receptores e interlocutores a maior quantidade de fontes de informação? É possível evitar o monopólio ou oligopólio das informações sem a atuação do Poder Público?

O princípio democrático positivado na nossa Constituição, como se sabe, não se resume mais ao seu aspecto formal-jurídico, consubstanciado em métodos, regras e técnicas para a tomada das decisões políticas. Antes, pelo contrário, no sentido constitucional, o princípio ganha novos contornos, como princípio informador, para um “processo de democratização” que irá se estender a novos atores da vida social e econômica do país. É o fenômeno, segundo o mestre português Canotilho, da “*democratização da democracia*”.²⁷⁵

Lembro, mais uma vez, a doutrina no Professor Owen Fiss sobre o papel indispensável do Poder Público para o aperfeiçoamento da democracia, e não só como inimigo das liberdades públicas: “*Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco que esses perigos se materializem e uma estimativa de estrago que poderão causar deve ser sopesado como bem que poderia realizar. Não devemos nos esquecer nunca do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para*

²⁷⁴Neste sentido, lembra o Professor de Yale, Owen M. Fiss, “*Democracia é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo. No exercício desta prerrogativa soberana, cidadãos dependem de várias instituições para informa-las sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas de governo. Na sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de uma certo grau de autonomia em relação ao Estado.*” In FISS, Owen M. op. cit., p. 99.

²⁷⁵E o autor reproduz os seguintes exemplos, com base na Constituição Portuguesa: “*A Revisão de 1997 (4ª Revisão) tornou explícita esta extensão aos próprios partidos políticos exigindo a observância de regras democráticas na formação dos órgãos dirigentes (CRP. art. 51.º5). O controle da gestão (art.54º/5º/b), a gestão democrática das escolas (art.77º), a liberdade interna da imprensa (arr. 38º/a), a participação na administração local (art. 233) são exemplos do entendimento do princípio democrático como princípio informador do Estado e da sociedade*”. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 440-441.

*promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.”*²⁷⁶

Conquanto não se possam dimensionar todos os atores que, vivendo num regime democrático, exercem influência substancial na difusão das informações, monopolizando, não raro, a própria fonte de notícias, é possível afirmar, de forma segura e indene de dúvida, que certos grupos acabam marginalizados do espaço público por forças outras que não a do próprio Poder Público. É o caso, por exemplo, das vítimas dos discursos de incitação ao ódio e ao racismo, cujo teor, além de reduzir substancialmente a autoestima das pessoas, possivelmente irá inviabilizar a sua participação no “mercado das ideias”.²⁷⁷

Nesse sentido, após fazer menção à metodologia e às técnicas de legitimação da classe dominante, por meio dos “intelectuais” de Gramsci, bem como à crise do sistema representativo nacional, com a ausência de debates e a transferência do “locus” da esfera das decisões políticas que passou a ser o oferecido pelos veículos de comunicação em massa, Fábio Konder Comparato explica o fenômeno do alijamento do povo nesta esfera de decisões²⁷⁸, bem como formula proposições jurídicas para a democratização dos meios de comunicação de massa, como por exemplo, a materialização do direito de antena (leia-se direito de comunicação por meio de rádio e da televisão) que tem previsão na

²⁷⁶In FISS, Owen M. op. cit., p. 60.

²⁷⁷Neste sentido, para o Professor Fiss: “O argumento não é de que o discurso convencerá os ouvintes a agir de uma certa forma – por exemplo, criando uma nova forma de ditadura ou subjugando vários grupos desfavorecidos na sociedade. Ao revés, o medo é que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Neste contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo” (In Id. Ibid., p. 46-47).

²⁷⁸Noticia o autor que: “Nos países em que vigor claramente o regime oligárquico sob aparências democráticas, como é o caso do Brasil, a exploração dos mais importantes órgãos de comunicação em massa é feita por grupos empresariais privados, estreitamente afinados com os interesses de sua classe, que controla o governo nacional e o Parlamento. Nesses países, o desenrolar das eleições mais importantes faz-se sempre sob a influencia decisiva da propaganda veiculada pela grande imprensa, pelo rádio e, sobretudo, pela televisão. Quando é impossível deixar de noticiar algum fato depreciativo em relação ao complexo político-empresarial dominante, o debate público é desde logo falseado, com a utilização da técnica que os norte-americanos denominam agenda-setting; ou seja, passa-se a noticiar outras matérias, em geral sensacionalistas, para desviar a atenção pública do assunto incômodo. Em pouco tempo, os fatos desabonadores para a classe dirigente são esquecidos. Em primeiro lugar, não há realmente debate, pois este supõe uma liberdade de se proporem questões, isto é, de se fixar a agenda, como dizem os norte-americanos. Ora, as matérias que vêm a público através dos meios de comunicação de massa, não são propostas pelos cidadãos, mas pelos controladores desses órgãos. Até mesmo no Parlamento, os grandes jornais, ou as grandes redes de televisão, são capazes de influenciar o processo legislativo, ou a atividade fiscal, propondo questões que, em seguida, tornam-se objeto de comissões parlamentares de inquéritos, ou de projetos de lei. E quando estes não convêm ao interesse das grandes empresas de comunicação, são sistematicamente desmoralizados sob a indelével pecha de responderem a interesses pessoais dos parlamentares. Em segundo lugar, o debate nunca é público, porque o povo jamais tem acesso às discussões e faz figura de plateia em representação teatral.” In COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 323-324).

Constituição Portuguesa²⁷⁹, e a existência de um setor de comunicação regulado e fiscalizado por um órgão administrativo autônomo.

E a própria concepção tradicional de democracia, exprimida na conhecida fórmula atribuída a Lincoln: governo do povo, pelo povo e para o povo, somada ao esforço de reestabelecer a legitimidade de um sistema representativo popular, faz dos veículos de comunicação um dos protagonistas do regime democrático; e da informação o instrumento essencial de funcionalidade do sistema para os cidadãos, de sorte que a diversidade na exposição das notícias, por inúmeras fontes ou mídias, é medida indispensável a ser assegurada pelo Estado, tanto quanto o dever de abstenção sobre a veiculação das informações²⁸⁰. Neste sentido, o professor Cass R. Sunstein, ao criticar os rumos da liberdade de expressão dirigida apenas pelo mercado, faz a defesa da pluralidade das fontes de informação como instrumento de aperfeiçoamento da democracia representativa.²⁸¹

E exatamente aqui repousa a necessidade da mediação (ou regulação) legislativa do Estado, para reequilibrar as oportunidades na participação do debate aberto, plural e desinibido. É o que o professor Canotilho designa de “*dimensão positiva da vinculação do legislador*”, impondo-lhe um verdadeiro dever de agir para assegurar “*os direitos,*

²⁷⁹Dispõe o art. 40, da Constituição Portuguesa de 1976: “**1.** Os partidos políticos e as organizações sindicais, profissionais e representativas das actividades económicas, bem como outras organizações sociais de âmbito nacional, têm direito, de acordo com a sua relevância e representatividade e segundo critérios objectivos a definir por lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e de televisão. **2.** Os partidos políticos representados na Assembleia da República, e que não façam parte do Governo, têm direito, nos termos da lei, a tempos de antena no serviço público de rádio e televisão, a ratear de acordo com a sua representatividade, bem como o direito de resposta ou de réplica política às declarações políticas do Governo, de duração e relevo iguais aos dos tempos de antena e das declarações do Governo, de iguais direitos gozando, no âmbito da respectiva região, os partidos representados nas assembleias legislativas regionais. **3.** Nos períodos eleitorais os concorrentes têm direito a tempos de antena, regulares e equitativos, nas estações emissoras de rádio e de televisão de âmbito nacional e regional, nos termos da lei.”

²⁸⁰Preconiza o Professor Manuel Castells sobre a mobilização de uma sociedade civil global: “*Em última análise, a vontade do povo fala por meio de sua opinião. E as pessoas formam sua opinião, a respeito das questões que afetam sua vida e o futuro da humanidade, com base nas mensagens e nos debates na esfera pública. O que caracteriza essa esfera pública em nosso tempo é sua acentuada dependência do sistema de meios de comunicação, inclusive não apenas a televisão, o rádio e a imprensa, mas todo um espectro de multimídia e de sistemas de comunicação, dentre os quais a internet assume uma importância crescente. Ocorre a transição de uma esfera pública ancorada em instituições da sociedade para um esfera pública constituída em torno do sistema de mídia. Isso não é bom nem ruim – isso existe. E acarreta consequências consideráveis para a prática da democracia e a relação entre sociedade civil e o Estado.*” (In CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência, cit., p. 118-119).

²⁸¹Sustenta que “*It is important to ensure that government does not suppress dissident views. It is also important to ensure not merely that diversity is available, but also that a significant part of the citizenry is actually exposed to diverse views about public issues. As part of this requirement, no group of citizens should be deprived of exposure to diverse views because of its race or its economic status. Without broad exposure, or with selective limits on available information, public deliberation will be badly compromised. (...). If everyone thinks the same thing, or nearly the same thing, there will be too few alternatives to allow for genuine discussion*” In SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. United States: Free Press Paperback Edition, 1995. p. 22-23.

liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade actualidade”²⁸², já que possuem uma dimensão objetiva, que valem como “*princípios informadores da ordem jurídica que o legislador deve incorporar e mediatizar ao regular as diferentes relações jurídicas (ex.: as leis de imprensa devem concretizar o princípio da liberdade de imprensa (...))*.”²⁸³

De fato, a propalada dimensão objetiva dos direitos fundamentais não mais aceita com exclusividade a perspectiva subjetiva do indivíduo, emissor da mensagem. Antes, pelo contrário, a concepção objetiva da liberdade de informação jornalística tem por substrato essencial assegurar a livre informação ao maior número de indivíduos e a implantação do mercado de ideias, indispensáveis ao bom funcionamento do regime democrático, encarnando e consolidando, dessa maneira, valores indispensáveis aos membros da comunidade.

Neste sentido, lembra Michelangelo Bovero: “(...) *Esta definição aristotélica parece, em substância, não apenas compatível, mas congruente com aquela formulada em termos completamente distintos, mais de dois mil anos depois, por Hans Kelsen, talvez o maior teórico da democracia do século XX, segundo o qual uma forma de governo é democrática quando todos os destinatários das leis participam igualmente (em princípio) da sua produção. (...) Disto se pode concluir, aliás, que a regra da igualdade democrática vale não apenas para a participação (direta ou indireta) na produção das leis, mas também para elegibilidade para cargos públicos; aquilo que os antigos denominavam isotimia, e que corresponde ao princípio democrático moderno da acessibilidade formal para todos, sem barreiras econômicas e sociais, aos papéis institucionais de comando*”²⁸⁴.

Pode-se afirmar, em outras palavras, que a liberdade de informação jornalística é, na sua origem, antes de tudo, um direito fundamental oponível ao Poder Público, que, reconheço, por vezes, parece não resistir à tentativa de impor a sua agenda aos jornalistas, por meio da publicidade estatal, em manifesto prejuízo à informação levada aos cidadãos. Mas, contudo, não é só: o reducionismo da concepção impede a proteção da liberdade em face de outros atores, sobremaneira os destinatários da informação.

²⁸²Para Canotilho: “A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre os Estados e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 440-441.

²⁸³In Id. loc., cit.

²⁸⁴In BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Introdução, p. 9-12, Parte I “Elementos”, p. 26-27.

Para que possa irradiar todos os seus efeitos, nasce ao Poder Público a obrigação de materializá-lo concretamente, por meio de legislação compatível com os valores consolidados pelo legislador constituinte. Do contrário, poderíamos aceitar a censura “por omissão” do Estado com relação aos direitos fundamentais, ao deixar de regulamentá-los, ou, pior ainda, traduzida na abstenção de harmonizar eventuais conflitos, como, por exemplo, no caso do direito de resposta, que, após o julgamento da ADPF 130, não tem mais amparo na legislação infraconstitucional (criou-se um vácuo normativo), de sorte que caberá ao juiz singular, casuisticamente, e sem balizas normativas no que Kelsen denominou de moldura interpretativa²⁸⁵, materializar a norma constitucional prevista no art. 5º, V, da Constituição Federal.

E, conforme bem assinalado por Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz, além de antidemocrático, e constituir um descrédito à vontade racional do povo, maximizada na fórmula da lei, há um contrassenso positivista entre a proscrição prévia, por parte do legislador, em mediar o conflito entre valores e direitos fundamentais, e a autorização aos juízes a fazê-lo no caso em concreto.²⁸⁶

Lembre-se, porque oportuno, que no sistema ocidental do *cível law*, a jurisprudência não constitui (ao menos não deveria) fonte imediata de produção do Direito²⁸⁷. Além disso, na ausência irrestrita de critérios legais bem definidos sobre inúmeros assuntos correlatos à liberdade de imprensa e de informação jornalística, poderá ocorrer justamente o contrário do propalado por alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 130²⁸⁸, isto é, decisões judiciais ou atos

²⁸⁵KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit.

²⁸⁶Afirma: “O fato de outorgar ao legislador a possibilidade de realizar uma pré-ponderação a respeito do tema não significa, obviamente, que os juízes deverão aplicar a lei cegamente. As escolhas realizadas pelo legislador estarão sujeitas, sempre, à revisão judicial. Neste caso, no entanto, o ônus argumentativo será maior. Ou seja, superar a regra jurídica demanda a apresentação de argumentos razoáveis que justifiquem a desconformidade do caso concreto com as escolhas prévias realizadas pelos legítimos representantes do povo” In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. op. cit., p. 145.

²⁸⁷E aqui não faço referência à propalada diferença teórica entre norma e texto de lei, sobretudo pela dificuldade em se traçar as balizas doutrinárias sobre o conceito de norma geral e norma individual, bem como não pretendo entrar na aporia do denominado ativismo estatal. Sem prejuízo, recomenda-se a leitura da obra do Professor Elival da Silva Ramos (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010).

²⁸⁸E aqui me lembro da afirmação do então Ministro Carlos Ayres Brito, ao proscrever o auxílio do legislador para integrar a regulação da liberdade da imprensa: “Decididamente, não é o caso da imprensa como figura de Direito Constitucional brasileiro. Em nenhum momento do seu falar imperativo a Constituição iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta é nuclearmente de imprensa. Bem ao contrário, em comportamento da espécie o comando constitucional é intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal, em qualquer das personalizadas esferas da Federação brasileira. Logicamente proibitivo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna Carta de 1988, simplesmente porque a

administrativos do Poder Público que violem o núcleo essencial da liberdade de imprensa, conferindo uma relação de preferência a outros direitos de estatura igualmente fundamental (v.g censuras judiciais preventivas para evitar violação ao direito a honra, indenizações substanciais ou regulamento do direito de resposta de maneira a criar embaraço ou temor no exercício da liberdade de informar).

Como se vê, a superação da concepção tradicional de censura evolui para incorporar não somente a proibição, mas também a omissão perniciosa estatal, edificando também novos métodos de limitação e atores, como o monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação, “*as subvenções governamentais; a violação do segredo profissional; a difusão obrigatória de fatos, opiniões e propagandas; privilégios ou restrições governamentais para o emprego de tecnologias de comunicação; aplicação de medidas fiscais que importam em restrição*”.²⁸⁹

Trazendo ainda a matéria para o ordenamento positivo brasileiro, percebe-se igualmente a mutação normativa da censura, destacando-se, neste cenário, que o legislador constituinte, em certas ocasiões, deixou de proibir apenas a censura prévia no exercício da liberdade de expressão e de informação jornalística, como se verificava nas Constituições Federais de 1824²⁹⁰, e na de 1891²⁹¹, ou, às vezes, tolerando-a em algumas hipóteses, como nas Cartas de Direitos de 1934²⁹², de 1937²⁹³, de

nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode, teoricamente, conferir à liberdade de profissão jornalística e de atuação dos meios de comunicação social”.

²⁸⁹CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. op. cit., p. 130-131. Tratarei mais deste assunto no capítulo próprio da análise do papel circundante do Estado.

²⁹⁰“Art. 179, IV: Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.”

²⁹¹“Art. 72 § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato.”

²⁹²“*Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado 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*”.

²⁹³“Art. 112, (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

1946²⁹⁴, de 1967 (com EC de 1 de 17 de outubro de 1969)²⁹⁵, até ampliar o campo de proteção também ao conteúdo e à natureza da liberdade de manifestação e informação, tutelando o destinatário das mensagens (v.g. direito de resposta ou de indenização em caso de violação da honra), introduzindo, por fim, capítulo próprio no texto constitucional de 1988.

De fato, a Lei Fundamental de 1988 tratou de demarcar fronteiras ao exercício da liberdade de informação e da própria imprensa, trazendo-lhes nova roupagem jurídica²⁹⁶, impondo-lhe ressalvas normativas quando da colisão com outros direitos fundamentais (sem qualquer relação de subordinação hierárquica²⁹⁷), ou em situações de anormalidade jurídica, como no estado de sítio²⁹⁸.

E o substantivo censura, ao menos para a órbita do Direito, não se confunde com regulação ou mediação estatal. Isto porque, a meu sentir, o legislador constituinte cuidou de traçar distinção ontológica entre os mencionados vocábulos, conforme simples leitura dos §§1º, 2º, 4º e 6º, do art. 220, da Constituição Federal de 1988. Com efeito, no caso da regulamentação dos bens jurídicos protegidos neste capítulo, restou assegurado a mediação estatal por meio de disciplina legislativa, como, por exemplo, no caso da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, que, segundo o §4º, do art. 220, da CF/88, estará sujeita a restrições legais, a refletir, pois, a institucionalização de uma escolha do legislador constituinte. No mesmo sentido, consta

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”.

²⁹⁴“Art. 141, § 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.”

²⁹⁵“Art. 153, §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, de 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.”

²⁹⁶Cf. Título VIII, Capítulo V (Da Comunicação Social – arts. 220 a 224), da Constituição Federal de 1988.

²⁹⁷Basta a leitura para a constatação do art. 220 e seu §1º, *in verbis*: “É livre 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. § 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.”

²⁹⁸Art. 139, III, da Constituição Federal de 1988: “Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”.

também (no texto constitucional) que incumbirá a lei federal regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (inc. I, do §3º, do art. 220).

E mais, a ressalva normativa posta pelo constituinte de 1988 no §1º, do art. 220, (*“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”*), somada ao fato de que, por força do art. 223, da Constituição Federal de 1988, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (leia-se TV e rádio) são outorgados em regime de concessão, permissão e autorização, após a aprovação do Congresso Nacional, solapa qualquer dúvida sobre a existência de reserva legal qualificada e a necessária mediação legislativa para regulamentar a liberdade de informação jornalística, sobretudo para harmonizar o conflito dos direitos igualmente fundamentais.

De fato, a própria Constituição, ao assinalar a ressalva do §1º, do art. 220, tratou de prever casos em que a liberdade de informação jornalística poderá ser regulamentada, contra uma possível “absolutização”²⁹⁹ do seu exercício, assegurando-se, desse modo, alguns direitos igualmente sensíveis ao legislador constitucional, como o direito à intimidade, à privacidade e à incolumidade da honra, além do direito de resposta. Daí, por corolário lógico, aliado também ao princípio da unidade da constituição³⁰⁰, consagra-se, ao menos no campo da hermenêutica constitucional, a distinção axiológica entre os vocábulos censura e a regulamentação (ou restrição) do direito fundamental.³⁰¹

²⁹⁹SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 118.

³⁰⁰Para Canotilho, o princípio compreende certo vetor de interpretação do texto constitucional de forma a evitar contradições. Cabe ao interprete, em outras palavras, analisar a Constituição Federal em sua globalidade, procurando harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a materializar. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1223-1224.

³⁰¹Neste sentido, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink expõem a diferença entre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o âmbito de regulação, in verbis: *“Por vezes, também se lhe chama âmbito normativo do direito fundamental, isto é, o domínio que a norma jurídica-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção. Quando falamos de âmbito de regulação, tem-se em vista não o âmbito de proteção, mas o domínio da vida a que se aplica o direito fundamental e em que só ele vem determinar o âmbito de proteção. Exemplo: O âmbito de regulação do art. 8º, n.1, aplica-se a todas as reuniões. Pelo contrário, o seu âmbito de proteção apenas compreende as reuniões pacíficas e sem armas”* (In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, cit., p. 116-117).

Pieroth e Schinlk admitem também a possibilidade de regulamentação dos direitos fundamentais na Alemanha, mas sustentam que a concepção fixada na Lei Fundamental (Alemã), no que concerne aos direitos fundamentais, diz respeito ao “pormenor” da norma constitucional. Neste sentido: *“Com isso, a Lei Fundamental pretende dizer que o legislador, embora possa tornar aplicável a garantia em causa por meio de modalidades, formas e procedimentos, não pode alterar ou reduzir o seu conteúdo. Retomando este conceito de regulação de pormenor, poder-se-ia ponderar exigir do legislador uma atuação especialmente prudente também no ponto em que se fala de uma autorização para regulação (...)”*.³⁰² E, além de traçar o conceito moderno de ingerência estatal, lembram também que o núcleo de proteção de um direito fundamental não pode, muitas vezes, ser determinado numa visão isolada centrada neste direito fundamental, mas apenas na óptica sistemática do conjunto de outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais.³⁰³

Lembro também do sistema único de liberdades proposto por Rawls, correlacionando-o com o princípio da igualdade das liberdades. Para o filósofo, o melhor arranjo *“depende da totalidade das limitações às quais estão sujeitas”*. E traz o seguinte exemplo: *“(...) certas normas de ordem são necessárias para regular a discussão; sem a aceitação de métodos razoáveis de investigação e debate, a liberdade de expressão perde seu valor. Por outro lado, uma proibição a adotar ou defender certas ideias religiosas, morais ou políticas é uma restrição à liberdade e deve ser julgada como tal”*.³⁰⁴

Outro argumento que fomenta a tese favorável à mediação dos direitos fundamentais, sobretudo no que concerne ao exercício da liberdade de informação jornalística, além da consolidação da jurisprudência da ausência de direitos absolutos, é a existência dos chamados limites imanes³⁰⁵ e da teoria institucional dos direitos

³⁰²In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, cit., p. 123.

³⁰³In Id. Ibid., p. 127.

³⁰⁴In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 247-248.

³⁰⁵E aqui surge a divergência na doutrina sobre a natureza jurídica destes limites imanes. Para o professor português Canotilho os limites imanes expõe uma natureza constitutiva: *“são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, prima facie, no seu âmbito de proteção, a greve dos trabalhadores do serviço de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida – pode chegar-se a excluir, como resultado desta ponderação, a greve total que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.”* (In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1282). O professor Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, após destacar a natureza declaratória destes limites, integrantes da chamada da teoria interna dos direitos fundamentais, faz a ressalva necessária sobre a problemática da adoção destes limites, já que, dentre os motivos deduzidos, destaca-se a dificuldade de se traçar definição prévia do que é protegido pelo âmbito da norma fundamental

fundamentais. No primeiro caso, tornou-se comum afirmar que os indigitados limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, e se justificariam, segundo Canotilho, pela existência de limites originários, baseado numa pretensa “cláusula da comunidade”³⁰⁶, em que os direitos e liberdades fundamentais poderiam ser limitados, desde que colocassem em risco bens jurídicos indispensáveis a existência da comunidade. Todavia, embora não se ignore a distinção feita por alguns teóricos brasileiros sobre a natureza jurídica destes limites e a pretensa impossibilidade da regulamentação, já que excluídos do âmbito de proteção da norma³⁰⁷, o autor português impõe severas restrições à mencionada teoria, já que, além da dificuldade de se averiguar se esses limites obedecem a técnica (interpretação) da proporcionalidade, corre-se o risco de, na ausência de “reservas de restrições”, “*se colocar de novos direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador*”.³⁰⁸

Para a mencionada teoria institucional, que tem os seus contornos delineados pela doutrina alemã³⁰⁹, e está alicerçada na ideia subjacente de que a liberdade não é algo que antecede ao ordenamento jurídico, mas, ao contrário, é regulada a partir do Direito, recorre-se a assertiva de que os direitos fundamentais no corpo da sociedade não são frutos exclusivos do texto constitucional, “*mas sobretudo da atividade do legislador e também de todos aqueles ‘que vivem disperso no meio social’, os titulares dos direitos fundamentais. A realização dos direitos fundamentais é, nesse sentido, um processo para o qual contribuem os titulares dos direitos e também o legislador*”.³¹⁰

Nesse sentido a doutrina de Peter Häberle, um dos principais autores sobre a concepção institucional dos direitos fundamentais, e reproduzida na obra do professor Virgílio Afonso da Silva: “*A forma de se encarar a atividade legislativa, a partir dessa visão, muda por completo. Em primeiro lugar, ela passa a ser encarada sobretudo como*

(já com os limites imanentes) e do que não é protegido. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 131-133.

³⁰⁶Para o mestre português, os limites primitivos se traduzem em “i) limites constituídos por direitos dos outros; ii) limites imanentes da ordem social; iii) limites eticamente imanentes” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1280.

³⁰⁷Neste sentido adverte o professor Virgílio Afonso da Silva: “*Ideias como a de limites imanentes, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com expressões como ‘restrições a direitos’, ‘abuso de direito’ ou ‘sopesamento’.* Isto porque, entre outro motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno – ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito –, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na ideia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra.” (In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 238).

³⁰⁸In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1280-1281.

³⁰⁹Cf. a obra do Professor Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 133-138.

³¹⁰In Id. Ibid., p. 137-138.

*garantia do desenvolvimento da liberdade: ao delimitar a própria liberdade, segundo Habermas, cria também liberdade que antes não existiam. Além disso – ou, na verdade, exatamente por isso, o legislador passa a ter uma liberdade muito maior, especialmente se comparada ao que ocorre a partir das premissas de outras concepções que encaram o legislador como o ‘interventor a ser controlado’”.*³¹¹

Frise-se, ainda, que o mestre português Canotilho, ao justificar a necessidade da mediação do Estado, alinhavou a diferença entre o “âmbito de proteção” de um direito fundamental, entendido como articulação de determinados setores ou domínios da realidade (v.g o direito à vida diz respeito à vida humana), e o “conteúdo juridicamente protegido”, sendo que este, ao contrário do primeiro, não pode se fixar para cada direito de forma geral e abstrata, impondo-se um “trabalho de mediação jurídica”³¹². Não basta, portanto, dizer que certo âmbito da realidade social integra o conteúdo do direito fundamental, mas, sobretudo, indispensável saber “*como e em que medida*” esses âmbitos são “jurídico-constitucionalmente protegidos”.³¹³

Sendo assim, para esta visão teórica, o fato de um determinado comportamento, situação ou coisa serem discriminados como parte do âmbito ou setor da realidade social (e integrarem o direito fundamental), não se segue necessariamente que sejam beneficiados do conteúdo de um direito juridicamente protegido.³¹⁴ É o caso, por exemplo, da liberdade de manifestação política, com microfones e histrionismo, no interior de um hospital. Não há dúvidas de que o direito de se manifestar integra o âmbito de proteção, mas, no caso em apreço, não é protegido quando em colisão com o direito a vida e o sossego dos pacientes no interior do nosocômio.

³¹¹In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 137-138.

³¹²In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 449.

³¹³O problema da exclusão de certas ações ou posições jurídicas do âmbito de proteção das normas constitucionais é a demarcação dos limites de proteção dos direitos fundamentais, isto é, “a impossibilidade de atualização do âmbito da proteção dos direitos fundamentais, além da exclusão a priori de alguns atos desse âmbito de proteção, de maneira que o enfoque deixa de ser aquilo que é, (ou não), protegido pela norma fundamental e passa a expressar o que poderá ser ou não regulamentado pelo Poder Público na mediação da liberdade de expressão jornalística, o que nos interessa para o nosso ensaio sobre a mediação do direito fundamental em análise.

³¹⁴E traz o seguinte exemplo: “*Veja-se o exemplo dos ‘graffit’ ou dos ‘sprayers’*. Dizer-se que eles ‘*entram*’ no sector da realidade social descrito como ‘*arte*’ não implica, necessariamente que sejam protegidos como tal. A lei pode vir a considerar como parcialmente censurável, seja a que título for, a impregnação de desenhos ou outros sinais em edifícios públicos ou privados” (In Id. Ibid., p. 449-450).

Não obstante a divergência estatuída na doutrina, para o objetivo do nosso trabalho, importa dizer que o legislador ordinário, ao analisar o âmbito de proteção³¹⁵ de um direito fundamental, e as possíveis restrições ao seu exercício, caberá definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos fundamentais. Além disso, a atividade legiferante pressupõe também: (i) a definição do núcleo essencial (âmbito de proteção) do direito fundamental, insuscetível de qualquer mediação; (ii) e a interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Frise-se, porque oportuno, o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição.³¹⁶

E por mediação do Poder Público, reproduzo também o conceito de Marçal Justen Filho, que assim define: “...o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização de valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendência individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional.”³¹⁷

Antes, porém, de esboçar um modelo de regulamentação ao exercício pleno³¹⁸ da liberdade de informação jornalística, com delimitações (proscrição) normativas claras ao Estado, convém frisar que o presente ensaio tratou os vocábulos regulamentação ou restrição como sinônimos, conquanto não ignore a distinção axiológica consolidada por alguns teóricos³¹⁹, como a doutrina do professor Jorge

³¹⁵E aqui não ignoro a divergência doutrinária sobre o suporte fático, amplo ou restrito, do âmbito de proteção, bem demonstrado pelo Professor Virgílio Afonso da Silva, em sua obra *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 65-125).

³¹⁶Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do RE 511961, em que foi declarada a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º 972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista, no Ministério do Trabalho: “(...) com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.”

³¹⁷In JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 40.

³¹⁸Adjetivo utilizado pelo legislador constituinte ao abordar a liberdade de informação jornalística no §1º, do art. 220, da Constituição Federal de 1988.

³¹⁹E aqui reproduzo a fundada crítica do Professor Virgílio Afonso da Silva as definições ontológicas proposta por Rawls sobre restrição e regulamentação: “(...) Assim, para Rawls toda forma de intervenção no conteúdo das liberdades fundamentais é um forma de restrição –e, portanto, a ser rejeitada. Já intervenções na forma do exercício das liberdades fundamentais seriam aceitas, já que, nesses casos, estaríamos diante de meras regulamentações. A despeito da simplicidade e aparente utilidade da distinção, não parece ser possível afirmar, sem grandes ressalvas, que intervenções na forma de exercício de um direito fundamental não possam implicar grandes restrições ao seu conteúdo. (...) O mesmo pode-se dizer do objeto da ADI 1.969. O Governador do Distrito Federal apenas “regulamentou” o exercício do

Miranda³²⁰, e o risco (ainda que pequeno) de incorrer em restrição indevida no exercício do direito fundamental³²¹.

Prefiro utilizar, por princípio, o termo mediação estatal para compor o modelo de regulamentação do exercício da liberdade de expressão jornalística, através da disciplina legislativa, por meio do corpo de representantes eleitos, evitando-se, desse modo, que a mingua de legislação infraconstitucional, outros intérpretes do Direito (sobretudo os juízes), provocados a decidir conflitos entre normas constitucionais e omissões legislativas sobre direitos fundamentais, desbordem, muitas vezes, no que se convencionou de “ativismo judicial”³²². Não me refiro aqui, é claro, à produção da norma no caso individual, fruto da interpretação do magistrado, a luz do texto da lei e da realidade, mas à atuação do legislador ordinário positivo.

Lembre-se, porque oportuno, que não existem direitos absolutos em nosso texto constitucional. E mesmo que o legislador constituinte não tivesse autorizado a regulamentação da norma esculpida no art. 220 e parágrafos, da Constituição Federal, como visto acima, os direitos fundamentais, como adverte Canotilho, estão sujeitos aos limites básicos da ordem jurídico-constitucional³²³, sendo que indigitados limites podem

direito de reunião, delimitando lugar e modo de exercício. Mas, segundo entendimento do STF, tal regulamentação nada mais é que uma forma de restrição ao direito em questão.” In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 100-103).

³²⁰Para o autor português: “Uma coisa é a regulamentação ou preenchimento ou desenvolvimento legislativo (ou porventura, convencional) do conteúdo do direito; outra coisa a restrição a diminuição ou compreensão desse conteúdo. Uma coisa é regulamentar, por (como já se disse) razões de certeza jurídica, de clarificação ou de delimitação de direitos; outra coisa é restringir com vistas a certos e determinados objectivos constitucionais. A regulamentação pode conduzir à ampliação dos direitos na base da cláusula aberta do art. 16.º, n.º1; nunca pode reverter, sob pena de desvio do poder legislativo, em restrição.” (In MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra : Coimbra Ed., 2008. v. 4, p. 313).

³²¹Virgílio Afonso da Silva, após citar o caso da ADI 1969, tendo por objeto o Decreto 20.098/99, que proibiu o exercício do direito de reunião, com carros de sons, em certos lugares de Brasília, e reproduzir a distinção fornecida pela doutrina do Professor John Rawls: “Na exposição do modelo proposto por Rawls ficou claro que essa distinção tem um objetivo simples e, ao mesmo tempo, fundamental: distinguir aquilo que é permitido daquilo que não é. Assim, para Rawls toda forma de intervenção no conteúdo das liberdades fundamentais é uma forma de restrição – e, portanto, a ser rejeitada. Já intervenções na forma de exercício das liberdades fundamentais seriam aceitas, já que, nesses casos, estaríamos diante de meras regulamentações”, assentou o problema da distinção: “Como se viu, é perfeitamente possível com base em medidas aparentemente inofensivas e meramente regulamentadoras o exercício de um direito fundamental possa ser restringido.” (In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 100-102).

³²²Cf obra do Professor Elival da Silva Ramos (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, cit.).

³²³E o mestre português cita o seguinte exemplo: “o direito de manifestação está sujeito aos limites da ‘não violência’ e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, a liberdade de deslocação.” (In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 450-451).

ser “conformados” pelo legislador ordinário, observados certos princípios limitadores desta regulação estatal.

Pois bem. Superada a dicotomia normativa entre a censura (proscrita pelo ordenamento jurídico) e a mediação estatal necessária ao efetivo gozo dos direitos fundamentais, resta, evidentemente, estabelecer parâmetros e limites cristalinos para esta atuação circundante ou periférica do Poder Público (que será abordada com relação a liberdade de informação jornalística, com mais detalhes, em capítulo próprio), quer mediante a elaboração de leis ou, para alguns teóricos, de atos individuais³²⁴, com o propósito de evitar qualquer censura dissimulada ou embaraço ao núcleo essencial da liberdade de expressão e de informação jornalística.

Importa neste momento alinhar os “limites dos limites”³²⁵ gerais da atuação do Poder Público em relação aos direitos fundamentais, transportando-os, posteriormente (em capítulo próprio), para a análise da regulamentação do exercício da liberdade de informação. Lembre-se, porque oportuno, que a regulamentação do direito fundamental, por princípio, não tem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo somente, no caso concreto, restringir o seu exercício.

Em primeiro lugar, a regulamentação de um direito fundamental não pode ser realizada senão por meio de lei formal e restrita³²⁶, dirigida a um número indeterminado de pessoas ou de casos³²⁷, deliberada pelo Parlamento e sancionada pelo chefe do Poder Executivo. A uma porque, como se sabe, ninguém no país será obrigado a fazer ou deixar

³²⁴ Ao tratar da ingerência estatal, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink sustentam que “*pode ocorrer individualmente (ato administrativo, sentença judicial) ou em geral (lei, regulamento jurídico, regulamento autônomo). Também pode ser simplesmente proporcionada por uma lei; se a lei autoriza, por exemplo, a Administração a impedir ao particular esta ou aquela conduta, então a própria lei já decide que ingerências podem afetar o particular, embora as não efetue ainda.*” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 118-119).

³²⁵ In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 451.

³²⁶ Para o mestre português, Canotilho, a autorização de restrição, além de delimitar o âmbito de proteção da norma constitucional, exercendo uma função de advertência ao legislador ordinário sobre seus limites, tem por objetivo compelir o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, visando conferir segurança jurídica aos cidadãos, que assim poderão confiar na ausência de restrições fora dos casos expressamente autorizados pelo texto constitucional. In Id. Ibid., p. 452-453.

³²⁷ Canotilho menciona, neste sentido, que tal exigência, prevista expressamente na Constituição Portuguesa, tem por escopo proteger o princípio da igualdade material, bem como evitar a manipulação pelo órgão legislativo em promulgar ato administrativo (restritivo) na forma por meio de lei individual e concreta. E mais, as leis individuais e concretas não contêm “*normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação.*” (In Id. Ibid., p. 454).

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, *ex vi* do art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988. Não ignoro, no entanto, a ressalva de Pieroth e Schlink, no sentido de que há um consenso no sentido de que o conceito de leis gerais previstas na Constituição Alemã significa determinada qualidade do conteúdo, com observância a proporcionalidade, e não o fato de se encontrar formulada de modo geral e abstrato.³²⁸ Além disso, preconizam que o Tribunal Constitucional alemão revela preocupação com a necessidade da observância das teorias do *efeito recíproco*, em que as próprias leis gerais restringem o seu efeito limitador das liberdades fundamentais, colocando-a (leis gerais) sob a interpretação da ‘presunção da admissibilidade do livre discurso’.³²⁹

A duas porque o legislador constituinte foi de insofismável clareza, por meio de inúmeras autorizações introduzidas nas normas constitucionais, utilizando expressões como “nos termos da lei” ou “compete à lei”, em autorizar a integração ou restrição da eficácia apenas por intermédio do texto legal.³³⁰ E mais, existem também reservas implícitas decorrentes de uma autorização tácita ou imanente de uma restrição que se confere ao legislador ordinário, em decorrência do princípio da unidade da Constituição, tão bem defendido por Canotilho.³³¹

Superada a forma da mediação da liberdade fundamental, a primeira restrição imposta ao legislador, quando no exercício da regulamentação da liberdade fundamental, repousa no fato de que deverá sempre procurar nos direitos previstos na Constituição Federal o fundamento concreto para a regulamentação dos direitos e liberdades. Em outras palavras, a regulação da norma fundamental não poderá mitigar seu âmbito de proteção³³²

³²⁸Para os autores: “O que o Tribunal Constitucional Federal exige na manutenção da teoria dos direitos especiais é – reduzindo as coisas a um conceito redutor – a neutralidade de opinião de leis gerais. Neutralidade de opinião significa que uma lei não pode converter as pessoas a determinados conteúdos de opinião ou não pode dissuadi-las de determinados conteúdo de opinião (proibição de endoutrinação de opinião) e não pode transformar a ausência de valor ou a perniciosidade dos conteúdos de opinião em pressupostos de previsões de ingerências (proibição de discriminação de opinião). A neutralidade de opinião tem também uma influencia no controle da proporcionalidade e exige que a lei se tenha de poder fundamentar como apta e necessária pra a prossecução de um fim legítimo, sem que a fundamentação leva em conta o valor do conteúdo e o efeito imaterial das opiniões.” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 281-283.

³²⁹In Id. Ibid., p. 134-135.

³³⁰Basta a simples leitura dos incisos IV, V, IX, X, XXXIII, do art. 5º, e o caput, do art. 220, e seu §1º, da Carta de Direitos de 1988.

³³¹In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1223-1224.

³³²Entendido aqui como: “O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (Tatbeständen) contemplados na norma jurídica (v.g., reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental⁹. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como

senão para salvaguardar outros direitos e liberdades constitucionais (“norma de proibição”)³³³, harmonizando-os com a norma regulamentada. Em resumo, não poderá criar ou inovar direitos por meio do legislador ordinário, diferentemente do caráter dinâmico da produção das normas apregoado por Kelsen.³³⁴ Cuida-se de uma advertência expressa ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação dos direitos fundamentais.

O segundo limite ao legislador repousa no que se convencionou chamar de “princípio da proibição do excesso”³³⁵, consubstanciado, em apartada síntese, no fato de que qualquer regulamentação do legislador, por meio de lei, deve ser “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”³³⁶. Em outras palavras, o ato normativo deverá ser apropriado aos fins invocados pela lei, sendo imperativo que se assegure não existir outro meio igualmente eficaz (necessário) para a mitigação dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, a regulamentação do direito fundamental não pode desmedida, desproporcional aos resultados obtidos.

Por adequação, como mencionado acima, deve-se ter em conta, como visto, que a regulamentação de um direito fundamental não tem por objetivo senão assegurar a materialização de outro direito constitucional. E por isso, segue a primeira indagação: A intervenção legislativa é adequada para realizar o objetivo almejado? Respondida positivamente a indagação, passe-se a análise da necessidade da regulamentação do direito fundamental. E a necessidade do ato estatal, como mencionado, está vinculada a ausência de medidas alternativas que poderiam ser utilizadas, levando em conta duas variáveis: “(1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido”.³³⁷ E por fim, o último requisito a ser observado pelo

objeto de proteção especial ou, em outras palavras, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*”. Definição extraída do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 511.911/SP.

³³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 452.

³³⁴Sustenta Kelsen que: “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não valor porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta” (In KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 221).

³³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 457.

³³⁶Id. Ibid., p. 457-458.

³³⁷Adverte o professor Virgílio que: “Em geral fala-se na necessidade como a busca do ‘meio menos gravoso’, o que pode dar a entender que se deva dar sempre preferência a medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. Nesses casos – e somente nesse caso – deve-se dar preferência à medida menos gravosa.” E continua “ (...) se a preferência tivesse que recair na medida menos gravosa, ainda que quase nada

legislador, a proporcionalidade em sentido estrito, a fim de verificar equilíbrio entre a restrição de um direito e a realização de outro.

Impõe-se também a observância ao “princípio da salvaguarda do núcleo essencial”³³⁸ dos direitos fundamentais que, além de figurar como norma implícita em nossa Constituição Federal³³⁹, tem previsão expressa em outras Cartas de Direitos³⁴⁰. Pode ser sintetizado, em apartada síntese, como a proscrição do legislador em regulamentar o núcleo essencial do direito fundamental atingido, limitando-se a disciplinar os aspectos circundantes ou periféricos da norma constitucional. Mas isto não resolve o problema, já que, a partir desta conclusão abstrata, nascem as inquietações sobre o objeto de proteção deste núcleo.

No que concerne ao objeto da proteção, Canotilho leciona existirem duas teorias em confronto. A primeira, denominada teoria objetiva, considera que o objeto de proteção do direito fundamental é a “garantia geral e abstracta prevista na norma, e não a posição jurídica concreta do particular”, em que se busca assegurar a eficácia da norma fundamental em sua globalidade. A segunda, a teoria subjetiva, a tutela do núcleo essencial do direito tem como referência a dimensão subjetiva do indivíduo, que não poderá ser sacrificado sob nenhum pretexto. Em seguida, apregoa que a solução não poderá desafogar em alternativas radicais, mas que a restrição de direitos, liberdades deve *“ter em atenção a função dos direitos na vida comunitária, sendo irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora desta função, designadamente pelas consequências daí resultantes para a existência da própria comunidade, quotidianamente confrontada com a necessidade de limitações dos direitos fundamentais mesmo no seu núcleo essencial (ex: penas de prisão*

eficiente, a resposta a todos os exames de necessidade já teria sido dada de antemão: é sempre melhor que o Estado seja omissor, pois, embora a omissão seja ineficiente para realizar objetivos que necessitem de uma ação estatal, ela será também, em geral, menos gravosa. Em segundo lugar porque a escolha pela medida mais eficiente – no caso da linha (2) da tabela – não significa desproteção ao direito restringido em favor de uma eficiente a todo custo. Essa proteção é apenas deslocada para o terceiro exame da proporcionalidade (...)” In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 172-173.

³³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 458-459.

³³⁹ É o que se extrai da jurisprudência do STF, conforme se extrai, por exemplo, do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424: *“Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e valar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.”* RTJ 188, 858 (912).

³⁴⁰ A Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 18, “3”, dispõe que: *“As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”*.

longas para crimes graves, independentemente de saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso)”.³⁴¹

A meu ver, apesar de não ignorar a contraposição doutrinária, com destaque para a lição do professor Virgílio³⁴², o núcleo essencial do direito fundamental relaciona-se com a existência do próprio direito, ou a viabilização mínima do seu exercício para o corpo social, em atendimento ao já mencionado princípio constitucional da unidade da Lei Fundamental. Em outras palavras, a regulamentação ou mitigação desta parte essencial (núcleo) do direito fundamental tornaria letra morta o preceito constitucional.

No que concerne à liberdade de informação jornalística, o conteúdo ou núcleo essencial foi suficientemente desenvolvido anteriormente. Tendo este cenário de pano de fundo, impõe-se repisar as conclusões trazidas neste capítulo: a) evolução da concepção tradicional da “censura”, bem como majoração dos agentes repressores das liberdades fundamentais, incorporando não apenas comportamentos prospectivos dos agentes políticos de plantão, mas também a omissão na regulamentação de direitos fundamentais no regime democráticos, permitindo o alijamento das vozes de uma minoria do debate público, aberto e desinibido; ii) a regulamentação do âmbito do direito fundamental, por meio de lei formal e restrita, como medida essencial para harmonizar eventuais conflitos entre as normas constitucionais; iii) limites à intervenção do legislador, que deverá buscar o fundamento da sua atuação tão somente nas normas constitucionais, observando-se, ainda, os princípios da proibição do excesso e da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais., iv) toda regulamentação deve ser justificável à luz da regra da proporcionalidade.

³⁴¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 459.

³⁴²In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 183-201.

5. A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE DE IMPRENSA NO DIREITO NORTE-AMERICANO E AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM ALGUMA MEDIAÇÃO ESTATAL

Convém assentar que é de conhecimento público que os sistemas de *common law*, como no caso dos Estados Unidos da América, são frontalmente distintos aos sistemas de *civil law*, como é o caso brasileiro e da Europa Continental (Ocidental), notadamente no que se relaciona às fontes de direito. No primeiro caso, as decisões judiciais (precedentes) se revestem de fundamental importância para a solução dos conflitos futuros, utilizados como precedentes e com caráter vinculantes (a denominada *stare decisis*), ao passo em que o *civil law* corporifica-se precipuamente em um conjunto de normas e princípios codificados.³⁴³ Isto não significa que algum temperamento não possa ser admitido, com o entrelaçamento de alguns institutos para a concretização de valores fundamentais comuns aos ordenamentos jurídicos. É o caso, por exemplo, dos institutos da súmula vinculante³⁴⁴ e do controle difuso de constitucionalidade.³⁴⁵

Logo, a digressão sobre a análise jurisprudencial envolvendo a Primeira Emenda da Constituição Americana não constitui *obiter dictum* no ensaio sobre a mediação estatal para o aperfeiçoamento da liberdade de imprensa. Ao revés, a evolução da tutela ao discurso no direito comparado norte-americano fornece subsídios dogmáticos interessantes à promoção do debate desinibido, robusto e substancialmente plural.

Pois bem. Configura-se verdadeiro truísmo a assertiva de que os traços gerais da política e da cultura norte-americana são marcados pela primazia da liberdade negativa (leia-se, grosso modo, a ausência de interferência do Estado nas liberdades consagradas pela Primeira Emenda), pelo profundo individualismo (com destaque quase absoluto a autonomia privada), e pela permanente desconfiança com relação ao Estado, principal ator de

³⁴³ Cf. FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

³⁴⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 795-796.

³⁴⁵ Esse controle tem origem no célebre caso de *Marbury v. Madison* (1803) em que a Suprema Corte Americana reconheceu incidentalmente no caso analisado a inconstitucionalidade da norma (Judiciary Act, de 1789) por alargar (indevidamente) a competência constitucional da Suprema Corte originalmente prevista na Constituição dos Estados Unidos da América (poder da *judicial review*). O controle difuso de constitucionalidade dos atos e normas foi previsto pela primeira vez na Constituição Brasileira de 1891 (arts. 59 e 60), estando vigente também sob a égide do texto constitucional de 1988.

onde poderá provir todos os males opressivos em desfavor dos indivíduos. É o que se extrai, por exemplo, dos escritos de Thomas Jefferson na defesa da primazia soberania popular.³⁴⁶

Todavia, da simples leitura da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, aprovada em 1791³⁴⁷, conquanto redigida com insofismável clareza, com proposições normativas proscrevendo a edição de qualquer lei pelo Congresso que viesse a cercear as liberdades de expressão e de imprensa dos cidadãos, sua incidência ao longo da história americana não foi interpretada pela Suprema Corte Americana como vedação absoluta a regulação estatal, mas no sentido para delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal, como se verá a seguir. E mais, a exegese do Tribunal Constitucional Norte-Americano passou por longa evolução no que diz respeito à liberdade de imprensa, sem rigor absoluto³⁴⁸, até desbordar na regra consolidada da “*reckless disregard*” (temerária desconsideração na publicação da informação), no caso *New York Times VS. Sullivan (1964)*³⁴⁹.

³⁴⁶ Aduziu que: “Every government degenerates when trusted to the rulers of the people alone. The people themselves, therefore, are its only safe depositaries. And to render even them safe, their minds must be improved to a certain degree (...). To preserve the independence of the people, we must not let our rules load us with perpetual debt. We must make our election between economy and liberty, or a profusion and servitude.” In JEFFERSON, Thomas. *Light and liberty: reflections on the pursuit of happiness*. New York: Edited by Eric S. Petersen. The Modern Library New York, 2005. p. 66-71).

³⁴⁷ “Congress shall make no law respecting an 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.”. Convém lembrar que a inclusão da carta de direitos no texto original foi discutida na Convenção da Filadélfia em 1787, conquanto tenha sido rejeitada sob o argumento de que as declarações estaduais de direitos, já promulgadas em quase todos os Estados, não seriam revogadas pela nova Constituição, fato este que tornaria inócuas a simples reafirmação. Mais, segundo Comparato, para os pais fundadores, a Convenção da Filadélfia fora convocada unicamente para reorganizar politicamente os Estados Unidos, no nível dos Poderes Públicos. Tudo o que se referia aos direitos dos cidadãos entendia-se que devia ser deixado à discrição das Constituições estaduais (In COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*, cit., p. 121-122).

³⁴⁸ Ficou marcada no tempo a célebre frase do Juiz Oliver Holmes, pronunciada no julgamento *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), em que os réus haviam distribuído panfletos a homens convocados para o alistamento denunciando o recrutamento militar como escravidão, e foram acusados com base na “Espionage Act of 1917”, no sentido de que “The most stringent protection of free speech would not protect a man falsely shouting fire in a theater and causing a panic. [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.” Sobressai, portanto, o início da doutrina “do perigo claro e iminente” como mecanismo redutor da garantia da liberdade de expressão.

³⁴⁹ A Suprema Corte Americana, neste caso, determinou que uma figura pública não poderia receber indenização por calúnia a menos que prove não só que o que foi publicado a seu respeito é falso, mas também que foi publicado com ‘malícia efetiva’, ou seja, com a ciência de que a informação era falsa ou com ‘temerária desconsideração pela sua veracidade’.

De fato, após a aprovação da Primeira Emenda pelos pais fundadores em 1791, o presidente John Adams sancionou em 14 de julho de 1798, a Lei de Sedição³⁵⁰, que tinha prazo de vigência expresso até 03 de março de 1801, tornando crime quaisquer textos falsos, escandalosos e maldosos contra o Governo dos Estados Unidos, ou o presidente dos Estados Unidos³⁵¹. Como se vê, a exegese da Primeira Emenda ficava limitada a proteção em face das restrições prévias, a exemplo do que ocorria no direito inglês na época, autorizando, por outro lado, a punição ulterior. A lei tornou-se assunto de campanha presidencial, contribuindo para a derrota de Adams por Thomas Jefferson em 1800 que, por sua vez, indultou todos os homens que haviam sido condenados por violar a indigitada Lei de Sedição.³⁵²

Todavia, as questões alusivas à proteção da liberdade de imprensa e de informação somente foram objeto de análise pormenorizada pela Suprema Corte Americana a partir de 1919³⁵³, quase 120 anos depois de solapada a Lei de Sedição, e sob alguma influência desta. Neste sentido, ainda em 1907, no caso *Patterson VS Colorado*, o Ministro Holmes, que se destacou posteriormente como um dos grandes precursores na interpretação liberal da concepção da liberdade da imprensa³⁵⁴, declarou que o escopo principal da garantia da liberdade de expressão era impedir as restrições prévias à publicação, sem, contudo, obstar a punição subsequente que possa ser considerada contrário ao bem-estar público.³⁵⁵ O Ministro John Marshall Harlan, num voto divergente, insistiu que a Décima Quarta Emenda³⁵⁶ deveria ser incorporada às garantias de liberdade de expressão e de imprensa da

³⁵⁰Curiosamente o fundamento na promulgação da norma repousava na necessidade de defender o país contra o terrorismo disseminado na França, pós-Revolução Francesa de 1789, com o paroxismo do terror jacobino e a guilhotina. Havia o receio da exportação da ideologia conservadora francesa, além de reprimir comentários favoráveis a Jefferson para a eleição presidencial de 1800. Cf. LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*, cit., p. 34-35.

³⁵¹A redação do tipo incriminador: “To write, print, utter or publish, or cause it to be done, or assist in it, any false, scandalous, and malicious writing against the government of the United States, or either House of Congress, or the President, with intent to defame, or bring either into contempt or disrepute, or to excite against either the hatred of the people of the United States, or to stir up sedition, or to excite unlawful combinations against the government, or to resist it, or to aid or encourage hostile designs of foreign nations.”

³⁵²LEWIS, Anthony. op. cit., p. 36-37).

³⁵³E a razão principal neste sentido era de que a interpretação (literal) dominante da Primeira Emenda, na acepção literal, restringia sua incidência as leis federais, mas não dos Estados Membros.

³⁵⁴A partir do caso *Abrams v United States*, 250 US 616 (1919), com a reafirmação da doutrina do “clear and present danger”, em que passou a discordar da maioria, conquanto tenha sido voto vencido, acompanhado pelo Ministro Brandeis, alterando a linha de raciocínio expressada nos casos anteriores de *Schenck v United States*, 249 US 47 (1919) e *Debs v v United States*, 249 US 211 (1919).

³⁵⁵“In the first place, the main purpose of such constitutional provisions is 'to prevent all such previous restraints upon publications as had been practised by other governments,' and they do not prevent the subsequent punishment of such as may be deemed contrary to the public welfare.”

³⁵⁶“All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall

Primeira Emenda, decisão embrionária, conquanto lacônica em sua redação, na esfera da defesa das liberdades públicas.

Passados doze anos do julgamento em *Patterson VS Colorado*, a partir dos casos *Schenck v United States*, 249 US 47 (1919) e *Debs v United States*, 249 US 211 (1919) e *Abrams v United States*, 250 US 616 (1919), o Juiz Holmes alterou o seu entendimento, com profundas implicações para a liberdade de expressão norte-americana, introduzindo a doutrina do “*perigo claro e iminente*”, sendo utilizada, no primeiro caso acima mencionado, para justificar a constitucionalidade da Lei de Espionagem de 1917, que, em apartada síntese, irrompia a proteção constitucional da liberdade de expressão e de imprensa quando as palavras usadas, sob circunstâncias tais, criassem um perigo claro e presente de causar os males substantivos que a sociedade tem o direito de impedir. No caso *Abrams v United States*³⁵⁷, sobreveio ainda o famoso pronunciamento divergente de Holmes referente ao “mercado das ideias”, concepção liberal, muito parecida com a doutrina de Stuart Mill, sobre a liberdade³⁵⁸, e a de John Milton (no discurso em *Aeropagítica*³⁵⁹), em que propugna a livre circulação das manifestações como a única maneira de se alcançar a verdade.

O que se procurou enfatizar nestes casos foi a distinção entre a difusão das ideias, abrigada pela redação da Primeira Emenda, e as condutas expressivas que colocassem em

abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

³⁵⁷O Ministro Oliver Holmes, em seu famoso voto (vencido), no caso *Abrams v United States*, 250 US 616 (1919), defendeu a primazia do livre debate para a formação da verdades, num ambiente que se discutia a legalidade das manifestações contrárias a guerra, tornando-se, desse modo, aceita no competição de mercado. Afirmou, nesse contexto, que “*Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care wholeheartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.*” **(grifei)**.

³⁵⁸Para alguns teóricos como Mill, a liberdade irrestrita de contradizer e condenar a nossa opinião é precisamente a condição que justifica que assumimos a sua veracidade para efeito de condução de medidas; e em nenhum outros termos pode se ter garantia racional de se estar com a razão. E mais, disse que “*se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade*” (Cf. In MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*, cit., p. 26).

³⁵⁹Disse em seu pronunciamento: “*Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?*” (MILTON, John. *Areopagítica*: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra, cit.).

risco a segurança da sociedade e do Estado. E mais, a Suprema Corte acautelou-se também em deixar claro que nem toda expressão estaria sob a proteção da Primeira Emenda. Em *Chaplinsk VS. New Hampshire* (315 US 568), por exemplo, restou assentado pelo Tribunal que a proteção não se estendia à obscenidade e às ações particulares de compensação por calúnia e difamação.³⁶⁰

Apesar dos votos divergentes de Holmes, com profunda influência à concepção da liberdade de imprensa, a Suprema Corte Americana manteve, por alguns anos, seu posicionamento a favor das leis e medidas restritivas da liberdade de imprensa nos casos levados a julgamento – *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925) e *Whitney v. Califórnia* (1927). Essa posição jurisprudencial é profundamente alterada já a partir da década de 60, em que prosperaram precedentes reconhecendo que os discursos de ódio, por si só, não violam a Primeira Emenda.³⁶¹

O famoso caso *New York Times vs. Sullivan* (376 US 254-1964) assentou uma profunda transformação na jurisprudência da Suprema Corte Americana³⁶², com a associação da liberdade de imprensa à democracia deliberativa. Colhe-se da decisão que a demonstração da verdade das informações desabonadoras aos agentes políticos se mostra insuficiente para gerar o dever de indenizar, porquanto, no limite, inviabilizaria o próprio exercício da atividade jornalística, uma vez que nem sempre se mostra possível à demonstração tempestiva da veracidade das informações no mundo contemporâneo.

³⁶⁰O juiz Frank Murphy assentou com precisão que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto, e que ofensas e insultos não contribuem para a difusão de ideias ou para se alcançar a verdade. Aduziu: “(...) it is well understood that the right of the speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.”

³⁶¹É o que se extrai, por exemplo, do caso *Brandenburg vs Ohio* (1969), em que foi dado primazia a liberdade de expressão de membros da Ku Klux Kan de defenderem as suas ideias odiosas, e a proibição do Estado de intervir na regulação do discurso, restando assentado que: “These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of the free speech and the free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent Lawless action and is likely to incite or produce such action.”

³⁶²Enfatizou Dworkin: “O caso Sullivan entrou para a história não só porque nele foi revisto o direito constitucional sobre a calúnia e a difamação, mas também porque a linguagem e as imagens de Brennan passaram a definir todo o conjunto do direito relacionado à Primeira Emenda” (In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 317).

Frise-se, no entanto, que já a partir do final da década de 40, a Suprema Corte Americana instituiu o princípio da neutralidade do discurso que, em apartada síntese, proíbe o Estado de regular o discurso com base no conteúdo das palavras empregadas, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate, como no caso de *R.A.V v. St. Paul* (1992).³⁶³ Todavia, sua aplicação não se revestia de natureza absoluta, tendo a Suprema Corte minimizado a sua incidência, por meio da doutrina da “*fighting words*”. E mais: recentemente a Suprema Corte Americana decidiu que não é incompatível com a Primeira Emenda a lei que criminaliza, como delito, a conduta de queimar uma cruz (“*cross burning*”) com o propósito de intimidar, porquanto, indigitado gesto representa, no corpo social, um censurável símbolo de ódio, com a intenção mordaz de ameaçar.³⁶⁴

Para o nosso estudo de direito comparado, importa sobremaneira verificar o histórico da mediação reguladora do Estado na concretização da liberdade de imprensa, não só a proteção de interesses ou valores do regime democrático, mas também para promover e assegurar a própria liberdade de informação dos atores sociais que, por razões variadas, encontram-se excluídos do debate público. E, neste contexto, o principal mecanismo foi a política da *Fairness Doctrine*³⁶⁵ criada pela Federal Trade

³⁶³ A Suprema Corte entendeu que a legislação da cidade de St. Paul não era neutra a quanto ao conteúdo. Neste sentido, o voto condutor do JUSTICE SCALIA: “*In its practical operation, moreover, the ordinance goes even beyond mere content discrimination to actual viewpoint discrimination. Displays containing some words - odious racial epithets, for example - would be prohibited to proponents of all views. But “fighting words” that do not themselves invoke race, color, creed, religion, or gender - aspersions upon a person’s mother, for example - would seemingly be usable ad libitum in the placards of those arguing in favor of racial, color, etc., tolerance and equality, but could not be used by those speakers’ opponents. One could hold up a sign saying, for example, that all [505 U.S. 377, 392] “anti-Catholic bigots” are misbegotten; but not that all “papists” are, for that would insult and provoke violence “on the basis of religion.” St. Paul has no such authority to license one side of a debate to fight freestyle, while requiring the other to follow Marquis of Queensberry rules.*”

³⁶⁴ *Virginia v. Black et al.* (2004); Apesar de reconhecer que a proposição normativa do Estatuto da Virginia, em criminalizar o ato de queimar cruzeiros, por não estar suficientemente clara a intenção de intimidar (e neste caso poderia ser proibido), ofende a cláusula da Primeira Emenda, a *Justice O’Connor* fez a ressalva sobre a ausência do caráter absoluto da liberdade de expressão: “*The protections afforded by the First Amendment, however, are not absolute, and we have long recognized that the government may regulate certain categories of expression consistent with the Constitution. See, e.g., Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568, 571-572 (1942) (“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem”). The First Amendment permits “restrictions upon the content of speech in a few limited areas, which are ‘of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.’ ” R. A. V. v. City of St. Paul, supra, at 382-383 (quoting Chaplinsky v. New Hampshire, supra, at 572).*”

³⁶⁵ Gustavo Binenbojm, em artigo denominado Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo E Democracia Deliberativa, afirmou que: “A “*fairness doctrine*” consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo FCC com o intento de promover os fins almejados pela teoria democrática da Primeira Emenda no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Embora consistentemente aplicada desde 1949, quando o FCC pela primeira vez fez uma exposição de motivos detalhada da doutrina, a mesma só ganhou foros de oficialidade normativa em 1959, com a edição de normas codificadas sob o n° 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais). As obrigações impostas pelo FCC às empresas de rádio e televisão como decorrência da *fairness doctrine* podem ser assim sumariadas: 1) dedicar um razoável

Comission³⁶⁶, agência reguladora federal, que estatuiu, em apartada síntese, que as empresas de rádio e televisão deveriam cobrir questões de importância pública e que o fizessem de uma maneira equilibrada, apresentando todos os lados da história. E mais, disponibilizava aos agentes políticos instrumentos para responder a editoriais políticos hostis e oferecia um direito de resposta proporcional ao agravo³⁶⁷.

Os objetivos alinhavados da estrutura regulatória traçados pelo FCC eram de evitar um possível efeito inibidor ou tendencioso de decisões das emissoras de rádio e televisão orientadas por interesses meramente comerciais, estabelecendo algumas obrigações que visavam assegurar o direito difuso da cidadania a ser adequadamente informada.³⁶⁸ E a Suprema Corte Americana, num primeiro momento, ao se debruçar sobre a questão, no caso de um autor de livro (crítico a um senador da república) que recorreu ao Tribunal Superior para sustentar seu direito de resposta às críticas advindas de uma rádio que o acusou de ser simpatizante comunista (caso *Red Lion Broadcasting Co v. FCC* - 1969), acolheu a constitucionalidade da doutrina da *Fairness Doctrine*. O voto condutor do Juiz White assentou que a autonomia conferida à imprensa não era absoluta, e que não somente os interesses dos emissários das informações (no caso emissoras de rádio e de TV, agentes fiduciários da população³⁶⁹), estavam protegidos pela Primeira Emenda. Antes, pelo contrário, sobressaía-se também o direito dos cidadãos a serem informados corretamente sobre matérias de interesse público, promovendo-se assim o debate desinibido, robusto e amplamente aberto³⁷⁰. Além disso, foi observado que a escassez das frequências de sons e

percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo; II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto; III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.” (BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil, cit.).

³⁶⁶ Agência Federal norte-americana criada em 1914 para a proteção dos consumidores, com a prevenção contra fraude e práticas comerciais enganosas, para manter a competição de mercado, evitando a prática de atos ilícitos no mercado. É o que se extrai das informações constantes do site (FEDERAL TRADE COMMISSION. About the FTC. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>>).

³⁶⁷ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, cit., p. 107.

³⁶⁸ Artigo publicado por Gustavo Binenbojm, denominado Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil, cit.

³⁶⁹ Propugnou que “*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.*”

³⁷⁰ “*Nor can we say that it is inconsistent with the First Amendment goal of producing an informed public capable of conducting its own affairs to require a broadcaster to permit answers to personal attacks occurring in the course of discussing controversial issues, or to require that the political opponents of those endorsed by the station be given a chance to communicate with the public./18/ Otherwise, station owners and a few networks would have unfettered power to make time available only to the highest bidders,*

imagens servia também de fundamento para a defesa da mediação pelo Poder Público.³⁷¹

Ocorre que a política de mediação estatal (*Fairness Doctrine*) na regulação desse setor foi seriamente abalada em 1987, sob a influência das diretrizes políticas amplamente contrárias a qualquer regulamentação consolidada no governo Reagan, em que a própria agência reguladora, Federal Trade Commission, revogou as normas estipuladas pela *Fairness Doctrine*, reputando-as inconstitucionais. O Congresso Americano, em sentido oposto ao ato de revogação, aprovou uma lei tornando a *Fairness Doctrine* norma cogente. Todavia, o presidente Reagan vetou a medida com base na teoria de que tal regulação seria inconstitucional, e que as mudanças tecnológicas inviabilizariam qualquer equilíbrio para o debate sobre a vida política, de interesse manifestamente coletivo.³⁷²

A expurgação desta doutrina não se mostrou casuística ou fruto exclusivo de processo ideológico estatuído pelo presidente Reagan. Antes, pelo contrário, verifica-se que a Suprema Corte Americana já assinalava, em precedentes anteriores ao caso *Red Lion Broadcasting Co v. FCC*, como nos casos de *Miami Harold v. Tornillo* (de 1974)³⁷³ e em *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission* (1986), a mudança de paradigma sobre a regulação estatal, deixando assentado, no primeiro caso, que a legislação da Flórida estaria impondo uma sanção aos jornais por expressar as suas visões,

to communicate only their own views on public issues, people and candidates, and to permit on the air only those with whom they agreed. There is no sanctuary in the First Amendment for unlimited private censorship operating in a medium not open to all. 'Freedom of the press from governmental interference under the First Amendment does not sanction repression of that freedom by private interests.' *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 20 (1945)".

³⁷¹"Because of the scarcity of radio frequencies, the Government is permitted to put restraints on licensees in favor of others whose views should be expressed on this unique medium. But the people as a whole retain their interest in free speech by radio and their collective right to have the medium function consistently with the ends and purposes of the First Amendment. It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount."

³⁷²FISS, Owen M. op. cit, p. 110. Cf. também as razões do veto do president Ronald Reagan no site THE HEARTLAND INSTITUTE. *Veto of Fairness Doctrine*. Disponível em: <<http://heartland.org/policy-documents/veto-fairness-doctrine>><http://heartland.org/policy-documents/veto-fairness-doctrine>: "In any other medium besides broadcasting, such Federal policing of the editorial judgment of journalists would be unthinkable. The framers of the First Amendment, confident that public debate would be freer and healthier without the kind of interference represented by the "fairness doctrine", chose to forbid such regulations in the clearest terms: "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press." More recently, the United States Supreme Court, in striking down a right-of-access statute that applied to newspapers, spoke of the statute's intrusion into the function of the editorial process and concluded that "[i]t 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." *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 258 (1974).

³⁷³Neste caso, a Corte declarou inválida uma lei do Estado da Flórida sobre o direito de resposta, já que a mencionada lei interfere na autonomia editorial dos jornais.

interferindo na autonomia dos editores³⁷⁴, ao passo que no último edificou a inconstitucionalidade da medida tomada pela comissão regulatória da Califórnia que exigia que a companhia elétrica permitisse a um grupo de cidadãos, que monitorava o processo de revisão tarifária, usar o espaço dos envelopes para divulgar mensagens sobre o valor da tarifa.³⁷⁵

Todavia, mesmo após a revogação da *Fairness Doctrine*, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, apesar de elevar a liberdade de informação e de imprensa a uma posição de preferência quando em colisão com outros direitos, não corroborou um caráter absoluto a fruição da indigitada liberdade. É o que se extrai, por exemplo, do caso *Globe Newspaper Co. v. Superior Court* (1982), em que se decidiu que, apesar da legislação do Estado de Massachusetts, alusiva ao segredo de justiça e à exclusão da imprensa nos processos criminais envolvendo crimes sexuais contra menores de 18 anos, não violar a Primeira Emenda, o acesso da imprensa pode ser limitado em caso de circunstâncias especiais.³⁷⁶

Como se vê, a oscilação na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, somada à ausência de uniformidade da experiência administrativa na mediação da liberdade de imprensa, revela que, apesar da predominar hoje na sociedade norte-americana a visão do Estado como potencial inimigo da liberdade de informação de imprensa, devendo manter uma posição neutra sobre discurso, não é correto afirmar que a leitura da Primeira Emenda proscreve a edição apriorística de toda e qualquer lei sobre a regulação da liberdade de imprensa.³⁷⁷

³⁷⁴Declarou, neste sentido, o Juiz Burger: “*The Florida statute exacts a penalty on the basis of the content of a newspaper. The first phase of the penalty resulting from the compelled printing of a reply is exacted in terms of the cost in printing and composing time and materials and in taking up the space that could be devoted to other material the newspaper may have preferred to print. (...) Faced with the penalties that would accrue to any newspaper that published news or commentary arguably within the reach of the right-of-access statute, editors might well conclude that the safe course is to avoid controversy. Therefore, under the operations of the Florida statute, political and electoral coverage would be blunted or reduced.*”

³⁷⁵FISS, Owen M. op. cit, p. 118-120.

³⁷⁶É o que assentou o Juiz Brennan: “*Although the right of access to criminal trial is of constitutional stature, it is not absolute. (...) But the circumstances under which the press and public can be barred from a criminal trial are limited; the State’s justification in denying access must be a weighty one. Where, as in the present case, the State attempts to deny the right of access in order to inhibit the disclosure of sensitive information, it must be shown that the denial is necessitated by a compelling governmental interest, and is narrowly tailored to serve that interest.*”

³⁷⁷E aqui convém destacar a classificação demarcada por Gustavo Binenbojm, no prefácio da obra do Professor Fish (*A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, cit.) sobre as concepções da liberdade de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano: “*(I) a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer*

Não se ignora ainda a existência do que se convencionou denominar atualmente de “cultura da convergência”, fenômeno que retrata o aumento da participação dos consumidores como integrantes (e não mais simples destinatários) da operação convencional da mídia, como pretensa democratização dos meios de comunicação; como, por exemplo, o lançamento de um novo canal de noticiais, “o Current”, em agosto de 2005, com contribuição decisiva do ex-presidente americano Al Gore, e que tinha por objetivo reconhecido “*incentivar a participação dos jovens como jornalistas cidadãos*”³⁷⁸. A intenção era de que os expectadores participassem da produção, seleção e distribuição da programação do canal, por meio de avaliação dos vídeos em website.³⁷⁹ Esse fenômeno também reproduz “ (...) um *deslocamento de conteúdo de mídia específico em direção a um conteúdo que flui por vários canais, em direção a uma elevada interdependência de sistemas de comunicação, em direção a múltiplos modos de acesso a conteúdo de mídia e em direção a relações cada vez mais complexas entre mídia corporativa, de cima para baixo, e a cultura participativa, de baixo para cima.*”³⁸⁰

Ocorre que, ainda que os indivíduos exijam que os veículos de comunicação sejam mais tolerantes a seus gostos e interesses, não se pode confiar exclusivamente no mercado para a ampliação do debate político aberto e cada vez mais participativo, ou atendimento ao interesse público. Isto porque, como adverte a doutrina, a retórica da “democratização” dos meios de comunicação está sendo liderada também por interesses econômicos privados e não (exclusivamente) por uma força-tarefa preocupada em ampliar o acesso à mídia

outro sujeito que realize atividade expressiva de ideias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. (...) (II) – a teoria democrática, que vê a Primeira Emenda essencialmente como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre assuntos de interesse geral e, desse modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção, tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e imprensa. A preocupação com a autonomia individual é aqui centrada menos no emissor que nos receptores das mensagens.”. Para os adeptos da primeira teoria, o papel do Estado se limita a proteção da liberdade de expressão do emissor, de sorte que toda mediação regulatória sobre o conteúdo é encarada com reservas, com absoluta desconfiança. Para os teóricos da segunda, importa precipuamente o atendimento das condições ao exercício do autogoverno, da liberdade política. O Estado não é mais visto como inimigo da liberdade de expressão; ao revés, pelo contrário, sua atuação visa justamente assegurar a fruição desta liberdade pelo maior número de cidadãos.

³⁷⁸ JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009. p. 322-323.

³⁷⁹ O ex-presidente americano, Al Gore, explicou em 2004: “*estamos prestes a delegar poderes a essa geração de jovens entre 18 e 34 anos para que ela se envolva num diálogo democrático e conte histórias do que se passa em suas vidas, na mídia dominante de nossa época. A Internet abriu uma comporta aos jovens, cujas paixões estão finalmente sendo ouvidas, mas a TV não seguiu o exemplo (...). Nosso objetivo é dar voz aos jovens, é democratizar a televisão*” (In Id. Ibid., p. 322).

³⁸⁰ Id. Ibid., p. 325.

tradicional.³⁸¹ Sendo assim, a batalha para evitar a concentração de poder dos grupos de comunicação é uma luta constante, bem como o fomento a uma cultura midiática mais participativa, por meio de um dos seus inúmeros canais, uma vez que permite a reação dos grupos alternativos ao monopólio da informação.³⁸²

Como se vê, o que se denota é que nem o regime jurídico norte-americano, arraigado em um sistema político liberal e marcado profundamente pelo viés individualista, mostra-se integralmente desgarrado da ideia de alguma mediação do Estado no exercício da liberdade de imprensa, ainda que pontual, para salvaguardar outros valores igualmente consagrados na Constituição norte-americana.

Logo, *a fortiore*, pode-se concluir que as inúmeras regras e princípios consolidados no texto constitucional de 1988³⁸³, não incluídos numa cláusula geral como no exemplo dos Estados Unidos da América, também não proscrevem a mediação estatal, em aspectos periféricos ao conteúdo da liberdade de informação jornalística e a liberdade imprensa, a fim de assegurar um debate desinibido, robusto e pluralista, garantindo, desse modo, a participação de todas as vozes no discurso, impedindo a formação de monopólio dos veículos de informação.

³⁸¹Explica Henry Jenkins, neste sentido, que “A indústria midiática está adotando a cultura da convergência por várias razões: estratégias baseadas na convergência exploram as vantagens dos conglomerados; a convergência cria múltiplas formas de vender conteúdos aos consumidores; a convergência consolida a fidelidade do consumidor, numa época que a fragmentação do mercado e o aumento da troca de arquivos ameaçam os modos antigos de fazer negócios. Em alguns casos, a convergência está sendo estimulada pelas corporações como um modo de moldar o comportamento do consumidor.” (In Id. Ibid., p. 325-326).

³⁸²“É por isso que é tão importante lutar contra o regime de direitos autorais corporativos, combater a censura e o pânico moral que tentam transformar em doença as formas emergentes de participação, expandir o acesso e a participação de grupos que, de resto, estão sendo deixados para trás, e promover formas de educação e letramento midiático que auxiliem as crianças a desenvolver as habilidades necessárias para se tornarem participantes plenos de sua cultura.” (In Id. Ibid., p. 331).

³⁸³É o caso do direito de resposta (art. 5º, V), do direito a acesso à informação e aos remédios constitucionais a disposição do cidadão (art. 5º XIV), o direito à indenização e à vedação ao anonimato (art. 5º, X).

6. O PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO PARA A REALIZAÇÃO INTEGRAL DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

Esboçados os limites da regulamentação dos direitos fundamentais no capítulo quatro, e, antes de deflagrar o papel circundante ou periférico do Poder Público na mediação da liberdade de informação jornalística, é necessário retomar brevemente a ideia de que a história do pensamento político do Estado está monopolizada pelo confronto entre a concepção (liberdade) negativa e a concepção (liberdade) positiva da sua atuação³⁸⁴, sobretudo na mediação do Poder Público em harmonizar eventuais conflitos entre dois ou mais princípios fundamentais, cujo resultado, então, é traduzido por uma norma infraconstitucional.

Neste contexto, lembra Norberto Bobbio, ao tratar do tema do fim do Estado, que: *“A concepção negativa é um pressuposto necessário mas não suficiente do ideal do fim do Estado. Quem dá um juízo positivo a respeito do Estado – quem crê que o Estado é, se não o máximo bem, uma instituição favorável ao desenvolvimento das faculdades humanas, ao progresso civil, uma civil society no sentido setecentista do termo – será induzido a esperar não o fim do Estado, mas a gradual extensão das instituições estatais (in primis, do monopólio da força mesmo que controlado por organismos democráticos) até a formação do Estado Universal.”*³⁸⁵

O professor Owen Fiss procurou desmitificar o papel exclusivo do Estado inimigo das liberdades públicas, aduzindo que o discurso é tão valorizado pela Constituição americana, não porque ele é uma forma de auto-expressão ou auto-realização, mas porque ele é essencial para autodeterminação coletiva. A democracia permite que as pessoas escolham a forma de vida que desejam viver e pressupõe que essa escolha seja feita em um

³⁸⁴ Neste sentido, o filósofo italiano Norberto Bobbio lembra que: *“Sob a forma de contraposição entre liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, a antítese entre liberalismo e democracia foi enunciada e sutilmente defendida por Benjamin Constant (1767-1830) no celebre discurso pronunciado no Ateneu Real de Paris em 1818, do qual é possível fazer começar a história das difíceis e controvertidas relações entre as duas exigências fundamentais de que nasceram os Estados contemporâneos nos países econômica e socialmente mais desenvolvidos: a exigência, de um lado, de limitar o poder e, de outro, de distribuí-lo.”* (In BOBBIO, Norberto *Liberalismo e democracia*, cit., p. 8-9).

³⁸⁵ In Id. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, cit., p. 126-127.

contexto no qual o debate público seja robusto e amplamente aberto. Sendo assim, em alguns momentos, agentes ou representantes do governo podem exteriorizar a vontade de constranger ou inibir o debate livre e aberto, e a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo o autor, é o mecanismo testado e aprovado que impede e previne tais abusos do poder estatal ou econômico. Em outras palavras, o Estado deverá agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora das instituições oficiais estão inibindo o discurso.³⁸⁶

De acordo com o professor de Yale, *“Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.”*³⁸⁷

Neste contexto, cito também a doutrina de Hegel, para quem o Estado é *“a realidade em ato da liberdade concreta”*. Para o filósofo, o Estado é uma necessidade exterior e o poder mais alto sobre os indivíduos, mas o autor lança também a defesa à força da unidade como fim universal. Daí se justificaria, nesta perspectiva, a mediação estatal com limites expressos ao Poder Público como instrumento para assegurar a própria liberdade dos indivíduos, no caso em tela, a liberdade de informação em todas as suas dimensões.³⁸⁸

Penso ser anacrônica a visão do Estado como um mal necessário³⁸⁹, que deveria se intrometer o menos possível na esfera de ação dos indivíduos, formulação típica da

³⁸⁶In FISS, Owen M. op. cit., p. 30.

³⁸⁷Id. Ibid., p. 60.

³⁸⁸Preconiza o filósofo alemão: *“Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas de família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim. Dai provém que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual.* In HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*, cit., p. 225-226.

³⁸⁹E aqui lembro a lição do Professor Manuel Castells no sentido de que, apesar do sistema efetivo de governança ampliar a participação dos cidadãos na dimensão política, os Estados não deixam de existir. Diz: *“(…) os Estados-Nação, apesar de sua crise de multidimensional, não desaparecem, mas se transformam, de modo a adaptarem-se ao novo contexto. Essa transformação pragmática é o que*

doutrina liberal, e que, ao menos na realidade brasileira, não encontra respaldo nas diretrizes programáticas previstas na Constituição de 1988.³⁹⁰ De fato, confiar exclusivamente nas regras do mercado não parece a melhor solução, notadamente se existir concentração das fontes de informação nas mãos de poucos.³⁹¹ Não se olvide de que os veículos de comunicação tendem, a partir da nossa realidade contemporânea, como mostram as regras de experiência, a maximizar a sua audiência e a atração de publicidade, a evidenciar, pois, o desvirtuamento da promoção do debate público, aberto e desinibido, conforme bem assinala a professora Marilena Chauí sobre o desmoronamento da opinião pública, como categoria de pensamento essencial da democracia.³⁹²

Não sou favorável, todavia, à atuação irrestrita do Poder Público na regulamentação das liberdades públicas, sobretudo levando-se em conta nosso passado recente de violação

realmente muda o cenário da política e da formulação de políticas, hoje.” (In CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência, cit., p. 105). Norberto Bobbio, por sua vez, ao discriminar a dimensão do Estado como mal necessário, sob a ótica do “não-Estado-sociedade civil”, enfatizou: “*Quando a sociedade civil sob a forma de sociedade livre mercado avança a pretensão de restringir os poderes do Estado ao mínimo necessário, o Estado como mal necessário assume a figura do Estado mínimo, figura que se torna o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal. Para Adam Smith, o Estado deve se limitar a prover a defesa externa e a ordem interna, bem como a execução de trabalhos públicos.*” In BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política, cit., p. 129-130.

³⁹⁰ Antes, pelo contrário, basta à leitura das diretrizes e dos princípios normativos da ordem econômica, consolidados no art. 170, da CF/88, para solapar qualquer dúvida de que o legislador constituinte se mostrou contrário a implantação a do Estado liberal puro (leia-se Estado mínimo) mínimo nesta órbita da atividade privada.

³⁹¹ Daniel Sarmento enfatiza: “*Hoje, a opinião pública resulta cada vez menos do embate de ideias entre cidadãos bem informados, sendo cada vez mais definida pelos veículos de comunicação de massa. O sujeito real da democracia contemporânea não é, infelizmente, o cidadão participativo, mas o consumidor apático, que, no intervalo entre a novela e o filme enlatado, assiste ao jornal da TV às notícias sobre o último escândalo político. Neste contexto, a mídia assumiu um enorme poder na fixação das agendas de discussão social, na seleção e apresentação dos pontos de vista que serão ouvidos sobre estes temas e na própria realização das escolhas por cada indivíduo*” (In SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, cit., p. 283-284).

³⁹² A festejada autora traz concepção tradicional da opinião pública e aponta os deslocamentos responsáveis pela mudança de paradigma (da sua definição): “*Esta, em seus inícios liberais, era definida como a expressão, no espaço público, de uma reflexão individual ou coletiva sobre uma questão controvertida e concernente ao interesse ou ao direito de uma classe social, de um grupo ou mesmo da maioria. A opinião pública era um juízo emitido em público sobre uma questão relativa à vida política, era um reflexão feita em público e por isso definia-se como uso público da razão e como direito à liberdade de pensamento e expressão. (...) É possível perceber três deslocamentos por que passaram a ideia e a prática da opinião pública: o primeiro, como salientamos, é a substituição da ideia de uso público da razão para exprimir interesses e direitos de um indivíduo, um grupo ou classe social pela ideia de expressão em público de sentimentos, emoções, gostos e preferências individuais; o segundo, como também observamos, é a substituição do direito de cada um e de todos de opinar em público pelo poder de alguns para exercer esse direito, surgindo, assim, a curiosa expressão ‘formador de opinião’, aplicada a intelectuais, artistas e jornalistas; o terceiro, que ainda não havíamos mencionado, decorre de uma mudança na relação entre vários meios de comunicação sob os efeitos das tecnologias eletrônicas e digital e da formação de oligopólios midiáticos globalizados (alguns autores afirmam que o século XXI com a existência de dez ou doze conglomerados de mass mídia de alcance global). Esse terceiro deslocamento se refere à forma de ocupação de espaço da opinião pública pelos profissionais dos meios de comunicação.*” In CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*, cit., p. 9-14.

no campo dos direitos humanos.³⁹³ E também não ignoro as advertências trazidas por Isaiah Berlin, reproduzidas por Dworkin, sobre a suposição de que as liberdades (virtudes), positiva e negativa, poderiam conviver em harmonia numa só estrutura política.³⁹⁴

Compartilho a visão do Professor John Rawls, já mencionada anteriormente, segundo a qual se torna imprescindível considerar a avaliação das liberdades fundamentais em conjunto, como um sistema único, com destaque para o princípio isonômico. O valor de uma dessas liberdades, em geral, depende da especificação de outras liberdades. Além disso, em condições razoavelmente favoráveis, sempre há *“um modo de definir essas liberdades de forma que as principais aplicações de cada uma delas possam ser simultaneamente asseguradas e os interesses mais fundamentais, protegidos. Ou, pelo menos, que isso é possível, contanto que os dois princípios e suas prioridades correspondentes sejam acatados com coerência. Por fim, dada essa especificação das liberdades fundamentais, presume-se que, na maioria dos casos, esteja claro se uma instituição ou uma lei de fato restringe ou se apenas regula determinada liberdade fundamental.”*³⁹⁵

E mais, indubitável que certas formas de informação têm o condão de silenciar outras formas, emergindo, pois, o dever do Poder Público, de forma positiva, em equilibrar as liberdades negativas. Trata-se da hipótese trazida por Dworkin, quando diz que ao Estado é permitido vetar a interrupção de oradores ou outras formas de expressão que têm a finalidade justamente de impedir que outras pessoas falem ou sejam ouvidas.³⁹⁶

³⁹³Recomendo a leitura da obra: BRASIL Nunca Mais. Arquidiocese de São Paulo. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

³⁹⁴Reproduz o autor: *“Uma liberdade pode abortar outra; uma liberdade pode obstruir ou deixar de criar condições que tornem possíveis outras liberdades, ou um grau maior de liberdade, ou ainda a liberdade de um número maior de pessoas; as liberdades positiva e negativa podem entrar em conflito; a liberdade do indivíduo ou do grupo pode não ser plenamente compatível com um grau pleno de participação numa vida comum, com suas exigências de cooperação, solidariedade e fraternidade. Porém, além disso tudo há uma questão mais importante: a necessidade absoluta de se atender às exigências de outros valores igualmente importantes: a justiça, a felicidade, o amor, a realização da capacidade de se criar novos objetos, experiências e ideias, a descoberta da verdade. Nada se ganha quando se identifica a liberdade propriamente dita, num ou noutro de seus dois sentidos, com esses valores ou com as condições que a tornam possível, ou quando se confundem os vários tipos de liberdade uns com os outros,”* In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 346-347.

³⁹⁵Rawls ainda faz menção a necessidade de equilíbrio entre as liberdades fundamentais em jogo, e que o melhor arranjo *“depende da totalidade das limitações às quais estão sujeitas”*. E traz o seguinte exemplo: *“(…) certas normas de ordem são necessárias para regular a discussão; sem a aceitação de métodos razoáveis de investigação e debate, a liberdade de expressão perde seu valor. Por outro lado, uma proibição a adotar ou defender certas ideias religiosas, morais ou políticas é um restrição à liberdade e deve ser julgada como tal”* In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 247-248.

³⁹⁶In DWORKIN, Ronald. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, cit., p. 356.

Qual a solução então para harmonizar a o conflito entre a garantia da democracia e a proteção da liberdade individual? De um lado, temos o ideário democrático, que exige que todos membros da comunidades devam ter oportunidades iguais e efetivas para a difusão e o confronto de sua opiniões³⁹⁷, bem como a necessidade da participação na esfera pública, “*em múltiplos fóruns e espaços que pressionam e fiscalizam a ação dos governantes*”³⁹⁸, sobretudo na democracia representativa; daí decorre logicamente a importância da liberdade de expressão, em qualquer das suas dimensões, sobremaneira a liberdade de informação jornalística. De outro lado, verifica-se a necessidade de assegurar a liberdade de informação, tão violada pelo Estado ao longo das últimas décadas, em nome da defesa de algum bem jurídico (v.g. segurança, privacidade, intimidade etc), e reforçar a defesa do emissor da informação como beneficiário da tutela estatal. Oportuno reproduzir, neste sentido, a afirmação clássica de Madison: “*um governo popular, sem informação popular ou os meios de obtê-la, é apenas o prologo de uma farsa ou tragédia ou, talvez, ambos... um povo que pretende ser seu próprio governante deve armar-se com o poder que o conhecimento oferece*”³⁹⁹

A solução atraente da autorregulação pelos órgãos e veículos de comunicação, num pretendo amoldamento de limites em consonância com a fronteira normativa delimitada pela Constituição de 1988, é incapaz, por si só, de prevenir a formação de monopólios ou oligopólios, ou fomentar o debate público, livre e plural, que esteja imune a toda e qualquer influência do poder econômico na formação da agenda jornalística ou, ainda, se mostrar hábil a materializar, por exemplo, direitos igualmente fundamentais à sociedade, como o direito de resposta proporcional ao agravo, conforme prescreve o inc. V, do art. 5º, da Constituição da República de 1988. A doutrina reproduz, com indelével saciedade, as falhas e limitações do mercado e o risco de concentração dos veículos de comunicação nas mãos de poucos afortunados, apesar de sustentar também, com razão, que é melhor do que o controle estatal. E traz como fundamentos pragmáticos desses riscos, dentre os quais: (i) a influência dos anunciantes para o desvirtuamento do debate das questões políticas

³⁹⁷Robert Dahl preconiza as consequências da inobservância a este pressuposto democrático: “ (...) se alguns membros recebem maiores oportunidades do que outros para expressar seus pontos de vista, é provável que suas políticas prevaleçam. No caso extremo, restringindo-se as oportunidade de discutir as propostas constantes no programa, uma pequena minoria poderá realmente determinar as políticas da associação. O critério da participação efetiva visa evitar que isso aconteça” (In DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. da UnB, 2001. p. 50-51).

³⁹⁸SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, cit., p. 281.

³⁹⁹In DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 582.

importantes⁴⁰⁰; (ii) a informação como bem público⁴⁰¹; e (iii) a escassez de espectro radioelétrico⁴⁰².

No campo da filosofia, a meu sentir, apesar de não ter pretensão alguma de apresentar resposta pronta e acabada nesta seara, a solução “prima facie” se mostra na fórmula aristotélica do “justo meio”⁴⁰³, já que em que nenhum dos direitos fundamentais ostenta primazia apriorística, comportando flexibilidade na irradiação dos efeitos, mas nunca a subordinação integral, inexistindo relação de preferência hierárquica, a fim de evitar a consolidação do excesso, da radicalização de uma posição jurídica violadora da liberdade fundamental.

Na esfera do Direito positivo, a resposta não se afigura tão distinta da metajurídica, já que a nossa Constituição Federal de 1988 assegurou, de maneira insofismável, o direito e a liberdade de comunicação e de informação jornalística, autorizando, no entanto, a mediação do Poder Público na regulamentação dos direitos fundamentais. Basta a simples leitura dos arts. 220 a 224, da Carta de Direitos⁴⁰⁴, em conjunto com o art. 5º, IV, XIV e XXXIII, para desarmar os espíritos mais liberais.

⁴⁰⁰Reproduz Marilena Chaui a doutrina de Marshal McLuhan sobre a influência da publicidade nos veículos de comunicação: *“Esta é a época de transição da era comercial, quando a produção e distribuição de utilidades absorvia o engenho dos homens. Passamos hoje da produção de mercadorias empacotadas para o empacotamento da informação. Anteriormente, invadíamos (os Estados Unidos) os mercados estrangeiros com utilidades. Hoje, invadimos culturas inteiras com informação enlatada, diversão e ideias”* In CHAUI, Marilena. op. cit., p. 37.

Alexandre Sankievicz: lembra também que *“Outras vezes a restrição do pluralismo irá decorrer do desejo dos anunciantes de atingir audiências específicas, ao invés do público em geral. Desse modo, empresas de comunicação social que dependem da publicidade tendem a não produzir programas que não interessem os publicitários ou suas audiências específicas. A audiência preferida, por sua vez, é aquela mais propensa a comprar os produtos, tipicamente formada por pessoas jovens, entre 18 e 49 anos, de alta renda e não pertencente a nenhuma minoria étnica”* In SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectiva de regulação*, cit., p. 72-73.

⁴⁰¹In SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 74-77.

⁴⁰²Lembra Alexandre Sankievicz: *“(…)Um sistema de licenças limitadas implica uma forte restrição de acesso aos meios de radiodifusão. O número de comunicantes é naturalmente limitado pelo modelo, o que contraria o ideal democrático de viabilizar a participação dos cidadãos nos fóruns públicos de discussão. Aqui, mesmos aqueles que teriam condições econômicas para custear os valores impostos pela transmissão de rádio e televisão e expor suas ideias são impedidos de fazê-lo, pois apenas os vencedores dos processos de outorga adquirem o direito de divulgar suas mensagens por meio do espectro.”* In SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 86.

⁴⁰³In ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Tradução de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. p. 232-246.

⁴⁰⁴Reproduzo, neste sentido, porque oportuno, parte do voto do saudoso Ministro Menezes Direito, que alinhavou, com precisão cartesiana, os fundamentos jurídicos e democráticos trazidos ao longo deste ensaio, para justificar a mediação do Estado na regulamentação da liberdade de imprensa: *“(…) Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para*

Além disso, a nossa Corte Constitucional já assentou, em inúmeras oportunidades, a ausência de direito fundamental de natureza absoluta.⁴⁰⁵ Lembro também, mais uma vez, a título de ilustração, que, segundo alguns teóricos norte-americanos, a leitura da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos⁴⁰⁶, que assegura a liberdade de imprensa, nunca foi de impedir qualquer regulamentação.⁴⁰⁷

estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem. Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, esta Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações.”

⁴⁰⁵ Neste sentido, transcrevo parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF n.º 130: “Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — “Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade. É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.”

⁴⁰⁶ “Congress shall make no law respecting an 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.”

⁴⁰⁷ Afirma Dworkin: “Nenhum constitucionalista de renome (exceto o juiz Black), jamais pensou que a Primeira Emenda impedisse o governo de qualquer regulamentação da expressão. Sempre foi possível para as pessoas processarem umas às outras nos tribunais norte-americanos por difamação e calúnia, por exemplo, e mesmo os mais famosos defensores da liberdade de expressão reconheceram que ninguém tem o direito constitucional de gritar ‘fogo’ em um teatro lotado ou de publicar informações a respeito dos movimentos de tropas em tempo de guerra.” E complementa com maestria: “(...) se ganha popularidade a ideia de que a Primeira Emenda é um escudo de múltiplas utilidades para os jornalistas, repelindo ações por difamação, depoimentos e investigações, além da censura, deve, então, tornar-se um escudo mais fraco porque parecerá óbvio que um poder tão grande da imprensa necessariamente será confrontado com outros

Destaco ainda que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado⁴⁰⁸. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo (eficácia horizontal), que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional, aplicando-se, desse modo, a todos os atores sociais, inclusive aos veículos de comunicação em massa.⁴⁰⁹

Trata-se, pois, do “*status positivus*” mencionado por Bodo Pieroth e Benhard Schlink⁴¹⁰. Lembram os citados autores também que o direito é conformado pela história e não pode ser compreendido sem esta última, sendo que as regulações jurídicas poderão ter um fôlego mais prolongado do que as ordens políticas, quando assentados em circunstâncias sociais e econômicas uniformes ou quando dão resposta a questões fundamentais humanas invariáveis. Segundo esta visão: “*Os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direitos políticos e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas os direitos fundamentais são também, simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre a liberdade individual e a ordem política.*”⁴¹¹

Na realidade brasileira, o mais simples dos instrumentos da hermenêutica (leia-se a interpretação gramatical) bastaria para conduzir a conclusão sobre a existência da reserva legal qualificada no tocante à liberdade de informação jornalística e à liberdade de imprensa, ou seja, a simples leitura dos dispositivos constitucionais desautoriza a conclusão sobre a proibição a qualquer regulação estatal da liberdade de informação

interesses privados e sociais na comunidade. O prejuízo recairá, então, sobre a função historicamente central da Primeira Emenda, que é simplesmente assegurar aos que desejam pronunciar-se sobre questões de controvérsia política e social a liberdade de fazê-lo.” In DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, cit., p. 569 e 574.

⁴⁰⁸ Reproduzo novamente a doutrina de Canotilho. Ensina o mestre português que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: “(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). Assim, por.ex., o art. 37 da CRP garante subjectivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (cfr. Art. 37º/2).” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 407-408.

⁴⁰⁹ Cf a obra de Daniel Sarmento: *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.

⁴¹⁰ Que nada mais é que “(...) o estado em que o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado para criação e conservação de sua existência livre. Este estado encontra-se conformado e assegurado quando e na medida que sejam os direitos de reivindicação, de proteção, de participação, de prestação e de procedimento” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*, cit., p. 63.

⁴¹¹ In Id. Ibid., p. 37.

jornalística. Basta ao legislador obedecer ao disposto nos §§1º a 6º, do art. 220, combinado com os incisos II, IV, IX e X, do art. 5º, todos da Lei Fundamental, construção normativa determinada pelo próprio constituinte de 1988⁴¹², para solapar qualquer dúvida sobre a possibilidade da mediação estatal conferida pelo nosso constituinte de 1988.⁴¹³

Feitas essas considerações iniciais, necessário agora estabelecer os parâmetros do modelo da mediação do Poder Público, por meio da atividade legislativa, e não da função jurisdicional, como vem ocorrendo. A uma porque a regulamentação de um direito fundamental não pode ser perpetrada senão por meio de lei formal e restrita⁴¹⁴, dirigida a um número indeterminado de pessoas ou de casos⁴¹⁵. Mas não ignoro a ressalva de Pieroth e Schlink, no sentido de que há um consenso de que o conceito de leis gerais previstas na

⁴¹²Neste contexto, o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário n.º 511961: “A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais: Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo. Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII). Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.”

⁴¹³Frise-se, por oportuno, que nem mesmo a doutrina e a jurisprudência americana refutam, como visto anteriormente, na leitura absoluta da Primeira Emenda (em que a redação do comando é de clareza solar no sentido de que “nenhuma lei” será produzida para impedir a liberdade de expressão), a possibilidade da mediação estatal justamente para assegurar a todos os destinatários da informação à liberdade de expressão. Neste sentido também é a doutrina abalizada de Sérgio Cavalieri Filho: “Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício desta liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, ‘in fine’. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no §1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à observância do disposto no art. 5º, IV, V, XIII e XIV. Temos aqui verdadeira ‘reserva legal qualificada’, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos de personalidade em geral. Do contrário, não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites imanescentes ao exercício da liberdade da imprensa.” (In CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 130).

⁴¹⁴Para o mestre português, Canotilho, a autorização de restrição, além de delimitar o âmbito de proteção da norma constitucional, exercendo uma função de advertência ao legislador ordinário sobre seus limites, tem por objetivo compelir o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, visando conferir segurança jurídica aos cidadãos, que assim poderão confiar na ausência de restrições fora dos casos expressamente autorizados pelo texto constitucional. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 452-453.

⁴¹⁵Canotilho menciona, neste sentido, que tal exigência, prevista expressamente na Constituição Portuguesa, tem por escopo proteger o princípio da igualdade material, bem como evitar a manipulação pelo órgão legislativo em promulgar ato administrativo (restritivo) na forma por meio de lei individual e concreta. E mais, as leis individuais e concretas não contêm “*normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação.*” (In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 454).

Constituição Alemã relaciona-se a determinada qualidade do conteúdo da norma, com observância a proporcionalidade, e não o fato de se encontrar formulada de modo geral e abstrato.⁴¹⁶ Além disso, preconizam os festejados autores que o Tribunal Constitucional alemão revela preocupação com a necessidade de que as próprias leis gerais restrinjam o seu efeito limitador das liberdades fundamentais (teoria do *efeito recíproco*), colocando-a (leis gerais) sob a interpretação da ‘*presunção da admissibilidade do livre discurso*’⁴¹⁷ A duas, porque o legislador constituinte foi de insofismável clareza, por meio de inúmeras autorizações introduzidas nas normas constitucionais, utilizando expressões como “nos termos da lei” ou “competete à lei”, em autorizar a integração ou restrição da eficácia apenas por intermédio do texto legal.⁴¹⁸ E mais, sobreleva também destacar um argumento político: além de gozar de legitimidade democrática, apesar da crise representação aludida por Castells⁴¹⁹, o legislador ordinário submete-se aos constrangimentos do processo eleitoral, às pressões organizadas, sendo ainda o protagonista das deliberações tomadas no âmbito do parlamento.

Também relevante é delinear os limites desta mediação (ou limites dos limites, nas palavras do professor Canotilho⁴²⁰) do Poder Público, fenômeno este que passo a denominar de papel circundante ou periférico do Estado. Cuida-se de impor ao legislador, em outras palavras, na condição de agente político responsável pela promoção do pluralismo das ideias na esfera pública, as restrições delineadas estabelecidas no capítulo 4, além das previstas expressamente na Carta de Direitos de 1988.

⁴¹⁶Para os autores: “*O que o Tribunal Constitucional Federal exige na manutenção da teoria dos direitos especiais é – reduzindo as coisas a um conceito redutor – a neutralidade de opinião de leis gerais. Neutralidade de opinião significa que uma lei não pode converter as pessoas a determinados conteúdos de opinião ou não pode dissuadi-las de determinados conteúdo de opinião (proibição de endoutrinação de opinião) e não pode transformar a ausência de valor ou a perniciosidade dos conteúdos de opinião em pressupostos de previsões de ingerências (proibição de discriminação de opinião). A neutralidade de opinião tem também uma influencia no controle da proporcionalidade e exige que a lei se tenha de poder fundamentar como apta e necessária pra a prossecução de um fim legítimo, sem que a fundamentação leva em conta o valor do conteúdo e o efeito imaterial das opiniões.*” In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 281-283.

⁴¹⁷In Id. Ibid., p. 134-135.

⁴¹⁸Basta a leitura dos incisos IV, V, IX, X, XXXIII, do art. 5º, e o caput, do art. 220, e seu §1º, da Carta de Direitos de 1988.

⁴¹⁹Afirmou: “*Movimentos sociais e organizações populares, além de uma multiplicidade de protagonistas sociais, estão tentando preencher o vácuo da representação e da legítima formulação de políticas. Começa a surgir uma sociedade civil global. Mas sua contribuição para a solução de problemas do nosso mundo é limitada, devido à segmentação dos interesses e valores subjacentes aos seus diversos componentes*” In CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência, cit., p. 96-97.

⁴²⁰In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 451-461.

Antes, porém, retomo a análise sobre o núcleo fundamental (essencial) da liberdade de informação jornalística⁴²¹, insuscetível, em princípio, de qualquer regulamentação pelo Estado, bem como fixar os limites da mediação do Poder Público. Pode-se afirmar, neste contexto, que proteger o conteúdo essencial do direito fundamental implica em vedar regulamentações que o tornem sem utilização para todos os indivíduos, ou para substancial parte deles, ou seja, que o viole em sua “função para toda vida social”⁴²², mas também que não implique total eliminação das situações concretas (dimensão subjetiva).⁴²³

É o momento de lançar uma primeira conclusão: é proscrito ao Estado se arvorar no papel de juiz do mercado das ideias. Isto significa que, com exceção das diretrizes normativas previstas nos §§3º e 4º, do art. 220⁴²⁴ e no art. 221 da Carta de Direitos de 1988⁴²⁵, que têm por destinatário principal os titulares da concessão e permissão dos serviços públicos de radiodifusão (leia-se TV e rádio), não cabe ao Poder Público interferir, ou embaraçar de qualquer modo, no objeto da informação, sobretudo na linha editorial dos veículos de comunicação. Ou melhor, é proibido ao Estado constranger ou

⁴²¹ Segundo Pieroth e Schlink a essencialidade do âmbito do direito fundamental significa que: (i) só podem ocorrer ingerências com base na lei, não cabendo a jurisprudência fazê-lo, a menos que se trate de conflitos entre titulares de igual nível de direitos fundamentais; (ii) as decisões essenciais sobre os pressupostos, circunstâncias e consequências das ingerências têm de ser tomadas pelo próprio legislador, e não podem ser delegadas; (iii) a essencialidade das decisões afere-se pela intensidade com quem são afetados os direitos fundamentais. In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 134-135.

⁴²² Lembra o professor Virgílio Afonso da Silva, nesta perspectiva, que a proteção implica em proibir restrições à eficácia desse direito que o torne sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles. Reconhece, no entanto, que este enfoque não confere proteção suficiente além das já previstas automaticamente da ideia de cláusulas pétreas. In SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cit., p. 185-186.

⁴²³ Virgílio bem assinala neste sentido: “*Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isto porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.*” In Id. Ibid., p. 186-187.

⁴²⁴ “§3º- Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”.

⁴²⁵ Neste contexto, o legislador prescreveu que a produção das emissoras de rádio e televisão atenderão os 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.”

proibir a veiculação de informações ou notícias, ou embaraçar o exercício ao direito de críticas. Também não se mostra possível qualquer mediação apta a embaraçar o acesso à informação em termos definitivos. Por fim, impossível juridicamente a apuração e o registro do Poder Público da fonte de informação de que se servem os cidadãos.⁴²⁶

Frise-se, porque oportuno, que a restrição ou censura prévia do exercício da informação, ainda que para salvaguardar outros direitos fundamentais (intimidade, privacidade etc...), elimina por completo a liberdade de informação, constituindo violação ao seu núcleo essencial, muito embora não ignore a existência de respeitáveis posicionamentos doutrinários que preconizam que não há diferença substancial entre a restrição judicial prévia e a legislação que disciplina a responsabilidade ulterior pela publicação, fundados na premissa de que o propósito é evitar a ocorrência do dano.⁴²⁷

Todavia, e como afirmado anteriormente, o equívoco repousa no fato de que a censura prévia, por definição, ainda que tenha origem na tutela judicial inibitória, constitui uma sanção imediata e, em alguns casos, irreversíveis, sem a observância do contraditório do emissor da mensagem. E mais, as normas de responsabilidade civil, no caso de colisão, abuso ou violação a outros direitos fundamentais pelo exercício da liberdade de informação jornalística, em sua essência, conforme delineado no capítulo próprio sobre a proibição do excesso, não deverão ser rigorosamente severas a ponto de configurar caráter preventivo de condutas ligadas à manifestação de pensamento (“*chilling effects*”⁴²⁸), mas tão somente de ressarcimento pelos danos causados no caso concreto, justamente para evitar qualquer embaraço prévio ao exercício da liberdade de expressão.

Em outras palavras, qualquer medida estatal preventiva ou restritiva sobre a informação, mensagem ou ao direito de crítica, que não prevista pelo legislador

⁴²⁶In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 279.

⁴²⁷É a doutrina do professor Fernando M. Toller, para quem: “(...) independentemente de se uma ordem judicial implica ou não uma sanção imediata e irreversível, é importante considerar aqui o efeito dissuasivo das normas que responsabilizam o ou sancionam ex post facto pode impedir expressões na mesma extensão que um sistema de censura prévia administrativa, e, desde logo, impede expressões legítimas em medida muito maior que as proibições judiciais ditadas para casos específicos.” In TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*, cit., p. 54-55.

⁴²⁸Trata-se do efeito de esfriamento que constitui uma dissuasão à liberdade de informação de terceiro, mencionada pelo professor Fernando M. Toller. E isso ocorre, com maior ou menor intensidade, em toda norma que estabelece responsabilidades civis ou penais. O fenômeno se destaca justamente quando há imposição de penalidades severas (v.g substanciais indenizações) ou quando as normas “*padecem de algum dos defeitos constitucionais que no Direito estadunidense se denominam de vagueness – ‘vagueza’ – e overbreadth – ‘sobrecompreensão’*”. In Id. Ibid., p. 51.

constituente, como no caso das restrições sobre produtos discriminados no §4º, do art.220, da Carta de Direito de 1988⁴²⁹, e também ao sigilo de fonte, implicará em violação ao núcleo da liberdade de informação jornalística. Neste diapasão, para Pioroth e Schlink, o alcance da proteção da liberdade, reproduzindo entendimento do Tribunal Constitucional alemão, “*vai desde a obtenção da informação até a difusão de notícias e das opiniões, e no seu centro encontra-se a liberdade de criação e de formatação dos produtos da imprensa.*”⁴³⁰

Neste sentido, reproduzo também parte do voto do Ministro Ayres Brito, na ADPF n.º 130, sobre o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística: “*Essa interdição ao poder legislativo do Estado significa, então, que nem mesmo o Direito-lei tem a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Noutra dizer, liberdade que têm suas coordenadas temporais e materiais exclusivamente ao dispor do seu individualizado titular em cada caso concreto. Assumindo ele, óbvio, as consequências civis e penais que são próprias das pessoas ou agentes comuns. Além de não poder se opor a eventual direito de resposta. Direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade, ou, então, insultuosamente desqualificado enquanto pensador, cientista, criador, ou simples observador da cena existencial.*”

Também é vedado ao Poder Público, no campo da profissão de jornalista, promover qualquer regulação quanto às qualificações profissionais, pois, sob o mesmo fundamento, implicaria em embaraço preventivo ao exercício da atividade de informação. Restou deliberado, neste sentido, pela Suprema Corte brasileira, por meio do Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 511.961/SP, que “*O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e aocabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura préviadas liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo*

⁴²⁹ “§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

⁴³⁰ In PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. op. cit., p. 272.

art. 5o, inciso IX, da Constituição.” E mais, sob signo de configurar censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição, e sobretudo porque não cabe ao Estado agir com poder de polícia na regulamentação destas liberdades, restou deliberado neste julgamento a vedação ao Estado de criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes assentou: “Dessa forma, são os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo. Poderão as empresas de comunicação estipular critérios de contratação, como a especialidade em determinado campo do conhecimento, o que, inclusive, parece ser mais consentâneo com a crescente especialização do jornalismo no mundo contemporâneo.”

Isto não significa, no entanto, que restrição posterior ao exercício da liberdade de informação não possa ocorrer posteriormente, quando presentes conflitos entre direitos fundamentais⁴³¹, quer pela ausência de reconhecimento jurisdicional da tese da preferência hierárquica, quer porque também não se admite emprestar caráter absoluto aos direitos fundamentais. Neste sentido, reproduzo o trecho do voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF n.º 130: *“Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil.”*

Por fim, o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística compreende também o direito de investigar e do sigilo de fontes (inc. XIV, do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988), de sorte que, por corolário lógico, qualquer mediação neste sentido se mostra em desacordo com o texto constitucional, porquanto torna letra morta a liberdade de informação.

⁴³¹E aqui relembro a célebre frase do juiz Holmes, no caso *Schenk vs United States* (249 U.S 47, 52), em 1919, de que: *“A mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que gritasse falsamente fogo em um teatro”*. E mais, a Suprema Corte Americana decidiu que não é incompatível com a Primeira Emenda a lei que criminaliza, como delito, a conduta de queimar uma cruz (“cross burning”) com o propósito de intimidar, porquanto, indigitado gesto representa, no corpo social, um censurável símbolo de ódio, com a intenção mordaz de ameaçar.

Elucidada às restrições apriorísticas impostas ao Poder Público, e observado o princípio da vedação do excesso⁴³², conforme analisado no capítulo quatro, a próxima etapa repousa em alinhar medidas concretas do Estado, no exercício da mediação legislativa, a única democraticamente possível a fim de assegurar maior efetividade da liberdade de expressão jornalística, garantindo tanto ao emissor da informação quanto ao destinatário a proteção jurídica necessária à consolidação do regime democrático.

E neste aspecto, o papel circundante do Estado na mediação da liberdade de informação jornalística, observado os princípios da salvaguarda do excesso e por meio de lei formal, está consubstanciado em três deveres normativos imediatos: (i) promover a materialização dos valores, normas e princípios delineados no Capítulo V (“Da Comunicação Social”), do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal de 1988; (ii) regulamentar o exercício do direito de resposta, previsto no corpo da Lei Fundamental (art. 5º, V), conferindo-lhe substância normativa suficiente, e mediar um sistema de responsabilidades ulteriores que, no entanto, não apresentem caráter dissuasório da atividade de informar. E, por consequência, harmonizar eventuais conflitos entre direitos fundamentais; (iii) democratizar o acesso às concessões e permissões para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (leia-se precipuamente TVs e rádios), impedindo ou desconstruindo, como no caso brasileiro, a concentração dos meios de comunicação (monopólio ou oligopólio).⁴³³

Pretendo, a seguir, demonstrar como o legislador nacional cuidou de promover a mediação, ainda que de forma pontual, da matéria, sobretudo após o julgamento da ADPF n.º 130, pelo Supremo Tribunal Federal, e a intervenção, em maior ou menor grau, do Poder Judiciário em casos de excessos e abusos da atividade legiferante, isto é, quando violado o núcleo do âmbito desta liberdade fundamental.

⁴³²Traduzido, em apartada síntese, no fato de que qualquer regulamentação do legislador, por meio de lei, deve ser “adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida) aos fins legítimos constitucionais a que se propõe.

⁴³³O professor Fabio Konder Comparato traz algumas propostas interessantes neste sentido, que vão desde a reestruturação dos veículos de comunicação de massa, até a construção de um regime de cidadania com maior acesso às informações e a fiscalização do setor de comunicação social por um órgão autônomo, não subordinado ao governo. In COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*, cit., p. 328-331.

6.1. Legislação pontual, perspectivas normativas e decisões importantes sobre o tema no direito brasileiro

Embora a antiga Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) tenha sido declarada não recepcionada, por força da decisão prolatada na ADPF n.º 130, há textos de leis que conferem, ainda que de forma pontual, e à míngua de uma sistematização normativa nos moldes propostos neste ensaio, alguma densidade jurídica à liberdade de informação jornalística, sobretudo com relação aos aspectos circundantes do papel do Estado, harmonizando-a com outros valores igualmente fundamentais. Também há proposições normativas em andamento no parlamento brasileiro, aguardando deliberação e aprovação na casa legislativa, sobre aspectos fundamentais do papel circundante do Estado na promoção dos valores consolidados na Carta de Direitos de 1988. Pretendo também fazer menção a algumas decisões da Suprema Corte brasileira que denotam a preocupação jurídica a mediação do Estado, com o propósito de conferir eficácia integral à liberdade de informação, em suas múltiplas dimensões.

Neste contexto, oportuno destacar de saída a vigência da Lei 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que instituiu o Serviço de Radiodifusão Comunitária, que compreende, segundo a redação do texto, a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço. E, dentre os objetivos declarados no texto legal, destacam-se os incisos I e V do art.3, a saber: *“dar oportunidade à difusão de ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade e permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.”*

Trata-se, a meu sentir, do perfeito enquadramento legislativo do papel periférico do Estado, para promoção dos valores constantes das múltiplas dimensões da liberdade de informação (pluralismo político, autogoverno popular), fornecendo ao Poder Público, como se vê, autorização legal para a execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observado os requisitos normativos previstos nos arts. 7º a 9º, do mencionado diploma legal. A única exceção repousa na redação no §1º, do art. 4º, que proibira *“o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária”*,

porquanto, com o pretexto de evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, o legislador, neste ponto, violou o núcleo essencial da liberdade de informação, já que impôs aprioristicamente uma vedação ao objeto do direito de informar, ou seja, de transmitir ideias ou mensagens, lembrando-se ainda, porque oportuno, que o discurso nunca será integralmente neutro.⁴³⁴

A inconstitucionalidade do dispositivo foi propugnada na Suprema Corte, por meio da ADI n.º 2.566-MC, e embora ainda não tenha sido julgado o mérito⁴³⁵, foi negada a tutela cautelar pela Suprema Corte, pois, segundo a ementa do acórdão, num exercício de verdadeiro interprete autêntico, pretendeu a norma rejeitar o uso deste instrumento para fins outros que não os objetivos traçados na legislação, como, por exemplo, os de pregação político-partidária, religiosa, de promoção pessoal etc.⁴³⁶

Destaco também a novel Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que tratou de regulamentar o exercício do acesso à informação, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Em outras palavras, cuida-se de instrumento normativo que regulamentou o direito à obtenção da informação, assegurado pela Constituição Federal de 1988, obrigando os órgãos públicos a considerar a publicidade como regra e o sigilo como exceção (cf. arts. 22 e 23, do diploma

⁴³⁴Lembro, mais uma vez, o texto reproduzido por Eugenio Bucci, “O jornalismo na Radiobrás”, confeccionado em 2005, que, em parte, trata da objetividade possível na atividade de informar: “(...) *Essa palavra, objetividade, merece algumas considerações em destaque. Ela tem servido, às vezes, de biombo para projetos que empobrecem o discurso jornalístico, esvaziando sua carga humana, numa assepsia de suas emoções. Não é nessa perspectiva que falamos em objetividade. Nós a consideramos uma virtude. (...) Objetivo é, rigorosamente, o discurso que decorre do objeto. Um discurso objetivo é determinado pelo fenômeno a ser descrito, quer dizer, é determinado pelo objeto da reportagem. No outro extremo, um discurso subjetivo é determinado antes pelas condições do sujeito que o enuncia. Claro que não existe a objetividade pura ou absoluta, já sabemos; tudo que guarda algum vínculo com a ação humana tem inevitavelmente elementos de subjetividade. Isso, contudo, não invalida a busca da verdade factual. Ao contrário, é exatamente porque temos consciência da subjetividade que compreendemos a necessidade de buscar a objetividade. Pra assegurar maior sucesso na busca da objetividade, protegendo-a da subjetividade que serve de desculpa para todo tipo de partidarismo, o trabalho em equipe é indispensável.*” BUCCI, Eugênio. *A imprensa e o dever da liberdade: a independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento*, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs, cit., p. 109-110.

⁴³⁵Conforme consulta, nesta data (18/11/2013), ao site do Supremo Tribunal Federal, os autos estavam conclusos com o novo Relator, Teori Zavasci. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2566&classe=ADIMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

⁴³⁶Ocorre que, conforme bem observado pelo Ministro Celso de Melo, voto vencido nesta fase preambular, ao bradar que a Carta de Direitos de 1988 assegurou a livre expressão e transmissão de ideias, sem a possibilidade de interferência estatal, deduziu: “*Entendo, por isso mesmo, que a prática do proselitismo representa elemento de concretização do direito à livre difusão de ideia. (...) cabe referir, em tema de divulgação efetuada por emissoras de rádio e de televisão, que a produção e a programação de tais atividades deverão observar os princípios inscritos no art. 220 da Carta Política, cujas disposições não impedem a prática do proselitismo.*”

legal). São seus objetivos, portanto, fomentar o desenvolvimento de uma cultura de transparência e o controle social na administração pública. Para isso, a divulgação de informações de interesse público ganha procedimentos, a fim de facilitar e agilizar o acesso por qualquer pessoa, inclusive com o uso da tecnologia da informação.⁴³⁷

Também convém citar a contraposição entre as leis eleitorais e a liberdade de informação jornalística, e aqui o faço despedido de qualquer pretensão de exaurir a matéria. De fato, a inquietação do Estado em regulamentar um processo eleitoral justo e equilibrado, livre de pressões econômicas e sociais, visando assegurar igualdade de condições entre os candidatos, apesar de bem intencionada em seu espírito, acabou por desaguar na aprovação de leis com viés autoritário, que violam a núcleo essencial da liberdade de informação jornalística e da própria liberdade de expressão.⁴³⁸

E o paroxismo de tal se verificou na impugnação, por meio da propositura da ADIN n.º 4451, ajuizada pela ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão), em face dos incisos II e III(em parte), do art. 45, da Lei Eleitoral (Lei n.º 9.540/97), que vedavam, a partir do dia 1º de julho, a realização de trucagens e montagens bem como a difusão de opiniões favoráveis ou contrárias a candidatos, partidos ou coligações.⁴³⁹ Como se vê, mais uma vez, o legislador, imbuído novamente da genuína intenção de assegurar o processo eleitoral mais condizente com os princípios republicanos, optou equivocadamente por silenciar o discurso das concessionárias e permissionária do serviço de radiodifusão de sons e imagens (Televisão e rádio). Trata-se, como visto, da

⁴³⁷ Os objetivos legais declarados no texto legal estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados, a saber: LEI de Acesso à Informação: cartilha de orientação ao cidadão. Brasília; centro de Documentação e Informação, 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/lei-de-acesso-a-informacao/cartilha-do-cidadao-lei-de-acesso-a-informacao>>.

⁴³⁸ É o que se extrai, por exemplo, das ADIN n.º 3.758 (2006) e ADIN n.º 3.741 (2006) que impugnaram, respectivamente, os dispositivos da Lei 11.300/06 que proibira a promoção de realização de showmícios e eventos assemelhados, e vedavam a divulgação de pesquisas eleitorais às vésperas do pleito. Segundo Rafael Lorenzo: “Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei Eleitoral, o STF reconheceu que, por melhor que sejam as intenções do legislador na busca de um procedimento eleitoral justo e imparcial, essa finalidade não pode ser atingida mediante o sacrifício do direito à informação, eis que o risco de que as pesquisas eleitorais possam influenciar a decisão do eleitor não autoriza, nem legítima, a imposição de restrições à divulgação de informações de interesse público dos cidadãos.” In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 411-412).

⁴³⁹ Reproduzo na íntegra os dispositivos impugnados: “Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: (...)II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

constatação prática do *efeito silenciador do discurso*”, do professor Fiss, apenas modificando o protagonista da arbitrariedade: o Poder Público⁴⁴⁰

Felizmente, a Suprema Corte Brasileira, por maioria de votos, acolheu o pedido, suspendendo os dispositivos impugnados, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504/97⁴⁴¹, que tratou de definir o sentido dos substantivos truncagem e montagem. Neste caso, a atividade humorística foi considerada como incorporada à liberdade de imprensa, impregnada de natureza informativa, analítica e, portanto, crítica, investigativa, além de informativa. Reproduzo, neste sentido, o trecho do voto do então relator, Ministro Ayres Britto: *“Relançando ou expondo por outra forma o pensamento, o fato é que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de 'imprensa', sinônimo perfeito de 'informação jornalística' (§1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que a ela, imprensa, é assegurada pela Constituição até por forma literal (já o vimos). Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado.”*

No que concerne às decisões jurisdicionais da Suprema Corte brasileira, que envolvem o direito fundamental a liberdade de informação jornalística, merecem destaque, por pertinência temática com o presente ensaio, as prolatadas: (i) na ADPF n.º 130, julgada em 30 de abril de 2009, em que restou declarado, por maioria de votos, a não recepção de todos os dispositivos da antiga de Imprensa (Lei n.º 5.250/67); (ii) o HC 82.424 (Caso Ellwanger), em que restou definida a responsabilidade do editor, como incurso no crime de racismo, pela publicação de livros, próprios e de terceiro, de conteúdo antissemita⁴⁴²; (iii) e

⁴⁴⁰In FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública, cit., p. 58.

⁴⁴¹Os dispositivos tinha a seguinte redação: “4º Entende-se por truncagem todo e qualquer efeito realizado em áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação. § 5º Entende-se por montagem toda e qualquer junção de registros de áudio ou vídeo que degradar ou ridicularizar candidato, partido político ou coligação, ou que desvirtuar a realidade e beneficiar ou prejudicar qualquer candidato, partido político ou coligação”.

⁴⁴²Recomendo a leitura da obra do Professor Celso Lafer: *A internacionalização dos direitos humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, que trata pormenorizadamente sobre o julgamento; e também da autora Samantha Roberiro Meyer-Pflug, *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. Sem prejuízo, reproduzo, porque oportuno, trecho do voto do (ex) Ministro Carlos Veloso sobre a ausência do caráter absoluto das liberdades fundamentais: *“É indubitoso que a Constituição Brasileira consagra a liberdade de expressão, que se*

no Recurso Extraordinário n.º 511.961⁴⁴³ (2009), oportunidade em que o STF declarou a ausência de recepção de norma infraconstitucional prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei n.º

consubstancia nas liberdades de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e de liberdade de imprensa (C.F. art 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos exato, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidades contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C. F., art. 4º, VIII; ART. 5º, XLII)”.

⁴⁴³Segue trecho da ementa do v. Acórdão sobre a matéria: “EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETOLAI Nº 972, DE 1969. (...) 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART.5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5o, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5o, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5o, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial. 5. JORNALISMO E LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. INTEPRETAÇÃO DO ART. 5o, INCISO XIII, EM CONJUNTO COM OS PRECEITOS DO ART. 5º, INCISOS IV, IX, XIV, E DO ART. 220 DA CONSTITUIÇÃO. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5o, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5o, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral. 6. DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR COMO EXIGÊNCIA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. RESTRIÇÃO INCONSTITUCIONAL ÀS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF nº 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo - o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação - não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1o, da Constituição. 7. PROFISSÃO DE JORNALISTA. ACESSO E EXERCÍCIO. CONTROLE ESTATAL VEDADO PELA ORDEM CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL QUANTO À CRIAÇÃO DE ORDENS OU CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5o, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, *controle prévio* que, em verdade, caracteriza *censura prévia* das liberdades de expressão e de

972/69, que exigia, por seu turno, a apresentação do diploma universitário de jornalismo como condição para obtenção de registro profissional de jornalista no Ministério do Trabalho.

Com relação às duas últimas decisões, conquanto paradigmáticas ao exercício da liberdade de informação jornalística, refogem aos objetivos deste ensaio, consubstanciado em materializar o papel de mediação do Estado, em sua função legislativa, com o propósito de conferir eficácia plena à liberdade de informação jornalística, de sorte que, por consequência, me concentro em analisar a decisão prolatada na ADPF n.º 130, que declarou a ausência de recepção da antiga Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67).

E a primeira observação que se impõe é no sentido de que, apesar do alijamento do texto normativo do ordenamento jurídico, por inúmeros fundamentos, quase a unanimidade dos Ministros convergiu para o entendimento sobre a existência da reserva qualificada para a disciplina da matéria envolvendo a liberdade de imprensa e a liberdade de informação jornalística. Reproduzo, neste sentido, porque oportuno, parte do voto do saudoso Ministro Menezes Direito, que alinhavou, com precisão cartesiana, os fundamentos jurídicos e democráticos trazidos ao longo deste ensaio, para justificar a mediação do Estado na regulamentação da liberdade de imprensa: *“(...) Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem. Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa*

informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Representação n.º 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. 8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso *"La colegiación obligatoria de periodistas"* - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).

humana. Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, §§ 1º e 2º. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, esta Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações.”

No mesmo sentido, o voto do Ministro Celso de Mello: “(...) importante observar, no entanto, Senhor Presidente, que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe – observados determinados parâmetros referidos no § 1º do art. 220 da Lei Fundamental - a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas.”

E a segunda observação repousa na genuína preocupação dos Ministros em esboçar limites à citada mediação do Estado, com clara mensagem de que não é possível exercer a atividade legislativa que criem condições de intimidação ou embaraço a informação jornalística. O Ministro Relator, Ayres Brito, alinhou, com certa timidez dogmática⁴⁴⁴, o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística, insuscetível de qualquer regulamentação, e já mencionados neste capítulo, a saber: (i) o tempo de início e de duração da liberdade de informação jornalística; e (ii) a extensão e o tamanho do objeto da informação.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴Na minha proposta sobre o papel do Estado, apesar de entender possível restrição posterior a liberdade de informação, sobretudo quando em contraposição a outros direitos fundamentais, e exercida de maneira incompatível com os ditames legais, há ampliação do núcleo essencial da liberdade de informação jornalística, insuscetível de qualquer mediação do Poder Público.

⁴⁴⁵Preconizou o Ministro “Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei

Abordou-se, nesta ocasião, equivocadamente a meu ver, a tese da preferência hierárquica da liberdade de informação jornalística⁴⁴⁶, como norma de sobredireito, seguindo-se da propositura da interpretação de que os direitos previstos na ressaltava do caput e no §1º art. 220, da Constituição Federal de 1988 (incisos IV, V, X, XIII e XIV, do art. 5º) deveriam ser interpretados apenas para não se reduzir a eficácia nenhuma.⁴⁴⁷ Todavia, e felizmente, a premissa maior não foi referendada pela maioria dos Ministros, conforme votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes que preconizaram, respectivamente, à observância da liberdade de informação, sob a perspectiva dos destinatários⁴⁴⁸, e a sua dimensão objetiva, com a análise do direito comparado.⁴⁴⁹

quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de "núcleo duro" ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção."

⁴⁴⁶Voto do Ministro Ayres Brito: *"É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem arredar pé ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reformadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa"*.

⁴⁴⁷É o voto do Ministro Carlos Ayres Britto: *"Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (faamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre- situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (sobredireitos de personalidade, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo "observado", referido pela Constituição no caput e no § 1º do art. 220, é de ser interpretado como **proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º**. Proibição de se fazer tabula rasa desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato."*

⁴⁴⁸*"Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob uma ótica a respeito da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação. É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso."*

⁴⁴⁹*"(...) a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (Verfassungsauftrag), que obriga o legislador a expedir atos normativos "conformadores" e concretizadores de alguns direitos (Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 4. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 327).*

Faço também breve menção sobre as perspectivas da mediação legislativa em andamento no parlamento brasileiro, mas, contudo, sem qualquer pretensão em esgotar a investigação das proposições normativas em andamento. E, em boa parte, observo que os projetos estão vinculados ao pluralismo político, para permitir o acesso à informação e do indivíduo em ser informado, por meio de uma gama de fontes de informação, que não exclusivamente com raízes na atividade econômica.

Com relação ao primeiro grupo, destacam-se os projetos de lei que propõem disciplinar o exercício do direito fundamental de resposta (cuja largueza conceitual é maior que o simples direito de retificação), proporcional ao agravo sofrido pelo indivíduo, previsto no inc. V, do art. 5º, da Carta de Direitos de 1988, e já consolidado pontualmente, é verdade, em legislações especiais, como no art. 58, da Lei Eleitoral (Lei n. 9504/97), mas restrito ao âmbito do processo eleitoral.

Como se vê, o direito de resposta tem um duplo fundamento dogmático: (i) assegurar instrumento eficaz para repelir ofensas e violações a outros direitos fundamentais; (ii) estimular o pluralismo de ideais para que se possa, ao fazer o contraponto, verificar a natureza do discurso peleado. E deverá também subordinar-se aos princípios da proporcionalidade e o da atualidade (da resposta).⁴⁵⁰ E dentre as propostas

Nessa linha de raciocínio, outra não poderia ser a conclusão senão a de que o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite, como também exige a intervenção legislativa com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional. A lei de imprensa constitui, nesse sentido, uma exigência constitucional em razão da face objetiva ou institucional da liberdade de imprensa. É dever do legislador equacionar, nos termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção. (...) No Estado Democrático de Direito, a. proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, "num mundo cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social"

⁴⁵⁰ Para Alexandre Sankievicz: "Para que seja útil e possa reparar mais efetivamente os danos causados pelas notícias, a resposta deve ser publicada com a maior brevidade possível. Deve haver, assim, um procedimento célere capaz de efetivar seu cumprimento compulsivo. Por sua vez, a reparação integral exige simetria entre a resposta e as imputações realizadas, devendo também a resposta ser capaz de atingir um público mais ou menos igual ao atingido pela primeira mensagem. Ao ofendido deve ser dada a possibilidade de esclarecer com a mesma amplitude as informações reconhecidas pelo Poder Judiciário como equivocadas." In SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 190-191.

normativas, destaca-se o Projeto de Lei n.º 141/11, de autoria do Senador Roberto Requião, aprovado no Senado em 18 de setembro de 2013.⁴⁵¹

Há também o denominado direito de antena, consubstanciado, em breve síntese, na concessão de espaço nos veículos de comunicação a entidades representativas de sociedade civil. Lembra a doutrina que, no Brasil, a sua incidência está restrita aos partidos políticos, ao contrário do que ocorre em outros Estados⁴⁵², por força da redação do §3º do art. 17, da Carta de Direitos de 1988, que assegura às mencionadas entidades o “(...) *acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.*” E de acordo com o art. 45, e incisos, da Lei 9.096/1995, que dispõe sobre os partidos políticos, a propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada, com exclusividade: para difundir os programas partidários; transmitir mensagens aos filiados sobre a execução do programa partidário, dos eventos com este relacionados e das atividades congressuais do partido; divulgar a posição do partido em relação a temas político-comunitários; promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento).

Por fim, com relação ao último grupo, impõe-se destacar a proposta de criação de TV's públicas, a fim de assegurar o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal dos serviços de radiodifusão, conforme previsão expressa no art. 223, da Carta de Direitos de 1988, constituindo uma alternativa segura ao monopólio da informação das empresas comerciais. O que se pretende é que a radiodifusão pública, conquanto não ostente definição analítica, ou interpretação autêntica pelo legislador ordinário, atue com independência administrativa e financeira do Poder Público, para corrigir falhas do mercado, instância comunicativa em que os veículos de comunicação tradicionais, como se sabe, são pautados exclusivamente pela obtenção de lucro e pela maximização da audiência.

Diferencia-se ainda a televisão pública da estatal por representar interesses - plurais - da sociedade, não necessariamente alinhados aos do Governo. E, para solapar as tentativas dos agentes políticos em intervir no serviço de radiodifusão, segundo os teóricos, há dois pressupostos elementares para impedir qualquer ingerência do governo na

⁴⁵¹SENADO FEDERAL. PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 141 de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99754>.

⁴⁵²In SANKIEVICZ, Alexandre. op. cit., p. 187-181.

programação das TVs públicas. São eles: (i) independência da Administração Pública, sobretudo em relação à forma de nomeação aos cargos de direção; (ii) independência financeira, consubstanciada na autonomia com relação às fontes de receitas e ingerência na alocação dos recursos.⁴⁵³ Lembra a doutrina, com acerto a meu ver, que a instituição da Empresa Brasil de Comunicação, por meio da Lei 11.652/2007, não provocou a criação de uma TV pública, justamente pela falta de autonomia em relação à Administração Pública⁴⁵⁴, e que A TV Cultura, de São Paulo, também é constantemente incluída no rol das "TVs públicas", sendo, na verdade, um canal estatal de caráter educativo.⁴⁵⁵

Como se vê, mesmo com o alijamento da antiga lei de Imprensa do mundo jurídico (depois do julgamento do ADPF n.º 130), há legislação pontual sobre certos aspectos periféricos da liberdade de informação jornalística, sem resquícios de qualquer embaraço, e é produtora que isso ocorra para a observância dos valores positivados na Carta de Direitos de 1988. Os abusos e excesso na regulamentação, sobretudo em relação ao núcleo essencial da norma, decerto serão extirpados pelo Poder Judiciário, conformando (o texto legal) aos limites da constitucionalidade. O que não se pode admitir mais é a censura estatal por omissão no cumprimento de um dever constitucional, sob o pretexto da ingerência desmedida na liberdade fundamental.

⁴⁵³ Alexandre Sankiewicz lembra que: *"Em relação aos cargos de direção, parece claro que devem ser independentes em relação ao governo ou aos partidos políticos. (...) uma TV pública independente e pluralista envolve no âmbito externo a dispersão do poder de nomear e destituir dirigentes e, no âmbito interno, a descentralização da administração a partir da formação de órgãos colegiados, em vez de concentrados em um único dirigente. Por sua vez, se o governo ou o legislativo, insatisfeitos com a atuação de uma emissora, puderem puni-la com limitação de verbas que lhe são destinadas, haverá forte incentivo à censura ou autocensura. Uma emissora pública que dependa excessivamente de recursos privados para o seu financiamento ou tenha a sua avaliação de desempenho exclusivamente fundada na audiência torna-se também um contrassenso, pois passa a atuar sob o mesmo modelo de incentivos de emissoras comerciais."* In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 180-181.

⁴⁵⁴ Acentua com precisão Alexandre Sankiewicz: *"Embora o art. 2º, VII, da Lei n.º 11.652/2007 estabeleça como princípio da radiodifusão pública a autonomia com relação ao Governo Federal para definir produção, programação e distribuição do conteúdo, o art. 5º da lei vincula a EBC à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. Cabe também à Presidência da República a indicação do Presidente do Conselho de Administração e do Diretor Executivo, responsáveis pela coordenação e direção da TV (art.13). Quatro dos cinco membros do Conselho Administrativo são indicados pelo Poder Executivo"* In Id. Ibid., p. 183.

⁴⁵⁵ Isto porque, segunda a doutrina, não obstante a autonomia social e política conquistada, *"(...) há alguns aspectos negativos: todos os membros natos desse conselho ainda são dirigentes de instituições ligadas de alguma forma ao Estado de São Paulo, e o orçamento da fundação é constituído majoritariamente por recursos administrados pelo Estado e sujeitos à contenção."* In Id. Ibid., p. 182.

7. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA, PLURALISMO E O PAPEL CIRCUNDANTE DO ESTADO (CONCLUSÃO)

Se é certo, como visto, que a liberdade jornalística passou a desfrutar de substancial importância a partir da Carta da República de 1988, pródiga em relação ao tema, inaugurando, pela primeira vez na história republicana nacional, um capítulo específico para regulamentar a Comunicação Social (Capítulo V, Título VIII)⁴⁵⁶, assegurando, ainda, regime jurídico pautado pela defesa da liberdade em favor dos veículos de comunicação, não é menos exato afirmar que o constituinte de 1988 introjetou certos temperamentos, estritamente necessários para assegurar outros direitos igualmente constitucionais.

Estou convencido, como mencionado ao longo deste ensaio, que o mais simples dos instrumentos da hermenêutica (leia-se a interpretação gramatical) é suficiente para conduzir a conclusão sobre a existência da reserva legal qualificada no tocante à liberdade de informação jornalística, ou seja, a simples leitura dos dispositivos constitucionais desautoriza a conclusão sobre a proibição a qualquer regulação estatal da liberdade de informação. Basta a exegese dos §§1º a 6º, do art. 220, combinado com os incisos IV, IX e X, do art. 5º, todos da Lei Fundamental, construção normativa determinada pelo próprio constituinte de 1988, para solapar qualquer dúvida sobre a possibilidade da mediação estatal conferida pelo nosso constituinte de 1988.

De fato, muito embora a Constituição Federal de 1988 não tenha reproduzido o disposto nos textos constitucionais anteriores (Constituição Brasileira de 1934, art. 113⁴⁵⁷ e Constituição Brasileira de 1946, art. 141, §5º⁴⁵⁸), ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação jornalística e a liberdade de imprensa haveriam de se exercer de modo compatível com os valores dos direitos fundamentais consagrados na Lei

⁴⁵⁶Cf arts. 220 e seguintes da Constituição Federal.

⁴⁵⁷“*Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. 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*”.

⁴⁵⁸“*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.*”

Fundamental, deixando antever a possibilidade da mediação legislativa. Afinal, qual o sentido e alcance da formulação do texto constitucional – *“Nenhuma lei conterà 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*⁴⁵⁹ – senão a proscrição apriorística à censura, mas, ao mesmo tempo, a ausência de impedimento à mediação legislativa justamente para promover a liberdade de imprensa, pulverizando o acesso à informação, de modo a estimular o debate desinibido e robusto sobre as decisões políticas fundamentais.⁴⁶⁰

Some-se a isso que a nossa Carta da República limitou-se a utilizar o substantivo “imprensa” em uma única passagem em seu texto normativo⁴⁶¹, optando, acertadamente, por reservar em um bloco normativo com o oportuno nome de “Da Comunicação Social”⁴⁶². E mais, a nossa Carta de Direitos de 1988 operou uma distinção sobre os veículos de comunicação, sobremaneira na mídia televisiva e a radiodifusora⁴⁶³, atribuindo-lhes o regime jurídico dos serviços públicos, a serem prestados também pelos particulares, por meio de concessão, permissão ou autorização da União, em caráter precário e por prazo determinado, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Por outro lado, o exercício da imprensa escrita (ou mídia impressa ou eletrônica), além de se revestir de natureza jurídica privada, independe de qualquer licença de autoridade, *ex vi* do §5º, do art. 220, da Lei Fundamental.

⁴⁵⁹Trata-se da redação do §1º, do art. 220, da Constituição Federal.

⁴⁶⁰Neste sentido, reproduzo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, prolatado na ADPF 130, em que propugna pela existência da reserva legal qualificada em matéria de liberdade de imprensa: *“Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui, expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.”*

⁴⁶¹“Art. 139, da Constituição Federal: Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”.

⁴⁶²Título VIII, Capítulo V, arts. 220 a 224, da Constituição da República de 1988.

⁴⁶³Competência exclusiva da União. Cf. Art. 21, XI e 223, ambos da Constituição da República de 1988, Art. 21: Compete à União: XI - 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. Art. 223: 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.

Note-se que o próprio texto constitucional fez menção expressa à disciplina legislativa, ao conferir à lei federal a competência para regular as diversões e espetáculos públicos, impondo ao Poder Público o dever de informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. E mais, o diploma normativo infraconstitucional deverá também estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os valores constantes do art. 221 da Carta da República de 1988, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.⁴⁶⁴

Logo, a interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 autoriza também concluir sobre a necessidade da mediação legislativa (reserva legal qualificada) para a compatibilização dos valores erigidos a dogmas pelo nosso constituinte. O que impende verificar, como visto ao longo deste ensaio, é a medida e o grau desta atuação legislativa, de maneira a harmonizar a liberdade de informação jornalística e a liberdade de imprensa e a concretização dos valores erigidos pelo constituinte de 1988 (art. 220, e parágrafos), que possa culminar na materialização dos direitos fundamentais e na pulverização do debate público, e não em censura dissimulada, ou favorecimento ao grupo econômico dominante.

Lembro novamente, neste contexto, o importante estudo do Professor de Yale, Owen Fish, ao refutar o caráter absoluto empregado a interpretação da Primeira Emenda da Constituição Americana com relação à mediação legislativa⁴⁶⁵, e que o contravalor da igualdade deve ser conferido uma dimensão mais importante, preconizando que essa visão *“clama que ‘nenhuma lei significa ‘nenhuma lei’, o que por certo é verdade, mas como Alexander Meiklejohn enfatiza, o que a Primeira Emenda proíbe são leis limitando a ‘liberdade de expressão’ não uma liberdade de falar. A frase ‘a liberdade de expressão’ implica um uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é a teoria segundo a qual a regulação do discurso voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do discurso do debate.”* E conclui Fiss *“(...) A Primeira Emenda*

⁴⁶⁴ Trata-se da redação dos incisos do §3º, do art. 220, da Constituição Federal.

⁴⁶⁵ *“Congress shall make no law respecting an 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.”*

deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda”⁴⁶⁶

Trata-se da ironia propalada por Fish⁴⁶⁷, e que não deixa de representar um certo paradoxo no sistema jurídico brasileiro. Afinal, como visto, o texto constitucional nacional não só proíbe a censura e qualquer embaraço do Estado à liberdade de imprensa (art. 220), como, ao mesmo tempo, obrigam a mediação estatal para salvaguardar os valores de estatura jurídica igualmente fundamental (art. 5º, V e IX e §§1º a 3º do art. 220). E mais, como impedir a formação de monopólio ou oligopólio dos veículos de comunicação senão por meio da atuação legislativa? Fiss, neste contexto, faz menção ao “efeito silenciador do discurso”, decorrente das manifestações expressivas de grupos políticos e sociais hegemônicos, que acaba por emudecer as vozes emanadas de minorias e das classes menos favorecidas, condenadas a eternos coadjuvantes e ao silêncio no debate público, do que resulta sua incapacidade de fazer levar o seu discurso ao grande público.⁴⁶⁸

Como se vê, não basta ter uma imprensa sem as amarras da censura, inteiramente livre das interferências externas. De fato, integrando o próprio conceito de democracia (natureza instrumental), como visto anteriormente, é preciso que a atividade jornalística seja suficientemente multifacetária e plural, capaz de traduzir as mais variadas expressões e ideais de pensamentos dos grupos heterogêneo da sociedade e, ao mesmo tempo, não seja conduzida ao domínio de poucos grupos.⁴⁶⁹

Neste contexto, Manuel Castells assenta com precisão: “*Em última análise, a vontade do povo fala por meio de sua opinião. E as pessoas formam sua opinião, a*

⁴⁶⁶ Aduz o professor de Yale que: “Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.” FISS, Owen M. op. cit., p. 60.

⁴⁶⁷ “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 democracia mas também coisas maravilhosas para fortalecê-la” (In Id. Ibid., p. 144).

⁴⁶⁸ Id. Ibid., p. 58.

⁴⁶⁹ Neste sentido, o professor de Yale, Owen Fish, preconizou: “Uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é, obviamente, para o bem, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida. Como outros empreendedores, donos de jornais ou estações de rádios e televisão procuram maximizar receitas e minimizar custos. Em suma, eles desejam obter lucros, e suas decisões sobre o que informar e como informar são largamente determinadas por esse desejo. O mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certo candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecem os interesses econômicos da imprensa.” (In Id. ibid., p. 102).

*respeito das questões que afetam sua vida e o futuro da humanidade, com base nas mensagens e nos debates na esfera pública. O que caracteriza essa esfera pública em nosso tempo é sua acentuada dependência do sistema de meios de comunicação, inclusive não apenas a televisão, o rádio e a imprensa, mas todo um espectro de multimídia e de sistemas de comunicação, dentre os quais a internet assume uma importância crescente. Ocorre a transição de uma esfera pública constituída em torno do sistema de mídia. Isto não é bom nem ruim – isso existe. E acarreta consequências consideráveis para a prática da democracia e a relação entre a sociedade civil e o Estado”.*⁴⁷⁰

Logo, alguma mediação estatal que recaia sobre temas periféricos ou circundantes, bem delineados no capítulo anterior, que não atinjam o núcleo essencial da liberdade de imprensa, observados os parâmetros normativos tratados pelo legislador constituinte de 88, deixa de ser vista como um mal necessário para se erigir em condição necessária a fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos, e que de modo algum pode ser confundida com censura.

Evidentemente que a indigitada Lei n.º 5.250/67, promulgada durante o regime sombrio de exceção democrática, não observava os limites alinhavados pela nova Carta República.⁴⁷¹ Pelo contrário, para cada regra geral pretensamente afirmativa da liberdade

⁴⁷⁰In CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência, cit., p. 118-119.

⁴⁷¹Esse entendimento está bem demonstrado na Exposição de motivos ao Anteprojeto da Lei de Imprensa elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva (Diário do Congresso Nacional – Seção II, 14 de agosto de 1991, p. 4765): “6. A história dos diplomas legais brasileiros demonstra a inclinação para destacar os abusos cometidos através da imprensa e não as liberdades que as devem identificar. Bem a propósito vem o Decreto de 18 de junho de 1822, com a rubrica do Príncipe regente e o texto de José Bonifácio de Andrada e Silva, que alertava sobre a necessidade de atuação da ‘suprema lei de salvação pública’ para evitar que ‘ou pela imprensa, ou verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranquilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino, por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram...’ Embora a ressalva do aludido decreto no sentido de não ofender ‘a liberdade bem-entendida da imprensa que desejo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito à causa sagrada da liberdade brasileira’, a vontade do poder e a situação política e institucional do Brasil daqueles tempos já estavam a conjurar contra a proclamada liberdade. (...) 9. É compreensível que a sucessão histórica do contraste entre a declaração de liberdade e a institucionalização da censura, produzisse nos espíritos mais prevenidos a natural resistência contra as chamadas leis de imprensa. Não é entranhável, portanto, esse compreensão do problema, se reconhecermos que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se mais óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e leis que cuidam das infrações políticas. Leis e imprensa e leis de segurança nacional, foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado. Daí, então, a compreensível oposição à existência de uma lei especial para tornar efetiva a liberdade de informação e assegurar a sua prática, além de criminalizar aquelas condutas que se opõem a este bem jurídico.”

era aberto um conjunto de exceções que praticamente tudo desfazia.⁴⁷²

Todavia, se a regulamentação pelo Estado se mostra perigosa, dada a disposição natural das autoridades competentes em tentar abafar as críticas do governo, o que arregimenta involuntariamente lembranças de um regime político opressor, confiar exclusivamente na iniciativa privada não parece uma boa alternativa, sobretudo se o mercado comunicativo for tão concentrado como é o brasileiro, e indissociavelmente ligado ao poder econômico⁴⁷³.

Não se olvide, mais uma vez, de que as entidades privadas têm os seus interesses políticos econômicos, e inevitavelmente manifestarão a mesma tendência a manipular os debates no afã de favorecê-los. Nem o mais cândido dos ingênuos acredita que os veículos de comunicação pautam-se exclusivamente pela difusão de notícias de interesse público, permeadas da intenção genuína de promover a discussão livre de ideias, sem levar em conta os interesses econômicos dos grupos controladores da informação.

Lembre-se ainda, mais uma vez, que aos direitos fundamentais se incorpora atualmente uma dimensão axiológica objetiva (eficácia horizontal), que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional, aplicando-se, desse modo, a todos os atores sociais, inclusive aos veículos de comunicação em massa. E mais, conquanto o presente ensaio tenha priorizado a análise do direito comparado dos Estados Unidos da América, observo que outros Estados, tidos como democráticos, contam com

⁴⁷²O art. 1º, por exemplo, deste diploma estabelecia que: “É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. Todavia, o legislador praticamente retirou toda a sua validade ao dispor nos §§ 1º e 2º “**Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.**” “**O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.**”

⁴⁷³E aqui relembro a advertência de Owen Fiss sobre as consequências da ausência de preenchimento das condições do autogoverno democrático na regulação da mídia: “A busca de lucros leva executivos de mídia não apenas a maximizarem receitas mas também minimizarem custos, uma dinâmica que pode levá-lo a cortar as atividades de reportagem de alto custo e contarem ao invés com reapresentações de *I Love Lucy*. Uma segunda distorção emerge dos anúncios, o método tipicamente utilizado pela imprensa privada para gerar receitas. Corporações de mídia devem ser cuidadosas para que o conteúdo de suas transmissões ou jornais aumente – e não reduza – venda de produtos anunciados. Controvérsias políticas não são uma boa forma de vender sabão. Terceiro, dependências de anúncios necessariamente leva editores e executivos de televisão a discriminarem entre potenciais leitores e telespectadores na determinação do que apresentar e como apresentar. Aqueles forçados por pressões de mercado tendem a buscar atração de nichos de audiências particulares, não do público em geral.” (FISS, Owen M. op. cit., p. 104).

uma lei de imprensa (ou até um órgão autorregulador) e nem por isso são reputados como violadores da liberdade. É o caso, por exemplo, da Alemanha⁴⁷⁴ e de Portugal⁴⁷⁵

E em se tratando de instância do pensamento crítico que tem por escopo alcançar uma massa indefinida de destinatários, e constituindo alternativa salutar a versão oficial prestada pelos agentes públicos, a imprensa deve se pautar pela responsabilidade na transmissão das informações, com lisura e fidedignidade, desprovida de qualquer seletividade ou de modelo que insista em apostar na incapacidade das pessoas em promover uma análise crítica dos fatos. Tampouco deve servir aos propósitos do poder econômico ou dos agentes do poder político, ou incorporar a superficialidade e o açodamento na difusão das informações em atendimento a pretensa demanda dos cidadãos.

Induvidoso, repise-se, a proscrição de qualquer espécie de censura ao trabalho da imprensa, quer em razão da natureza jurídica dos bens protegidos por ela, quer por ordem expressa do constituinte de 1988, conforme redação do §2º, do art. 220, da Constituição Federal. A rigor, frise-se, a complexidade dos veículos de comunicações, e seus aparelhos tecnológicos cada vez mais avançados, inviabiliza qualquer espécie de cerceamento ao trabalho da imprensa e a liberdade de informação. Para Alexis de Tocqueville, neste contexto, ao tratar desta liberdade fundamental nos Estados Unidos da América, é inócua a

⁴⁷⁴Colhe-se do art. 5º, da *Grundgesetz* (A “Lei Fundamental”, que representa a Constituição alemã), ao mesmo tempo, o comando normativo que proscree a censura, autorização a mediação legislativa para a proteção “da (infância e) juventude e no direito à honra pessoal”. Não se olvide ainda que, desde a metade do século XX, existe um sistema de autorregulação do exercício da imprensa, representado pelo Conselho de Imprensa Alemão, um conglomerado de associações de editores e jornalista, com a finalidade de defender a liberdade de imprensa na Alemanha e de impingir a observância a princípios que devem ser respeitados pela imprensa (Pressekodex).

⁴⁷⁵Em Portugal, a Constituição de 1976 também foi enfática ao consolidar, em seus arts. 37 e 38, a proscrição da censura, a independência dos veículos de comunicação em relação ao poder político e poder econômico, assegurando também a apreciação da violação aos direitos pelo Poder Judiciário, nos termos da lei. Neste sentido, foi editada a Lei de Imprensa Portuguesa (n.º 2, de 13 de janeiro de 1999, posteriormente alterada pela Lei 64/2007), que, em seu art. 3º, que prescreve os limites da liberdade de imprensa: “A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática.” E mais, em 08 de novembro de 2005, por meio da Lei n.º 53, foi criada a ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social, qualificada como uma pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, que visa assegurar as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, definindo com independência a orientação das suas atividades, sem sujeição a quaisquer diretrizes ou orientações por parte do poder político. E nos art. 8º o legislador português tratou de definir as atribuições do órgão, dentre as quais: “i) zelar pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem atividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade; ii) zelar pela independência das entidades que prosseguem atividades de comunicação social perante os poderes político e econômico; iii) garantir o respeito pelos direitos, liberdades e garantias; iv) Garantir a efetiva expressão e o confronto das diversas correntes de opinião, em respeito pelo princípio do pluralismo e pela linha editorial de cada órgão de comunicação social; v) Assegurar o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política”.

tentativa de qualquer espécie de cerceamento à liberdade informação,⁴⁷⁶ já que a liberdade de pensamento não pode ser controlada, sendo que o meio mais eficaz de combater os excessos da liberdade é com mais liberdade ainda.

O Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de imprensa e da liberdade de informação jornalística, e para impedir a materialização da censura o constituinte de 88 procurou assegurar mecanismos constitucionais que freiem a irresistível ambição dos agentes políticos em garantir a informação que lhes melhor convenha⁴⁷⁷. Ocorre que ele também constitui fonte da liberdade, impedindo a concentração dos veículos de comunicação⁴⁷⁸, assegurando mecanismos processuais a fim de assegurar contravalores, como, por exemplo, o direito à resposta, desobstruindo, por corolário lógico, os canais de expressão aqueles que são marginalizados do debate público.

Logo, a tutela da liberdade de informação deve alcançar não somente o emissor da informação, mas também sobremaneira o destinatário, como decorrência natural do pluralismo político consolidado pelo constituinte na Carta de Direitos de 1988 (cf. inc. V, do art. 1º). Observo também que, recentemente, a Suprema Corte Americana decidiu que não é incompatível com a Primeira Emenda a lei que criminaliza, como delito, a conduta de queimar uma cruz (“cross burning”) com o propósito de intimidar, porquanto, indigitado gesto representa, no corpo social, um censurável símbolo de ódio, com a intenção mordaz de ameaçar.⁴⁷⁹ Como se vê, nem na sociedade em que é erigida a dogma constitucional, a

⁴⁷⁶Segundo ele, “If you establish a censorship of the press, the tongue of the public speaker will still make itself heard, and you have only increased the mischief. The powers of thought do not rely, like the powers of physical strength, upon the number of their mechanical agents, nor can a host of authors be reckoned like the troops which compose any army; on the contrary, the authority of a principle is often increased by the smallness of the number of men by whom it is expressed.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, cit., p. 582-583).

⁴⁷⁷Basta a análise dos inúmeros dispositivos assecuratórios previstos nos inúmeros incisos do art. 5º, e do art. 220, ambos da Constituição Federal.

⁴⁷⁸Neste contexto, ao diagnosticar o problema da concentração no mercado brasileiro de comunicação. Alexander Sankiewicz divulgou parte do relatório de uma Organização não governamental inglesa, *Article 19*, destinada a promover e defender a liberdade de expressão, sobre a realidade brasileira. Diz o autor: “No relatório, a Article defende que a ausência de pluralismo decorre de dois fatores: a falta de uma política regulatória que apoie o desenvolvimento de radiodifusores independentes, em particular aqueles de caráter não comercial e comunitário, e o elevado nível de concentração da propriedade no setor. (...) Segundo a Article: ‘Seis empresas dominam o mercado de TV, um negócio que envolve mais de três bilhões de dólares em publicidade. A rede Globo detém aproximadamente metade desse mercado. As seis empresas de TV, em conjunto com os 138 grupos filiados, possuem um total de 668 estações de TV, rádios e jornais e 92% da audiência da TV. Apenas a Globo possui uma média de 53% da audiência da TV em um país onde 81% da população assiste televisão por uma média de 3,5 horas por dia’” In SANKIEWICZ, Alexandre. op. cit., p. 149-150.

⁴⁷⁹*Virginia v. Black ET al.* (2004); Apesar de reconhecer que a proposição normativa do Estatuto da Virginia, ao criminalizar o ato de queimar cruzes, por não estar suficientemente clara a intenção de intimidar (e neste caso poderia ser proibido), viola a cláusula da Primeira Emenda, a *Justice O'Connor* fez a ressalva sobre a ausência do caráter absoluto da liberdade de expressão: “The protections afforded by the First Amendment,

liberdade de informação se reveste de caráter absoluto, podendo sofrer alguma mitigação (sempre posterior a manifestação) quando violar alguns dos direitos de estatura igualmente constitucional.

E mais: a mediação estatal não se restringe aos desejos dos agentes políticos ou dos cidadãos; antes, pelo contrário, alguns órgãos representativos da imprensa pugnam pela regulação normativa. É o que se extrai, por exemplo, do artigo constante do “sitio” da Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), que defende a imediata aprovação de uma nova Lei de Imprensa para o Brasil, argumentando que *“Um mercado oligopolizado, descompromisso com o jornalismo, gestões aventureiras, relações promíscuas entre atividades econômicas incompatíveis, compromissos partidários e comportamento antissindical têm sido a tônica no ambiente empresarial jornalístico, com raras e honrosas exceções. Isto impõe aos jornalistas, em muitos casos, práticas antagônicas ao bom jornalismo, com desrespeito ao Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros e desconhecimento das ferramentas técnicas do exercício profissional.”* E concluiu: *“A FENAJ reafirma a necessidade da aprovação, pelo Congresso Nacional, de uma nova Lei de Imprensa para o país, como instrumento de regulação e vigilância das relações das empresas e dos jornalistas com a sociedade. Uma Lei de Imprensa verdadeiramente democrática visa garantir o máximo de liberdade na informação e também o máximo de responsabilidade no exercício dessa liberdade.”*⁴⁸⁰

O jornal Folha de São Paulo, um dos veículos de comunicação de maior expressão nacional, assentou em seu editorial de 01/04/2008, que: *“Sem lei de imprensa, só grandes empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder, e a decisões abusivas de magistrados, os veículos menores e as iniciativas individuais. A fiscalização de tiranetes e oligarcas em regiões menos desenvolvidas do país ficaria mais vulnerável. Tampouco haveria o devido amparo legal à efervescente*

however, are not absolute, and we have long recognized that the government may regulate certain categories of expression consistent with the Constitution. See, e.g., Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U. S. 568, 571-572 (1942) (“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem”). The First Amendment permits “restrictions upon the content of speech in a few limited areas, which are ‘of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.’ ” R. A. V. v. City of St. Paul, supra, at 382-383 (quoting Chaplinsky v. New Hampshire, supra, at 572).”

⁴⁸⁰FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS - FENAJ. *Uma nova Lei de Imprensa para o Brasil e nenhum jornalista na prisão*. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/materia.php?id=3590>>.

‘imprensa cidadã’, que dissemina blogs pela internet -inovações que merecem ter proteção especial da lei de imprensa quando revestirem caráter jornalístico’.

Trazendo a polêmica ao campo da ordem jurídica posta, oportuno refletir, mais uma vez, qual o sentido e o alcance (*mens legis*) da parte final redação do art. 220, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “*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*”. A construção gramatical da resposta, de aparente candura, combinada com a interpretação sistemática da Lei Fundamental, conduz a assertiva de que o exercício da liberdade jornalística não encontra restrições normativas senão aquelas textualmente definidas pelo constituinte de 88, a saber: vedação ao anonimato (inciso IV, do art. 5º), direito à resposta proporcional ao agravo (inc. V, do art. 5º), direito à intimidade e à privacidade, e à indenização por violação (inc. X, do art. 5º), proscrição de monopólio e o oligopólio dos veículos de comunicação (§5º, do art. 220) etc. *A contrario sensu*, pode-se afirmar que certa regulação (mas nunca a censura prévia ou dissimulada) da liberdade de informação não estará maculada de inconstitucionalidade quando em harmonia com os direitos fundamentais textualmente enunciados na Constituição Federal de 1988.⁴⁸¹ (grifei)

A interpretação histórica dos textos constitucionais em tempos democráticos (notadamente a de 1946), como visto, também reforça a existência da reserva legal qualificada nesta matéria. Não se ignora, no entanto, que alguns teóricos ainda hoje sustentam uma posição de preferência⁴⁸² (ou *preferred position*⁴⁸³) da liberdade de

⁴⁸¹ Não se desconhece a interpretação conferida no voto do relator Ministro Calor Ayres Britto, na ADPF 130, sobre o “caput” do art. 220, da Constituição Federal, no sentido de “*proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV, do art. 5º*”, assim como, para ele, a inviolabilidade da liberdade de informação coloca em “estado de momentânea paralisação a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais”. Respeitado o entendimento, a meu sentir, consolidou-se a institucionalização de uma hierarquia entre os direitos fundamentais, considerados agora sobredireitos, em descompasso com a doutrina histórica dos direitos fundamentais e os próprios precedentes do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸² Afirma Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “*A doutrina da posição preferencial desenvolveu-se, inicialmente, nos EUA (....) Poucos anos depois, em 1943, no julgamento do caso Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania (319 US 105 – 1943), a Suprema Corte norte-americana aplicou a teoria da posição preferencial à liberdade de expressão afirmando que ‘freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in preferred position’*” (In KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 402).

⁴⁸³ O próprio Ministro Carlos Ayres Britto reafirmou os alicerces dessa teoria ao preconizar a precedência ou primazia cronológica desses sobredireitos, que “passam a receber sobretutela em destacado capítulo na nossa Lei Maior (Capítulo V, Título VIII), pois é dupla verdade jurídica científica traduz em que a imprensa tem o condão de favorecer o uso desses tão encarecidos direitos de personalidade (sobredireitos, nunca é demais repetir) e ainda se põe como vizinha de porta da democracia, essa verdadeira célula mater de todas as grandes virtudes coleivas.”

informação em relação aos outros direitos igualmente constitucionais. Isto significa apenas, a meu sentir, que a liberdade fundamental não poderá ser cerceada previamente, resolvendo-se o impasse pela composição posterior, como, por exemplo, com a indenização por danos infligidos ao indivíduo.

Certamente isso não significa afirmar a existência de um direito absoluto, sem possibilidade de qualquer oposição, assertiva jurídica solapada pela Suprema Corte Brasileira.⁴⁸⁴ Com efeito, a nossa Corte Constitucional assentou tal premissa em inúmeros julgados, dentre os quais destaco o Habeas Corpus n.º 82.424-2 (Relator para o acórdão Min. Maurício Correa), em que foi negada a ordem ao paciente que havia publicado livros com apologia de ideias discriminatórias contra os judeus, com a seguinte observação na ementa do acórdão: *“14- as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”*

Neste contexto, Kelsen propugnava a incompatibilidade da crença na existência de valores absolutos (que constitui a base de uma concepção metafísica do mundo), incluindo o direito divino do povo como detentor da verdade absoluta, com o regime democrático, afirmando: *“(...) Por isso, o relativismo é a concepção do mundo suposta pela ideia democrática. A democracia julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, alias, é a vontade política. Por isso a democracia dá a cada convicção política a mesma possibilidade de exprimir-se e de buscar o animo dos homens através da livre concorrência.”*⁴⁸⁵ (grifei)

⁴⁸⁴Inclusive no voto do Ministro Celso de Mello, na ADPF 130, quando dissertou sobre o direito constitucional de criticar, na condição projeção da liberdade fundamental da imprensa. Aduziu que: *“É certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, com reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.) direitos e garantias revestidos de natureza absoluta”* E mais, adverte que se não houver alguma mediação estatal: *“os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.”*

⁴⁸⁵KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 104-105.

Ora, se até o direito à vida foi relativizado na nossa lei fundamental, em caráter excepcional e no período de guerra⁴⁸⁶, não há como erigir a categoria jurídica de “sobredireito” à liberdade de imprensa e de informação jornalística, com o escopo de sobrepor a todos os outros direitos, imunes a qualquer mediação legislativa que vise justamente democratizar o núcleo do direito fundamental, a saber: a pulverização do acesso à informação.⁴⁸⁷ O constituinte de 88, como demonstrado alhures, foi suficientemente exaustivo ao alinhar certos limites ao exercício deste direito fundamental, dentre eles a proteção da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem (arts. 5º, X e 220, §1º), o abrigo dos direitos da infância e da adolescência (art.21, XVI), além de princípios orientadores que devem ser observados na programação dos veículos de comunicação elevados a categoria de serviços públicos (art. 221).

Induvidoso, portanto, que a liberdade de informação não poderá sofrer qualquer embaraço ou constrangimento em seu núcleo essencial, e nunca é demais repisar cansativamente tal assertiva. Todavia, isso não significa a vedação apriorística da mediação legislativa do Estado (papel de ator positivo) em certos assuntos periféricos ou circundantes, que não imolem a essência da liberdade de imprensa, justamente para pulverizá-la, permitindo ampliar a participação de um maior número de destinatários no debate público⁴⁸⁸, impedindo também a formação de monopólio, ou assegurando o direito constitucional à resposta.

Passado mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição de 1988, reduziu-se substancialmente o perigo de intervenção arbitrária dos agentes do Estado nos veículos de comunicação que possa resultar não na regulamentação dos direitos fundamentais e na pulverização do debate público, pressuposto ao bom funcionamento da

⁴⁸⁶Ar. 5º, inc. XLVII: “Não haverá penas: a) de morte salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

⁴⁸⁷Enfatiza, neste contexto sentido, o Professor Daniel Sarmento: “Na sociedade de massas, houve uma mudança estrutural na esfera pública. Hoje, a opinião pública resulta cada vez menos do embate de ideias entre cidadãos bem informados, sendo cada vez mais definida pelos veículos de comunicação de massa. O sujeito real da democracia contemporânea não é, infelizmente, o cidadão participativo, mas o consumidor apático, que, no intervalo entre a novela e o filme enlatado, assiste no jornal da TV às notícias sobre o último escândalo político. Neste contexto, a mídia assumiu um enorme poder na fixação das agendas de discussão social, na seleção e apresentação dos pontos de vista que serão ouvidos sobre estes temas e na própria realização das escolhas por cada indivíduo. A opinião pública, dizem os mais céticos, é a opinião publicada. E a imprensa tornou-se o quarto poder.” (In SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, cit., p. 283-284).

⁴⁸⁸O que se busca é a mais ampla disseminação de informação a partir de fontes diversas e antagônicas. Trata-se de trecho retirado do famoso caso *United States v. Eichman* (1990), julgado pela Suprema Corte Americana, referente à queima da bandeira norte-americana. Aduziu o Juiz Brennan: “If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is the Government may not prohibit the expression of any idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable.”

democracia, mas em censura dissimulada, ou favorecimento ao grupo econômico dominante. De fato, como visto anteriormente, qualquer tentativa de embaraço ao direito de informação será inócua em decorrência da complexidade meios contemporâneos provedores da informação.

Solapada integralmente a antiga Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) com o julgamento da APDF n.º 130, indaga-se, então, se a liberdade de informação tem densidade normativa suficiente, prescindindo de qualquer mediação estatal para a materialização no caso concreto, como alardeado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130, ou se o vácuo normativo constitui obstáculo ao exercício desse direito, gerando, como advertido pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião deste julgamento, um quadro de insegurança jurídica.

Ao longo deste ensaio, procurei demonstrar que o vazio normativo relacionado aos aspectos periféricos da liberdade de informação jornalística e da liberdade de imprensa, ao invés de proteger o exercício desta liberdade pelos veículos de comunicação no seu papel essencial de informar, recrudescer a insegurança jurídica e consolida o esvaziamento da deliberação política pelos cidadãos em decorrência da concentração das informações em mãos de alguns poucos. Lembre-se, porque oportuno, que a ausência de parâmetros normativos infraconstitucionais implica, muitas vezes, na adoção de um regime jurídico mais rigoroso em desfavor dos jornalistas, como no caso das condutas qualificadas como infrações penais previstas no Código Penal do século XX.

E pior, numa época em que se recrudescem as críticas ao fenômeno denominado ativismo judicial, deixar o preenchimento do quadro normativo aos magistrados não parece a melhor opção dogmática. Neste contexto reproduzo a preocupação externada pelo Professor René Ariel Dotti, em artigo publicado no site consultor jurídico em 23 de junho de 2010⁴⁸⁹: *“Mas, como poderão os modestos de inteligência e hipossuficientes de lógica jurídica prover a ausência da norma, ou seja, “legislar” nesse terreno difuso de interesses e na escuridão dos caminhos sem um critério de luz para identificar a preponderância, nos exemplos cotidianos, de um bem sobre outro, quando ambos são proclamados como relevantes e, in these, no mesmo plano de valoração? Causou-me espanto a afirmação enfática de que os direitos de resposta e retificação podem ser pleiteados judicialmente somente com a invocação da cláusula constitucional de garantia e o implemento de regras*

⁴⁸⁹DOTTI, René Ariel. Limites democráticos da liberdade de informação. *Conjur*, 23 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/carta-aberta-ministro-marco-aurelio-limites-liberdade-informacao>>.

do ordenamento processual geral. Mas como dispensar o uso de fórmulas normativas próprias para orientar a decisão no conflito profundo, sensível e irreconciliável entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade, quando a nossa cultura forense nunca se libertou do carimbo? Quando as mazelas e carências do Estado-Administração conduzem a política legislativa de urgência para editar leis processuais visando represar recursos interpostos em favor dos direitos fundamentais no processo penal? E que, em lugar de ampliar os caminhos de proteção da liberdade física, substituindo, em inúmeros casos de prisão, a capa de autuação do recurso especial e do recurso extraordinário para a rotulação de habeas corpus, levantam novas barreiras formais para o seu conhecimento? A concessão ex officio do writ tem sido letra morta há muitos anos. Como olvidar o objetivo didático da lei para se tornar conhecida e respeitada pelos cidadãos em geral e não somente pelas autoridades e agentes de sua aplicação?”

Em conclusão, se a intervenção regulatória no conteúdo essencial da liberdade de informação jornalística pelo Estado se mostra sobremaneira trágica a materialização da própria democracia e dos direitos e garantias fundamentais, confiar a regulação deste direito exclusivamente à iniciativa privada, sobretudo num mercado bastante concentrado como o brasileiro, também não parece uma boa alternativa. Estou convencido, portanto que alguma mediação estatal que recaia sobre temas periféricos ou circundantes, e que não atinjam o núcleo essencial da liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, como visto ao longo deste ensaio, observado ainda os parâmetros normativos delineados pelo constituinte de 88, deixa de ser vista como um mal necessário para se erigir em condição indispensável à fruição das liberdades fundamentais por todos os cidadãos,⁴⁹⁰ e da própria democracia, e que, de modo algum, pode ser confundida com censura. E mais, a mediação estatal estará sempre sujeita a um rigoroso controle ulterior pelo Poder Judiciário, que cuidadosamente deverá, além de verificar a constitucionalidade da norma fruto da atividade legiferante, identificar o efeito global da regulação estatal sobre o debate público.

⁴⁹⁰E aqui lembro a doutrina de John Rawls, para quem a explicação da liberdade deve estar associada às limitações jurídicas e constitucionais. Para o autor, (...): “a liberdade consiste em uma determinada estrutura de instituições, em um certo sistema de normas públicas que define direitos e deveres. Nesse contexto, os indivíduos têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições, quer para fazê-la, quer para não fazê-la, e quando o ato de fazê-la ou não fazê-la está protegido contra a interferência de outra pessoa.” In RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 247-249.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Ed. WMF; Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Tradução de Cesar Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Tradução de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Ed. Papagaio, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. t. 3.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UnB, 1981.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *BuscaLegis*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15895-15896-1-PB.pdf>>.

_____. *A nona jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teorias crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2013.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale. 11. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1998.

_____; _____. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale. 13. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2010. v. 1 e 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____. *História constitucional do Brasil*. Paes de Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Têrrea, 1991.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL Nunca Mais. Arquidiocese de São Paulo. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BUCCI, Eugênio. *A imprensa e o dever da liberdade: a independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs*. São Paulo: Contexto, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. (brasileira). Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; GALVÃO, Monica Cristina Mendes. *O STF e o direito de imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTELLS, Manuel. O papel da sociedade civil global: a crise da democracia, governança global e a emergência. In: SEMINÁRIO POR UMA GOVERNANÇA GLOBAL DEMOCRÁTICA, 1., 2004. São Paulo: Instituto Fernando Henrique Cardoso (iFHC), 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

CHAUI, Marilena. *Simulacro e poder*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. In: _____. *Political writings*. Tradução para o inglês por Biancamaria Fontana. Cambridge University Press, 1988.

_____. *Political writings*. Tradução para o inglês por Biancamaria Fontana. Cambridge University Press, 2002.

_____. *Political writings*. Tradução para o inglês por Biancamaria Fontana. Cambridge University Press, 1988.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOTTI, René Ariel. Limites democráticos da liberdade de informação. *Conjur*, 23 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-23/carta-aberta-ministro-marco-aurelio-limites-liberdade-informação>>.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. *O direito de liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial da constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010..

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS JORNALISTAS - FENAJ. *Uma nova Lei de Imprensa para o Brasil e nenhum jornalista na prisão*. Disponível em: <<http://www.fenaj.org.br/materia.php?id=3590>>.

FEDERAL TRADE COMMISSION. About the FTC. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/ftc/about.shtm>>.

FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano*. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

FIRST AMENDMENT. *Historic US Supreme Court Decisions*. Kindle Edition. LandMark Publications, 2011.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Coords.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 2011. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).

HAMILTON, Alexander, MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2010.

THE HEARTLAND INSTITUTE. *Veto of Fairness Doctrine*. Disponível em: <<http://heartland.org/policy-documents/veto-fairness-doctrine>>.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESS, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, formas e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objectiva, 2004.

HUME, David. *Ensaio morais, políticos e literários*. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

JEFFERSON, Thomas. *Light and liberty: reflections on the pursuit of happiness*. New York: Edited by Eric S. Petersen. The Modern Library New York, 2005.

JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*. Tradução Susana Alexandria. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O que é justiça?* Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LA FER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LEI de Acesso à Informação: cartilha de orientação ao cidadão. Brasília; centro de Documentação e Informação, 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/lei-de-acesso-a-informacao/cartilha-do-cidadao-lei-de-acesso-a-informacao>>.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MEIKLEJOHN, Alexander. *Political freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford University Press, 1965.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *O governo representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1983.

_____. *Sobre a liberdade*. Tradução de Isabel Siqueira. Mem Martins, Portugal: Publicações Europa-America, 1997.

MILTON, John. *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Tradução de Felipe Fortuna. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. v. 4.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Crise da democracia representativa e necessidade de efetividade da Justiça Constitucional. In: _____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Cap. 2.

_____. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Ed. Verbetim, 2011.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos: multilateralismo e cidadania mundial. *Política Externa*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 25-39, set./nov. 2005.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Política e direito: ensaios*. São Paulo: Saraiva, 2006.

REPRESENTAÇÕES DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA NO BRASIL. *Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil*. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

_____. *O contrato social*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectiva de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARTRE. *O ser e o nada: ensaio da ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdigão. 17. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. *O ser e o nada: ensaio da ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdigão. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

SENADO FEDERAL. PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 141 de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99754>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2566&classe=ADIMC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

SUSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. United States: Free Press Paperback Edition, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Translated by Henry Reeve. The Floating Press, 2009.v. 1 e 2.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução: Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.