

DEMOCRACIA E PLURALISMO NA ESFERA COMUNICATIVA: REDEFINIDO O PAPEL DO ESTADO NA GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

CHRISTIANO DE OLIVEIRA TAVEIRA*

Sumário: 1. Nota Introdutória; 2. Direito de Informação e Liberdade de Expressão nos Estados Unidos da América. A Controvérsia em Torno da *Fairness Doctrine*; 3. Democracia, Pluralismo e Liberdade de Expressão no Ordenamento Brasileiro; 4. A Responsabilidade do Estado na Garantia da Liberdade De Expressão. Esboço De Uma Teoria; 5. Democracia E Pluralismo na Esfera Comunicativa. Propostas para uma Atuação Adequada dos Poderes Constituídos; Síntese Conclusiva; Bibliografia.

1. Nota Introdutória.

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

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

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

Calca-se, na verdade, na necessidade de avanço, no âmbito acadêmico nacional, do estágio atual da discussão em torno da eficácia jurídica da “liberdade de manifestação do pensamento”.

Mais do que uma mera abordagem das hipóteses de restringibilidade – à luz da técnica da ponderação de interesses – da liberdade de expressão, propõe-se, de forma concreta, uma remodelação do papel do Estado como agente protetor das citadas liberdades.

* Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessor Jurídico Especial da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Defesa Civil. Assessor Jurídico da Fundação de Previdência Complementar do Estado do Rio de Janeiro (RJPprev).

Em suma, o ponto nodal desse artigo é agregar à já conhecida visão “libertária” da liberdade de expressão – que implica uma posição de abstenção do Poder Público, uma vertente denominada “democrática”, significativa na doutrina e jurisprudência estrangeiras.

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

Da mesma forma, o tema permanece aceso na Europa, onde alguns países já adotam, há anos, mecanismos de garantia e controle da diversidade plural nos meios de comunicação de massa.

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

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

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

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

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

2. Direito de Informação e Liberdade de Expressão nos Estados Unidos da América. A Controvérsia em Torno da *Fairness Doctrine*.

Em primeiro plano, antes de qualquer digressão, a fim de se possibilitar, em sede de Direito Comparado, uma análise do atual estágio da garantia da liberdade de expressão, convém enaltecer a importância – normativa e axiológica - da liberdade discursiva no ordenamento jurídico norte-americano.

Apoiando-se, portanto, na experiência jurisprudencial emanada da Suprema Corte no decorrer dos tempos, há de se evidenciar, nas linhas que se seguem, a importância da construção e delimitação do conteúdo do(s) direito(s) em debate tanto para os próprios cidadãos americanos como, por via de consequência, para os demais ordenamentos mundiais.

Salienta-se, desde já, que não se almeja nesse artigo aprofundar todos os temas possíveis atinentes à liberdade de expressão, o que demandaria estudos específicos mais variados, mas tão somente sublinhar, em linhas gerais, o relevo da evolução jurisprudencial da Suprema Corte ao longo das décadas mais recentes e, especificamente para os objetivos aqui pretendidos, a intensa controvérsia – até hoje em ebulição – em torno do caráter democrático do mais importante direito fundamental previsto no texto constitucional.

Passa-se, posteriormente, a uma breve reflexão teórica acerca dos modelos alemão e francês, se indagando sobre a possibilidade de utilização, na esfera pátria, dos principais conceitos estabelecidos pela doutrina e jurisprudência estrangeira.

Importa, nessa quadra da exposição, tecer breves considerações sobre a Primeira Emenda (*First Amendment*), bem como ressaltar, mais uma vez, a posição preferencial (*preferred position*) exercida pela liberdade discursiva (*free speech*).

Analisar-se-á, em seguida, de forma comparativa, os pontos nodais envolvendo as concepções libertária e democrática da liberdade de expressão, abordando-se as vantagens e críticas formuladas em torno da denominada “doutrina da equidade” (*fairness doctrine*), encampada pela Suprema Corte no final da década de 1960.

No Direito Americano, a liberdade de expressão encontra previsão expressa na Primeira Emenda da Carta de 1787¹. Tal comando normativo cuida, além de uma específica liberdade de imprensa (e de outros direitos, como a liberdade de reunião pacífica e direito de petição), da liberdade religiosa, onde também é vasta a jurisprudência constitucional sobre o tema².

¹ Vale reproduzir o teor do dispositivo: “O Congresso não legislará definindo uma preferência por uma religião ou proibindo-lhe o livre exercício, restringindo a liberdade de expressão, de imprensa ou o direito dos cidadãos de se reunirem pacificamente e dirigir ao Estado petições para obter reparação de prejuízos sofridos” – tradução livre.

² No que concerne ao direito fundamental à liberdade de religião, dois julgamentos mais recentes merecem destaque. Primeiramente, no caso *County of Allegheny versus American Civil Liberties of Union (ACLU)*, julgado em 1989 - 492 U.S. 573 (1989) -, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da instalação de um presépio natalino na escadaria de tribunal público. Entendendo-se que o ato veicularia, em verdade, uma mensagem religiosa, haveria uma

Paralelamente, com relação ao espectro de proteção dos direitos constitucionais relacionados ao *Bill of Rights*, cumpre ressaltar que, ao lado dos direitos expressos no texto constitucional, mediante moderna construção jurisprudencial, se veio a consignar, ao longo da década de 1970, a existência implícita de um direito à privacidade contido na Primeira Emenda (*right to privacy*)³.

Notadamente quanto ao denominado *free speech* (relacionado à liberdade de expressão *lato sensu*), predomina hodiernamente no cenário jurídico norte-americano a teoria da “posição preferencial” (*preferred position*), que indica resumidamente que, em um processo de ponderação de bens e interesses, a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda possuiria um peso extra e posição de preferência em relação aos demais direitos constitucionais, prestando-se, desta forma, a sua legitimidade (*preferred balancing*). Assim sendo, tal liberdade somente poderia ser restringida na remota hipótese de primazia de outros valores constitucionais (*compelling interests*), devendo ser cabalmente demonstrada a necessidade de ponderação ou restringibilidade.

Nesse passo, infere-se, mediante um cotejo analítico das mais diversas decisões judiciais, que em diversos momentos a Suprema Corte veio a ratificar a tese

incompatibilidade da referida conduta com a cláusula “*anti-establishment*”, inserida na Constituição. Em um segundo julgado, se utilizando de semelhante fundamentação, no julgamento do caso *McCreary County versus A.C.L.U. of Kentucky*, em meados de 2005 - 125 S. Ct. 2722 (2005)-, a Corte decidiu pela inconstitucionalidade da afixação, em certos tribunais do Estado de Kentucky, de painéis que estampavam textos dos “Dez Mandamentos”. Afirmou-se, na ocasião, que a manutenção de documentos de caráter nitidamente religioso em tribunais ofenderia a cláusula constitucional de neutralidade religiosa. V., a propósito, FARBER, Daniel. *The First Amendment*. New York: The Foundation Press, 2003, pp. 275 – 296. V., na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. “O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado”. In. *Revista de Direito do Estado*. Volume 8. Outubro/Dezembro de 2007, pp. 75 – 90.

³ No julgamento do caso *Roe versus Wade* - 410 U.S. 113 (1973) -, iniciado em 1971, em que se contestava a validade de legislação do Estado do Texas que proibia a prática incondicional do aborto, a Suprema Corte, na esteira do voto (*opinion*) condutor do Justice Harry Blackmun, entendeu pela garantia constitucional de uma autonomia pessoal (*personal autonomy*), insuscetível de ingerência governamental injustificável. A decisão, até hoje objeto de intenso debate, é tida como uma das mais controvertidas e importantes da história constitucional americana. V. HARTMAN, Gary R.; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. Checkmark Books, First Edition, 2006, pp. 150 – 162. Leia-se, sobre o caso, na doutrina brasileira, APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 162: “(...) A questão central em *Roe v. Wade* (1973) não é de natureza moral, mas sim de natureza política. Afirimo isso a partir da consideração de que boa parte dos debates estabelecidos em torno da decisão não se restringe à discussão acerca dos limites da vida, colocando frente a frente os grupos “pró-escolha” e “pró-vida”. A partir do caso *Roe*, a Corte assumiu como sua a função de declarar (criar) direitos que se encontram implícitos na Constituição (...)”. A questão da existência de um direito à autonomia da vontade já tinha sido anteriormente aclarada no caso *Olmstead versus United States* (277 U.S. 438, 1928), em que a Corte registrou se tratar “do mais amplo e valioso direito do homem civilizado”. Depreende-se do texto original: “(...) The makers of our Constitution conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive right and the right most valued by civilized men (...)”. É de se apontar, contudo, que em recente decisão da nova composição da Suprema Corte, proferida em abril de 2007, veio a se declarar a constitucionalidade da “Lei de Proibição ao Aborto com Nascimento Parcial (*Partial-Birth Abortion Ban Act*)”, que bane a prática do aborto a partir do segundo trimestre de gravidez. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 150 – 162.

preferencial do *free speech*, se atribuindo um peso superior ao mesmo em relação a outros interesses e direitos como, por exemplo, a reputação, respeito a símbolos pátrios e interesse público. Confira-se, a seguir.

No célebre julgamento do caso *New York Times versus Sullivan*⁴, que envolvia uma ponderação entre interesses conflitantes – no caso, de um lado a reputação de autoridade pública, e, de outro, a liberdade de imprensa -, a Suprema Corte deixou sublinhado que o objetivo da garantia de uma liberdade de expressão e de imprensa (*freedom of expression and press*) seria fomentar um “robusto, aberto e livre debate público”. Decidiu-se, na ocasião, que os agentes públicos somente teriam direito à percepção de indenização por danos à imagem se, ainda que perante informações falsas prestadas por editorial, conseguissem demonstrar que o emissor da informação teria agido com dolo real (*actual malice*) ou eventual (*reckless disregard of whether it was false or not*)⁵.

Interessantes julgados da Suprema Corte também podem ser encontrados no que se refere à temática da liberdade de expressão e o respeito a símbolos pátrios. Nos Estados Unidos, o culto à bandeira (designada de “*old glory*” ou “*stars and stripes*”) remonta à tradição histórica da sociedade americana, que a concebe como verdadeiro símbolo de glória e conquista da unidade nacional. Desde o início do século XX, diversos Estados editaram legislações coibindo o uso não cívico da bandeira⁶.

Pois bem. Em 1989, deparando-se com a necessidade de apreciação da validade de ato cometido por cidadão – Gregory Lee Johnson, membro da “Brigada Jovem Revolucionária Comunista” – consistente na queima da bandeira (*burning flag*), a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade do Código Penal do Estado do Texas (*Texas Penal Code*), que previa a pena de prisão e multa para a hipótese. Por maioria apertada de apenas um voto (cinco a quatro), decidiu-se que o fato de atear fogo à bandeira nacional estaria incluído na liberdade de expressão consagrada na Primeira Emenda. No caso – conhecido como *Texas versus Johnson*⁷-, ficou assentado o entendimento de que a liberdade de manifestação de

⁴ 376 U.S. 254 (1964).

⁵ Em se tratando de discursos difamatórios (*defamation speech*), a Suprema Corte Americana não se utiliza da técnica da ponderação de interesses casuística (*ad hoc balancing*) ou mesmo do já comentado standard do “perigo real e iminente” (*clear and present danger*), mas do acima mencionado critério do dolo real (*actual malice*) ou eventual. A justificativa teórica seria a extensão de imunidades desfrutadas por políticos e autoridades públicas na emissão de suas opiniões. V., nesse sentido, BARENDT, Eric. *Balancing Free Speech and Reputation*. In: “Freedom of Speech”. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 205.

⁶ Especificamente na sociedade norte-americana, a bandeira nacional é considerada um objeto de respeito, a ser venerado. Nesse passo, foram várias as tentativas de se proteger tal símbolo de atos de mutilação. Nada obstante, em que pese a edição de diversos atos normativos proibindo a expressão de condutas a ela atentatórias, a Corte tem entendido pela incompatibilidade de tais normas com os objetivos da Primeira Emenda. Sobre o tema da execução da bandeira (*flag desecration*), v. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., pp. 84 – 86.

⁷ 491 U.S. 397 (1989). Uma análise detalhada do caso pode ser encontrada em GOLDSTEIN, Robert Justin. *Flag Burning and Free Speech. The Case of Texas v. Johnson*. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

pensamento deveria prevalecer sobre uma suposta ameaça à paz pública, sendo inválida a tentativa da legislação estadual em proteger o referido símbolo pátrio⁸.

Um ano mais tarde, no julgamento do caso *United States versus Eichman*⁹, a Corte veio a ratificar a decisão anteriormente proferida. Novamente questionada legislação de proteção à bandeira – no caso vertente, uma lei federal específica (*Flag Protection Act*) –, corroborou-se, com base nos mesmos fundamentos do precedente *Texas versus Johnson*, a inconstitucionalidade da proteção legislativa à bandeira, sob a perspectiva da liberdade de expressão¹⁰.

A posição preferencial da liberdade de expressão também resta estampada nas hipóteses de colisão entre a mesma e valores como “interesse público”. Em decisão conhecida como a mais importante sobre o tema “liberdade de imprensa” (*freedom of press*), a Suprema Corte enfrentou a questão no julgamento de *New York Times Co. versus United States*, em 1971¹¹. O precedente, popularmente difundido como “*The Pentagon Papers*”, versava sobre a possibilidade (ou não) de meio de comunicação impressa (no caso, o *New York Times*, então principal jornal do país e, posteriormente, o *Washington Post*) veicular informações com base em documentos sigilosos do Pentágono sobre a guerra do Vietnã. Após intensa disputa judicial, a Corte, por seis votos a três, decidiu pela constitucionalidade da emissão da notícia, com amparo em uma primazia da liberdade de expressão sobre um “interesse de Estado” na manutenção do sigilo de arquivos militares.

Na ocasião do julgamento, duas correntes de pensamento foram formadas: de um lado, um posicionamento liderado pelo *Chief Justice* Warren Burger entendia que a Primeira Emenda não se revestia de um caráter absoluto, sendo absolutamente possível a sua restrição em face de outros interesses constitucionais, tais como a suposta proteção da segurança nacional. Em sentido oposto, outra corrente preconizava a liberdade de imprensa como um valor fundamental, merecendo proteção em face da atuação do governo federal na espécie. Merece transcrição, por oportuno, trecho do voto (*opinion*) condutor do *Justice* Hugo Black:

⁸ No voto divergente do Justice Rehnquist, Ministro Presidente (*Chief of Justice*) da Suprema Corte até 2005, se aduziu que “a queima pública da bandeira americana por Johnson não era parte essencial de nenhuma exposição de idéias e ao mesmo tempo ele (o ato) tinha uma tendência para incitar a ruptura da paz pública”. Nada obstante, apesar da suposta ofensa cometida, fato é que a Corte se alinhou no sentido de compreender a atitude como uma manifestação de pensamento, “significado técnico e fundamental que a Constituição lhe empresta”. Cf. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Op. cit., pp. 170 – 171.

⁹ 496 U.S. 310 (1990).

¹⁰ Também por uma maioria apertada de cinco votos a quatro, a Suprema Corte veio a considerar no caso *Eichman* que o ato de “queima da bandeira”, apesar do interesse governamental em proteger a sua integridade, estaria inevitavelmente relacionado ao *free speech*, razão pela qual não se afiguraria válida tentativa de limitação legal a conduta. V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 85.

¹¹ 403 U.S. 713, (1971). Um exame detalhado do caso é efetuado em PRADOS, John; PORTER, Margaret Pratt. *Inside the Pentagon Papers*. Kansas: The University Press of Kansas, 2004. A obra analisa a visão da Suprema Corte em relação à liberdade de imprensa e traça uma conexão entre o Governo Nixon e o impacto do julgamento do “*Pentagon Papers*”.

(...) Na Primeira Emenda os Pais Fundadores proporcionaram à liberdade de imprensa a proteção que ela necessitava para cumprir seu papel essencial em nossa democracia. A imprensa era servir os governados, não os governantes. O poder do Governo em censurá-la restou abolido de modo que ela pudesse permanecer para sempre livre para censurar o próprio governo. A imprensa foi protegida de forma que ela pudesse desnudar os segredos governamentais e, por conseguinte, informar o povo. Somente uma imprensa livre e sem restrições é capaz de efetivamente demonstrar os equívocos do governo (...) Em minha opinião, longe de merecer condenação pela sua corajosa reportagem, *The New York Times* e o *Washington Post*, e outros jornais, deveriam ser condecorados por servir aos propósitos defendidos claramente pelos Pais Fundadores. Ao revelar a atividade governamental que conduziu à guerra do Vietnã, os citados jornais atuaram de forma nobre e precisa, como os Fundadores esperavam e confiavam que eles fizessem (...)”¹².

Com relação à liberdade de informação – e esse é o ponto que mais diretamente se afigura interessante –, é na esfera de liberdade de imprensa que se encontra controvérsia significativa sobre os limites de interferência do Estado na esfera comunicativa. Observam-se, esquematicamente, duas concepções distintas sobre a matéria, que vivem em permanente tensão.

Uma primeira teoria, denominada “*libertária*”, defende que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Já uma segunda teoria, chamada de “*democrática*”, observa a referida Emenda como instrumento de

¹² 403 U.S. 713,718. V. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Op. cit., pp. 146 – 147. Pontifica o autor: “(...) Quando se confronta Liberdade de Imprensa e interesse do Estado, interesse público para ser mais específico, há uma tendência natural de se escolher a primeira opção. É natural que seja assim, afinal de contas a soberania reside no povo e aos instrumentos para mantê-lo bem informado devem ser franqueadas todas as vantagens possíveis. Por outro lado, o Estado detém o poder, elabora atos normativos que não raro contrariam interesses e ferem direitos, por vezes constitucionais, e as medidas para contê-lo nem sempre são efetivas, por razões que descabe aqui enumerá-las. Nesse ambiente, é natural que se procure imprimir ao conjunto de direitos conhecido como *Bill of Rights* - que equivale, em termos, aos Direitos e Garantias Individuais da Constituição de 1988 – uma interpretação ampliativa, de modo que se construam alternativas para fazê-lo – tanto quanto possível – prevalecer. (...) Em linhas gerais (abstraindo-se o caso específico) ambos os *Justices* – Burger e Hugo Black – têm razão em suas observações acerca da Primeira Emenda. A Liberdade de Imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional. Qual a solução? Ela reside numa linha tênue que impõe ao hermenêuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende aos interesses da sociedade. Numa frase: somente o caso concreto pode dizer que valor prevalecerá, entretanto, a interpretação deverá sempre buscar a valorização dos direitos e garantias individuais, entre os quais se inclui o conjunto de Liberdades Públicas conhecido a partir do século XVIII e ampliado desde então (...)”.

autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, assim, estejam aptos a formar livremente a sua convicção¹³.

A primeira concepção ilustra o caráter liberal da Carta de Direitos da Constituição de 1787, salientando a liberdade de expressão (gênero) e informação (espécie) como direitos de defesa perante o Poder Público. Para os seus adeptos, o papel do Estado deveria se limitar à proteção dos direitos do emissor, sendo vedada qualquer interferência no conteúdo da opinião ou matéria veiculada. Um dos maiores expoentes de tal corrente doutrinária é ROBERT POST, que sustenta que a eventual limitação da liberdade de expressão excluiria do chamado “espaço público” defensores de determinadas idéias controversas – como, *e.g.*, discursos racistas ou xenófobos –, comprometendo-se, dessa forma, a integridade da democracia¹⁴. Para o autor, as múltiplas concepções relativas às formas de articulação da vida em sociedade deveriam ser expressadas sem censura, uma vez que deveriam emergir do próprio discurso público, ao invés de traduzirem prévias limitações impostas pelo Estado aos participantes do discurso, com base em padrões de civilidade e moralidade adotados pela maioria¹⁵.

A segunda concepção, por outro lado, ilustra uma outra dimensão fundamental da liberdade expressiva, qual seja, a sua dimensão assecuratória. Seus articuladores preconizam a construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo, de tal forma que a Primeira Emenda teria como finalidade última assegurar a liberdade política dos cidadãos. O papel do Estado, neste caso, seria proteger e incentivar um “mercado de idéias” (*marketplace of ideas*) por meio de uma regulação estratégica¹⁶.

Vale dizer, a atuação estatal deixaria de ser encarada como uma vedação, na visão libertária, para se erigir em verdadeiro pressuposto essencial para fruição de outros direitos, como a própria liberdade de expressão¹⁷. Perfilhador de tal entendimento, pontifica OWEN FISS:

¹³ Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 5 – 6.

¹⁴ V. POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. O autor percorre, com lastro em trabalhos de filosofia, sociologia e teoria política, a liberdade de expressão em uma sociedade democrática. Mediante uma visão libertária, trata dos limites a temas controvertidos como a regulação da pornografia, discursos racistas e do direito à privacidade.

¹⁵ POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. In: Henry Lous Gates Jr. et alli. *Speaking of Hate, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*. New York: New York University Press, 1994, pp. 115 – 180.

¹⁶ Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 7. A célebre expressão do *marketplace of ideas* foi cunhada pioneiramente por OLIVER WENDELL HOLMES no precedente judicial *Abrahms versus United States*, julgado em 1919. Anos mais tarde, a Suprema Corte reproduziria a metáfora no julgamento do caso *Red Lion versus FCC*, em 1969, que marcou o desenvolvimento da *fairness doctrine* na jurisprudência americana.

¹⁷ Um dos principais precursores da concepção democrática foi ALEXANDER MEIKLEJOHN, Professor de Filosofia e Reitor da Brown University. Consistindo como conhecido defensor da liberdade de expressão, sua teoria é exposta na obra *Political Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1966. V.,

(...) A autonomia protegida pela Primeira Emenda e corretamente desfrutada por indivíduos e pela imprensa não é um fim em si mesmo, como poderia ser em algum código moral, mas sim um meio de promover valores democráticos subjacentes à Declaração de Direitos (Bill of Rights).

(...)

O que é necessário, portanto, não são algumas novas nomeações (apesar de que elas ajudarão) mas um aperfeiçoamento do senso de proporcionalidade. Nós devemos aprender a abraçar uma verdade que é cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também algumas coisas maravilhosas para fortalecê-la (...)¹⁸.

Ambas as teorias, embora calcadas em consistente fundamentação, são merecedoras de intensas críticas pela doutrina americana. Quanto à concepção libertária, pode-se afirmar que a elevação da Primeira Emenda a um caráter absoluto, insuscetível de restrição pelos agentes estatais, pode “ironicamente” – na expressão de FISS – conduzir a um inevitável paradoxo: ao mesmo tempo em que se pretende proteger os cidadãos (e pessoas jurídicas) de qualquer interferência indevida do Poder Público na liberdade de informação e de imprensa, a total ausência do Estado na esfera comunicativa pode vir a deixar os mesmos indivíduos refêns de grupos detentores de maior poderio econômico. Importa assinalar: nessa linha, a “mão invisível” do mercado – na clássica visão de ADAM SMITH – poderia acarretar em conceder a um segmento um poder dominante no processo de formação e difusão de idéias e opiniões, “abafando” grupos de menor poder aquisitivo e frustrando, em última análise, ideais de igualdade e democracia¹⁹.

Por outro lado, quanto à concepção democrática, a crítica a ser tecida vem a ser ainda mais contundente. Ao se relativizar a “posição de preferência” da Primeira Emenda, permitindo-se, por conseguinte, uma ingerência do Estado na órbita comunicativa, despertar-se-ia uma série de cogitações de difícil equacionamento, a saber: (i) do ponto de vista jurídico, haveria uma permissão constitucional para uma

sobre o tema, na doutrina brasileira, PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁸ FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 144.

¹⁹ *Ibidem*, p. 48: “(...) O chamado à intervenção estatal é baseado não na teoria de que a atividade a ser regulada é intrinsecamente violadora da primeira Emenda (um argumento que exigiria, como questão puramente técnica, uma demonstração de ação estatal), mas apenas na teoria de que a promoção do debate aberto e integral – assegurando que o público ouça a todos que deveria – é um fim permitido ao Estado. Mesmo se a dinâmica silenciadora é empreendida apenas por mãos privadas – por exemplo, pela pessoa que lança epítetos raciais, publica pornografia ou usa recursos econômicos superiores para dominar as campanhas políticas – há uma ampla base para intervenção. O Estado está meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade no trânsito. Nesse caso, o fim calha ser uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos (...)”.

interferência do Poder Público no controle do discurso?; (ii) quais seriam os limites para um cerceamento da liberdade de expressão ou, em se tratando de imprensa coletiva, da autonomia editorial dos meios de comunicação?; (iii) a mera autorização de um controle do discurso pelo Estado não poderia caminhar para uma censura, constitucionalmente vedada? As indagações não são de fácil resolução. Aduz-se, desde já, que em tempos atuais, tanto a doutrina como a jurisprudência da Suprema Corte caminham no sentido de se aproximar da primeira concepção²⁰. Cumpre, entretanto, nesse momento, narrar de forma breve a trajetória de ambas as teorias na experiência norte-americana. Confira-se.

No início do século XX, a Suprema Corte Americana, ao julgar importantes conflitos judiciais envolvendo o alcance da Primeira Emenda, somente havia tangenciado a vertente “libertária” (negativa) da liberdade de expressão. A coletânea de julgados nas primeiras décadas tem o mérito de ratificar a condição “preferencial” do *free speech* na tábua de valores constitucionais. Nada obstante, importa, nesse ponto, examinar tema dos mais polêmicos ocorridos em um passado recente da história da jurisprudência da Corte, onde, ainda que por pouco tempo, se chegou a conferir uma adoção da vertente democrática da liberdade de expressão.

Em 1949, em busca de promover uma maior aproximação do Estado na função de regulador do discurso público, instituiu-se nos Estados Unidos da América a denominada *fairness doctrine* (aqui traduzida como “doutrina da equidade”), estabelecida por uma agência federal do setor de imprensa eletrônica chamada FCC (*Federal Communications Commission*). Embora explicitados em documentos públicos, na referida época, os objetivos das normas regulatórias, a aludida doutrina somente veio a ser encampada oficialmente dez anos depois, mediante introdução de emenda à “Lei de Comunicações” norte-americana²¹. Considerando a concepção democrática da Primeira Emenda, a FCC impunha às empresas de rádio e televisão uma série de obrigações com o firme propósito de garantia, no campo da imprensa, de fomento à diversidade de idéias que contribuísse em alguma medida para uma robustez do debate à luz de um interesse público.

²⁰ A concepção libertária, atualmente dominante no cenário jurídico norte-americano, se baseia em três argumentos centrais na defesa de um “quase absolutismo” da Primeira Emenda: primeiramente, sendo o governo um “inimigo da liberdade de expressão”, qualquer tentativa de regulação do discurso poderia constituir uma ameaça ao *free speech*; secundariamente, a Primeira Emenda deveria ser considerada como um compromisso de “neutralidade” do governo, que não poderia promover uma discriminação entre “expressões que goste” e “expressões que odeie” (como no caso de pornografia e *hate speech*); terciariamente, a liberdade de expressão não poderia se limitar à expressão política, haja vista a existência de um limite tênue entre o discurso “político” e o “apolítico”, que não poderia deixar de ser visto como uma forma de expressão. V. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 258 – 259.

²¹ Uma breve incursão à história da *fairness doctrine* pode ser encontrada em RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Postado em 23 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.thehispanicconservative.com/problems-with-fairness-doctrine.html>. Acesso em 16 de janeiro de 2010. Além da trajetória jurisprudencial da Suprema Corte, o texto ressalta as atuais tentativas de parlamentares americanos em resgatar os seus ideais democráticos. Exemplos disso foram os projetos apresentados pelos congressistas Louise Slaughter e Mike Pence – idealizadores do Meida Act of 2004 e Broadcaster Freedom Act, respectivamente -, os quais, no entanto, não foram aprovados.

De forma resumida, podem ser compendiadas as seguintes ideias propagadas pela *fairness doctrine*:

- (i) oferecer, no ramo comunicativo, uma paridade de tempo na exposição de fatos controvertidos, permitindo ao receptor da informação um amplo conhecimento dos diversos pontos de vista acerca de uma mesma matéria²²;
- (ii) obrigar às empresas de comunicação a adoção de período da programação para a cobertura de fatos de relevante interesse coletivo;
- (iii) garantir a determinados cidadãos – candidatos em campanha eleitoral, por exemplo – um direito de resposta, no caso de ofensas pessoais em meios da mídia eletrônica²³.

Observa-se, destarte, que a justificativa para a implementação da doutrina consistia justamente na necessidade de conferir à imprensa um papel de incremento do discurso entre temas de interesse público, evitando-se, assim, que com base em uma intocável autonomia editorial, fossem as empresas da seara comunicativa levadas por objetivos puramente privados, muitas vezes de cunho nitidamente comercial. Além disso, evitar-se-ia que determinados conglomerados econômicos, de posição dominante no mercado, divulgassem fatos de interesse pessoal, externando, como ocorre na maioria esmagadora dos casos, tão somente a sua própria opinião²⁴.

²² V. PLUMBER, Joe. *The fairness doctrine: a violation of 1st emendment or necessary and balance?*. Postado em 20 de março de 2009. Disponível em <http://www.idahofallstoday.com/2009/03/20/the-fairness-doctrine-a-violation-of-the-1st-amendment-or-necessary-for-fairness-and-balance/>. Acesso em 16 de janeiro de 2010. A política da doutrina – também conhecida como *Fairness in Broadcasting* – consistia em apresentar ao público os diferentes pontos de vista em torno de notícia controvertida ora veiculada, de tal forma que se preservasse uma imparcialidade do discurso. O principal objetivo, portanto, era permitir uma emissão de determinada informação de maneira honesta e balanceada, sem que fosse unicamente adotada uma visão singular do meio de comunicação.

²³ Cf. BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel. Et. GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 480. No dizer de OWEN FISS: “(...) Essa doutrina foi criada pela *Federal Trade Commision* como uma elaboração de sua competência legal para regular empresas de rádio e televisão de acordo com o interesse público. Ela requeria que empresas de rádio e televisão cobrissem questões de importância pública e que o fizessem de maneira equilibrada, apresentando os dois lados da história (ou tantos lados quanto houvesse). De forma subsidiária, a *fairness doctrine* também dava aos candidatos uma oportunidade para responder a editoriais políticos hostis e oferecia um direito de resposta similar para aqueles que tivessem sido pessoalmente atacados (...)”. In: *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 107.

²⁴ A garantia de uma diversidade de opiniões consistiria, em verdade, em uma decorrência lógica do pluralismo, fundamento previsto em diversas Constituições de cunho democrático, inclusive a da República do Brasil de 1988. V., a respeito, MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 279: “(...) Numa linha próxima, um segmento da doutrina interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma

Pois bem. Em 1969, a Suprema Corte teve a oportunidade, pela primeira vez na história, em apreciar a validade da *fairness doctrine*. Cuidava-se, na ocasião, de direito de resposta pleiteado por determinado autor - de nome Fred Cook - de obra crítica a representante do Senado Federal pelo Estado do Arizona – Senador Barry Goldwater -, acusado por emissora de rádio pertencente à “Cruzada Cristã” de se tratar de divulgação de livro comunista. O precedente, usualmente conhecido como *Red Lion Broadcasting versus FCC*²⁵, consagrou pioneiramente a constitucionalidade da doutrina. Perfilhando a concepção democrática da liberdade de expressão, entendeu a Suprema Corte, por unanimidade, que a autonomia editorial dos meios de comunicação não se revestia de um caráter absoluto, cabendo à imprensa a promoção de um debate “*desinibido e amplamente aberto*”²⁶.

Entre os argumentos utilizados pela Suprema Corte no julgamento, destacam-se: (i) a necessidade de ampliação da cobertura do fato em questão pela imprensa, a quem competia apresentar as mais variadas versões da história; (ii) a primazia do direito dos destinatários da informação, que deveriam ouvir todos os pontos de vista acerca do assunto, sobre a autonomia irrestrita das emissoras de rádio e televisão²⁷; (iii) o fato de se tratarem tais empresas de concessionárias de um serviço público indisponível aos cidadãos, o que justificaria um dever de contrapartida de veicular opiniões “indesejadas”; (iv) a prevalecer o argumento de absolutismo da Primeira Emenda, a escassez de ondas eletromagnéticas levaria a uma imprudente concentração de mercado, limitando o acesso à informação pelos telespectadores.

No voto condutor do Justice Byron White, assentou-se que “*não há nada na Primeira Emenda que proíba o Governo de requerer a um concessionário que divida a sua frequência com outros licenciados e que o imponha obrigações de apresentar aquelas visões e vozes que são representativas da comunidade. É o direito dos telespectadores e ouvintes, não os direitos das emissoras, que é*

permanente a riqueza do debate público (...). Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e consequentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções na tomada de opiniões (...).”

²⁵ 395 U.S. 367, 390 (1969).

²⁶ V., a respeito, HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 828 – 829: “(...) In this instance, radio station WGCB refused to allow Fred Cook, the author of a book critical of Arizona senator Barry Goldwater, time to respond to the attack by the Ver. Billy James Hargis. The Court utilized the case to explore the different contexts of broadcast and print journalism that result in different First Amendment considerations. The finite number of broadcast frequencies meant it was ‘idle to posit na unabridgeable First Amendment right to broadcast comparable to the right of every individual to speak, write, or publish’ (...).”

²⁷ A primazia de um “direito de informação” dos destinatários - espécie do gênero “liberdade de expressão” - sobre a “liberdade de informação” dos emissores, talvez seja o ponto central do julgamento *Red Lion*. Aduziu, nesse passo, a Corte que “(...) o povo como um todo conserva o seu direito à liberdade de expressão através do rádio e seu direito coletivo de fazer com que o meio de comunicação funcione de maneira coerente com os propósitos e as finalidades da Primeira Emenda. É o direito dos telespectadores e ouvintes, e não o das emissoras, que prepondera (...). É o direito do público de receber acesso adequado às idéias e experiências sociais, políticas, estéticas, morais e outras o que mais importa aqui (...)”. V. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Op. cit., p. 275.

assegurado. É o propósito da Primeira Emenda de preservar um desinibido mercado de idéias o qual verdadeiramente deve prevalecer”²⁸.

A importância da decisão não a imunizou de severas críticas por parte dos opositores da concepção democrática da liberdade de expressão. Duas, em especial, merecem relevo. Primeiramente, afirmava-se que o controle da autonomia editorial levaria a uma inibição da iniciativa das emissoras de rádio e televisão em veicular notícias de valor controvertido. Em outras palavras, ao se permitir que uma agência (no caso, a FCC) obrigasse uma empresa de comunicação a externar “todos os lados da história”, induzir-se-ia, em última análise, a um “esfriamento” do discurso público, ou seja, editores acabariam por evitar temas de interesse público que ensejassem um eventual “direito de resposta” para cidadãos objeto de notícias polêmicas. A aceitação da *fairness doctrine* ocasionaria, assim, um “efeito contraproducente” (*chilling effect*) em relação ao seu real objetivo, de promover um robusto debate público²⁹.

Além disso, haveria de se considerar outro argumento contrário de destaque. Aduzia-se que, em se tratando de órgão governamental, a FCC era composta de representantes com interesses particulares e políticos, de tal forma que a fiscalização efetuada pela agência poderia comprometer a “imparcialidade” do discurso. Dessa forma, seria mais adequado prevalecer a concepção libertária da Primeira Emenda, concentrando-se na iniciativa exclusivamente privada o verdadeiro “poder regulatório” dos meios de comunicação de massa.

A ascensão da *fairness doctrine*, no entanto, teve curto espaço de duração. A jurisprudência constitucional norte-americana, fortemente marcada por uma visão ausenteísta do Estado na esfera comunicativa, não tardaria a reverter o precedente *Red Lion*. Tanto assim que, poucos anos mais tarde, a doutrina viria a sofrer uma ampla revisão, em três momentos distintos, até a sua total abolição na década de 1980.

O primeiro ataque ficou nitidamente registrado no julgamento de *Columbia Broadcasting System (CBS) versus DNC (Democratic National Comitee)*³⁰, julgado em 1973. O caso versava sobre pleito do Comitê do Partido Democrata que tentava veicular, em emissora de rádio (CBS), notícia crítica ao envolvimento dos Estados

²⁸ No original: “(...) There is nothing in the First Amendment which prevents the Government from requiring a licensee to share his frequency with others and to conduct himself as a proxy or fiduciary with obligations to present those views and voices which are representative of his community and which would otherwise, by necessity, be barred from the airwaves (...). It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited marketplace of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of that market, whether it be by the Government itself or a private licensee (...)”.

²⁹ O denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*) talvez tenha sido o principal argumento para a posterior revisão e queda da *fairness doctrine* em meados da década de 1980. Estudo concebido durante o governo de Ronald Reagan – mais precisamente em 1985 – concluiu que a doutrina, ao tentar promover a diversidade de opiniões, ao invés de contribuir para o enriquecimento do debate público, causou na verdade um “esfriamento” da abordagem de temas controvertidos pelas emissoras de rádio e televisão. V. RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Op. cit., p. 2.

³⁰ 412 U.S. 94 (1973).

Unidos na guerra do Vietnã. Com base em sua autonomia editorial, recusando-se a empresa em divulgar referido anúncio editorial, a questão chegou até a Suprema Corte que, por sete votos a dois, afirmou a inocorrência de violação à Primeira Emenda. Subvertendo-se em parte *Red Lion*, entendeu-se que apesar de viável a *fairness doctrine*, essa não seria obrigatória³¹. Vale dizer, a despeito de permitido, não haveria um dever de obediência da emissora aos ditames da FCC³².

A segunda decisão contrária à doutrina foi proferida apenas um ano mais tarde, no julgamento de *Miami Herald versus Tornillo*³³, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de legislação do Estado da Flórida, que previa um direito de resposta a candidatos eleitorais que viessem a sofrer críticas em periódicos impressos³⁴. Tratava-se, no feito, de pedido formulado por sindicalista – Pat Tornillo – que concorria a cargo da Assembleia Legislativa Estadual, em face de jornal que havia supostamente denegrido sua imagem. Refutando por completo a *fairness doctrine* e os argumentos tecidos em *Red Lion*, afirmou a Corte, em surpreendente decisão, que a mídia impressa não estaria obrigada a veicular matéria de interesse contrário à sua linha editorial, razão pela qual a lei estadual violaria a Primeira Emenda³⁵. Entendeu-se, ainda, que a norma produzia um “efeito contraproducente”,

³¹ No julgamento do caso, a Suprema Corte estabeleceu uma distinção entre “permissividade” e “obrigatoriedade”. Apesar de entender, em princípio, como constitucionais as imposições até então efetuadas pela FCC em relação à *fairness doctrine*, essas não seriam obrigatórias. Em matéria, portanto, de liberdade editorial (*editorial freedom*), as emissoras seriam dotadas de um direito de rejeitar anúncios políticos (*right to reject political advertisements*). V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 425. V., ainda, sobre o tema, CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Aspen Publishers, pp. 1124 – 1143. Interessante notar, no entanto, que em 1981, no julgamento de *Columbia Broadcasting System (CBS) versus FCC* (453 U.S. 367), a Suprema Corte manteve dispositivo do *Communications Act* que proibia recusas repetidas, por parte de emissoras de rádio e televisão, na disponibilidade de espaço de transmissão para candidatos qualificados para cargos federais.

³² Nos termos do voto condutor do *Chief Justice* Warren Burger, o interesse público padrão emanado do *Communications Act*, que absorve os princípios da Primeira Emenda, não exigiria que as emissoras aceitassem anúncios editoriais. Ressalvou-se, nesse particular, que o Congresso Nacional recusara, à época, diversos esforços em se impor às empresas de radiodifusão de sons e imagens um “direito de acesso a todas as pessoas que desejam falar sobre questões públicas”. No original: “(...) The basic criterion governing use of broadcast frequencies is the right of the public to be informed; the manner by which this interest is best served is dispositive of the respondents' statutory and First Amendment contentions. (A) In evaluating respondents' claims, great weight must be afforded the decisions of Congress and the experience of the FCC. (B) Congress has consistently rejected efforts to impose on broadcasters a "common carrier" right of access for all persons wishing to speak out on public issues. Instead, it reposed in the FCC regulatory authority by which the Fairness Doctrine was evolved to require that the broadcaster's coverage of important public issues must be adequate and must fairly reflect differing viewpoints; thus, no private individual or group has a right to command the use of broadcast facilities. The "public interest" standard of the Communications Act, which incorporates First Amendment principles, does not require broadcasters to accept editorial advertisements (...).”

³³ 418 U.S. 241 (1974).

³⁴ Cumpre ressaltar, a título de curiosidade, que a aludida lei estadual, que instituiu um “direito de resposta” (*right to reply*), foi promulgada em 1913, não tendo sido até então objeto de discussão perante a Suprema Corte. A justificativa da norma era garantir eleições livres e justas, mantendo-se o eleitorado bem informado de todos os fatos.

³⁵ Nos termos do voto do *Chief Justice* Warren Burger, a legislação atacada consistiria em uma indevida intrusão na função editorial, sendo incompatível com as garantias da Primeira Emenda. No original: “(...)Even if a newspaper would face no additional costs to comply with a compulsory access law and would not be forced to forgo publication of news or opinion by the inclusion of a reply, the Florida

ao inibir a cobertura de fatos controvertidos e, assim, contribuir para um enfraquecimento do debate público. Por fim, atentaria-se para o fato de que a multiplicação do número de emissoras rádios e televisão justificaria uma redução do intervencionismo estatal na seara.

Conhecido como o mais duro golpe à doutrina, o caso denotava o retorno da Corte à concepção libertária da liberdade de expressão, sendo, contudo, motivo de críticas e perplexidade no meio acadêmico³⁶. Com efeito, algumas indagações mereciam esclarecimento, quais sejam: qual o motivo de não haver, no corpo do acórdão, qualquer alusão ao precedente *Red Lion*? Por que haveria de se promover, naquele momento, uma ruptura à *fairness doctrine*³⁷? Haveria alguma justificativa plausível para se fazer uma distinção entre a mídia impressa e a eletrônica no momento da aplicação da Primeira Emenda? Todas essas perguntas ficaram sem resposta na fundamentação do voto condutor proferido pelo *Justice Warren Burger*³⁸.

statute fails to clear the barriers of the First Amendment because of its intrusion into the function of editors. A newspaper is more than a passive receptacle or conduit for news, comment, and advertising. The choice of material to go into a new paper, and the decisions made as to limitations on the size and content of the paper, and treatment of public issues and public official -- whether fair or unfair -- constitute the exercise of editorial control and judgment. It has yet to be demonstrated how governmental regulation of this crucial process can be exercised consistent with First Amendment guarantees of a free press as they have evolved to this time. Accordingly, the judgment of the Supreme Court of Florida is reversed. (...)”.

³⁶ V., nesse sentido, YOUIM, Kyu Ho. The Right of Reply and Freedom of Press: An International and Comparative Perspective. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008, p. 1017. Simetricamente, em artigo análogo, STEPHEN GARDBAUM evidencia duas finalidades precipuas do direito de resposta: proteger a reputação e dignidade de indivíduos contra notícias falsas veiculadas na imprensa; e promover uma disseminação de ideias, de forma a contribuir para um debate politicamente mais robusto. Cf. GARDBAUM, Stephen. A Reply to The Right of Reply. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008, p. 1069.

³⁷ Vale registrar que, paradoxalmente, no julgamento de *Associated Press versus United States* – 326 U.S. 1 (1945) -, a Suprema Corte entendeu que mesmo a imprensa não estaria imune à legislação antitruste, tendo o *Justice Black* declarado que “a maior difusão possível de informações de fontes diversas e antagônicas seria essencial para o bem-estar do público. A liberdade de publicar seria garantida pela Constituição, mas a liberdade de combinar não”. V. BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 431: “(...) In other words, press freedom does not give newspapers of press agencies immunity from any general legislation intended to safeguard that freedom (...)”.

³⁸ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 115 – 116: “(...) A decisão da Corte repelindo o sindicalista e derrubando a lei foi apresentada como necessária para proteger a autonomia dos editores para decidir o que publicar e como. Mas uma vez que se tornou li, havia razão para perguntar, como a FCC e o Presidente eventualmente fizeram (mas somente de forma retórica): por que emissoras de rádio e televisão não têm direito à mesma medida de autonomia que os jornais? Afinal, eles também são parte da imprensa. Uma possível resposta enfatiza a diferença na fonte do direito de propriedade das várias mídias. Os direitos de propriedade de jornais são moldados por muitas forças, incluindo *common law* leis que são, em sua maioria, aplicáveis a todos os negócios. Emissoras de rádio e TV operam sob as mesmas leis, mas possuem um direito de propriedade adicional – uma licença exclusiva conferindo-lhes a permissão para utilizarem uma frequência de transmissão particular. Essa licença é conferida por uma decisão do Estado deliberada e institucionalmente específica, cuja finalidade é evitar interferências no espectro eletromagnético (...)”.

O marcante retrocesso da “Corte de Warren” em matéria de direitos individuais seria ainda acompanhado da ascensão ao poder do Partido Republicano, já na década de 1980. Nessa toada, sob influência do movimento de desregulação e privatização, a própria FCC veio, em sede administrativa, a sepultar a *fairness doctrine*, sob o arcaico argumento de que seria inconstitucional por atentar contra a Primeira Emenda. Em vã tentativa de revalidar a doutrina, o Congresso ainda conseguiu a aprovação de lei que a caracterizava como uma “determinação legislativa”, porém essa terminou sendo vetada pelo então Presidente Ronald Reagan³⁹.

Um terceiro e derradeiro ataque ainda estaria por vir. Em 1986, no julgamento de *Pacific Gas & Electric Co. versus Public Utilities Commission*⁴⁰, a Suprema Corte, por maioria, invalidou obrigação imposta por agência reguladora do Estado da Califórnia, que permitia a um grupo de cidadãos a utilização de espaço no envelope de fatura de gás e energia para fins de divulgação dos motivos do valor da tarifa fixada pelo órgão. Novamente considerando o aspecto libertário da Primeira Emenda, a Corte rechaçou a regulação efetuada, sob o argumento de que não seria possível compelir à referida companhia a veiculação de mensagem que classificava como indesejável⁴¹.

Não obstante o seu arrefecimento no fim do século passado, ainda é possível cogitar de uma sobrevivência da ideologia da *fairness doctrine* no direito norte-americano. Em 1992, foi editada pelo Congresso legislação regulando a autonomia das empresas de TV a cabo e, dois anos depois, a Suprema Corte veio a ratificar a validade do ato normativo. No julgamento de *Turner Broadcasting System versus*

³⁹ Cf. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 112: “(...) Na verdade, o ataque à Fairness Doctrine não foi inspirado nem tecnologicamente nem empiricamente. Foi uma batalha sobre ideologia e princípio, baseada em interpretações conflitantes da Primeira Emenda e sua garantia de liberdade de imprensa. A FCC e o Presidente acreditaram que o julgamento da Suprema Corte em *Red Lion* - especificamente que a Fairness Doctrine era consistente com a liberdade de imprensa - era simplesmente equivocado. Em uma primeira análise, isto parece uma grande usurpação pelo Presidente e pela FCC de um poder que pertence exclusivamente à Suprema Corte. Afinal, nós temos sido ensinados por quase duzentos anos que a Suprema Corte é o árbitro final da Constituição. Na minha visão, contudo, os eventos de 1987 não constituíram uma usurpação inconstitucional. Quando o Presidente Reagan e a FCC repudiaram *Red Lion*, eles não estavam tomando a lei em suas próprias mãos, mas tão-somente extraindo as consequências naturais e lógicas da doutrina que a Suprema Corte tinha desenvolvido nos anos seguintes àquela decisão. O Presidente e a FCC estavam apenas fazendo o que a Suprema Corte não teve a oportunidade, ou talvez a coragem, de fazer (...)”.

⁴⁰ 475 U.S. 1 (1986).

⁴¹ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Op. cit., p. 119: “(...) A racionalidade da regulação era a mesma subjacente à Fairness Doctrine ou à lei de direito de resposta da Flórida - dar ao público os dois lados da história. Ao derrubar a legislação, a Corte não disputou a necessidade da informação do grupo de cidadãos, nem duvidou do valor do propósito da regulação, mas considerou que a Primeira Emenda, como princípio, proibiu o Estado de requerer que companhia elétrica carregasse no seu envelope de cobrança uma mensagem que a companhia considerasse ofensiva ou odiosa com a qual discordasse (...).” Como assinalado pela Suprema Corte, nos termos do voto condutor do *Justice* Lewis, o direito de falar abrangia também o direito de escolher o que não falar (“the choice to speak includes within it the choice of what not to say”).

FCC⁴², por maioria apertada de cinco votos a quatro, confirmou-se a constitucionalidade da lei federal que obrigava os operadores de televisão por cabo a retransmitir programas de emissoras de televisão aberta locais, por entender que tal medida fortalecia o pluralismo democrático na mídia eletrônica⁴³.

No mesmo sentido, ao ângulo doutrinário, permanece acesa a defesa da concepção democrática da liberdade de expressão e informação. Além do já citado Professor da Universidade de Yale OWEN FISS, CASS SUNSTEIN, Professor da Universidade de Chicago, comunga de entendimento semelhante. Em seu ponto de vista, as críticas formuladas à *fairness doctrine* seriam dignas de temperamento, por dois fundamentos básicos: em primeiro lugar, haveria de se considerar que, ao contrário do que pretende fazer crer os adeptos do “absolutismo” da Primeira Emenda, as ameaças à liberdade de expressão não seriam oriundas tão-somente do Poder Público, mas também da iniciativa privada, especialmente em hipóteses de concentração do mercado⁴⁴. Em segundo lugar, embora aparentemente correta a ideia de “neutralidade” do Estado no campo comunicativo, a prática poderia demonstrar que tal postura, a despeito de compatível, em linha de princípio, com a Primeira Emenda, poderia indiretamente ocasionar uma violação à liberdade discursiva e, logicamente, à liberdade de expressão⁴⁵.

Com a finalidade de se evitar uma “parcialidade” na esfera comunicativa, SUNSTEIN defende a implantação de uma “*política do New Deal*” para a liberdade discursiva, devendo o Estado atuar como agente garantidor da liberdade de expressão, mediante determinadas condutas na esfera privada, entre as quais: (i) estimulando a competitividade entre os fornecedores de informação, em especial nos novos mercados tecnológicos; (ii) subsidiando novas “mídias” (o que,

⁴² 512 U.S. 622 (1994).

⁴³ Nos termos do voto condutor do *Justice Kennedy*, a Suprema Corte considerou que o Congresso Nacional teria um “interesse na preservação de uma multiplicidade de organismos de radiodifusão”. Dessa forma, o *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*, ao assegurar a competitividade do mercado, não seria incompatível com os propósitos da Primeira Emenda. O tratamento conferido à imprensa escrita não poderia ser o mesmo imputado ao serviço de televisão a cabo. O simples fato de tornar disponíveis canais públicos ou educativos não interferiria na liberdade de informação e programação das emissoras, que ainda poderiam transmitir seus próprios programas. V. BARENDET, Eric. *Freedom of Speech*. Op. cit., p. 446.

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Op. cit., p. 277: “(...) A ideia de que as ameaças à liberdade de expressão se originam do governo é indubitavelmente correta, mas da maneira geralmente compreendida, ela é demasiado singela. Às vezes, as ameaças provêm do que parece ocupar a esfera privada e, muito mais fundamentalmente, as ameaças são possíveis somente por intermédio de direitos legalmente concedidos que permitem a algumas pessoas e não a outras falarem e serem ouvidas (...)”.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 277: “(...) A ideia de que o governo deveria ser neutro em relação a todas as formas de discurso parece correta no campo abstrato, mas da maneira como vem sendo freqüentemente aplicada, não é mais plausível do que a ideia de o governo ser neutro em relação aos direitos de associação dos negros e dos brancos sob condições de segregação (...). O problema mais generalizado é o de que a neutralidade freqüentemente se concebe como que exemplificada na utilização dos mercados econômicos para determinar o acesso à mídia e, com isso, uma oportunidade de se fazer ouvir. Essa forma de neutralidade na verdade incorpora uma opção coletiva, capturada na utilização do mercado e na criação de normas jurídicas especiais para o seu funcionamento, a qual garante que algumas pessoas não terão a possibilidade de se expressar ou serem ouvidas de forma alguma, ao mesmo tempo em que outras pessoas terão permissão para dominar os meios públicos de comunicação (...)”.

aparentemente, não teria qualquer obstáculo legal); (iii) permitindo um maior número de canais abertos, sobretudo na televisão; (iv) protegendo contra mensagens obscenas e violentas; (v) estimulando a veiculação de programação cultural e educacional⁴⁶.

Todavia, em que pese significativos esforços de parcela – minoritária – da doutrina publicista, acompanhado de algumas tentativas de restauração da *fairness doctrine* no âmbito do Poder Legislativo, se percebe que, conforme demonstra a experiência constitucional americana, ainda é forte o bastante a visão puramente libertária da liberdade de expressão, sendo essa a concepção dominante na esfera jurisprudencial.

3. Democracia, Pluralismo e Liberdade de Expressão no Ordenamento Brasileiro.

O exame, em sede de Direito Comparado, do comportamento doutrinário e jurisprudencial em torno de uma vertente pluralista da liberdade de expressão permite demonstrar premissa teórica que embasa o presente artigo, qual seja, o fato de que, com relação à restrição de uma liberdade de manifestação do pensamento, a concepção libertária e a democrática não seriam meramente excludentes, mas complementares.

Mesmo em países de tradição tipicamente liberal, a exemplo dos Estados Unidos da América, já se investigou a adoção, pela Suprema Corte, de uma doutrina que contemplasse “os mais variados pontos de vista sobre determinados temas, notícias ou informação”. Ainda que em período de refluxo desde meados da década de 1980, a denominada *fairness doctrine*, encampada pela jurisprudência na década de 1960, ainda encontra algum fôlego no âmbito doutrinário norte-americano⁴⁷.

No ordenamento brasileiro, no entanto, a vertente democrática da liberdade de expressão ainda é pouco – ou quase nada – explorada. A vasta produção intelectual acerca de temas correlatos à liberdade de expressão e de informação se limita a investigar conflitos clássicos entre a liberdade de manifestação do pensamento, de um lado, e bens de personalidade, de outro. Simetricamente, no âmbito jurisprudencial, a quase totalidade das decisões judiciais versa sobre o

⁴⁶ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993, pp. 271 – 274. Para o autor, a melhor forma de o Poder Público promover uma imparcialidade e igualdade na esfera comunicativa consistiria no subsídio de novas emissoras de rádio e televisão. Afirma, nesse particular, que, como bem salientado em diversos votos da *Justice* O'Connor, ao contrário da regulação da informação, o simples emprego de subsídios nas relações privadas não esbarraria nos ditames da Primeira Emenda.

⁴⁷ O argumento central para os defensores de uma “restauração” da doutrina no cenário norte-americano se calca na existência de poucas licenças para empresas de radiodifusão sonora e de imagens, se tomado em consideração o elevado número de espectadores. Confira-se, a propósito, RENDALL, Steve. “Fairness Doctrine. How We Lost it, and Why We Need it Back”. Disponível em <http://www.commondreams.org/views05/0212-03.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010. Em sentido oposto, leia-se ANDERSON, Brian C.; THIERER, Adam T. *A Manifesto for Media Freedom*. New York: Encounter Books, 2008, pp. 24 – 43. Curiosamente, os autores se referem à aludida doutrina como “*unfairness doctrine*”.

caráter libertário da liberdade de informação, sendo certo que qualquer movimento contrário a tal perspectiva rapidamente passa a receber o rótulo de “retorno à censura”.

A explicação para tal fato é demasiadamente simples. Nos Estados Unidos da América, o *free speech* foi alçado à esfera constitucional em 1791, com o advento da Primeira Emenda (*First Amendment*), tendo a história da Suprema Corte desenvolvido desde então a construção de uma “posição de preferência” da liberdade do discurso.

No Brasil, por sua vez, a liberdade de expressão sobreviveu em meio a percalços institucionais, ou seja, teve o seu grau de proteção constitucional oscilado durante golpes e contragolpes que marcaram a história do país⁴⁸. A alternância entre Constituições outorgadas e democráticas não permitiu um livre desenvolvimento do “mercado de ideias” comum ao ordenamento norte-americano e a outras nações europeias. Soma-se a isso a recente restauração da Constituição ao topo da ordem jurídica, fruto de um movimento de redemocratização após anos de ditadura militar⁴⁹. O passado sombrio dos famosos “anos de chumbo” ainda assusta, e muito, especialmente quando posta em xeque a garantia da liberdade de expressão. A visão tipicamente absentista do Estado na esfera comunicativa brasileira se encontra, portanto, amplamente justificada.

Todavia, mais de vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, se está diante da necessidade de se dar um passo mais à frente. É chegado o momento de, ao lado da visão puramente libertária, se desenvolver uma concepção democrática da liberdade de expressão no Brasil, vital para o regular funcionamento dos principais interesses constitucionais ligados ao meio comunicativo.

Transportando-se, portanto, o debate, para o cenário brasileiro, entende-se que, com as devidas particularidades do sistema constitucional pátrio, a implantação de uma *fairness doctrine* seria não somente permitida, como adequada aos ditames constitucionais.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Volume 97, pp. 181 - 198, 2010. V., ainda, BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁹ Confira-se, a respeito do tema, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010: “(...) Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (...)”.

Em artigo pioneiro sobre o tema⁵⁰, GUSTAVO BINENBOJM externa sua posição em defesa de uma *fairness doctrine* no âmbito nacional⁵¹. Ao examinar a regulação dos meios de comunicação de massa, à luz da Constituição Federal de 1988, parte o autor das seguintes premissas:

- (i) em razão da proclamação do pluralismo político (artigo 1º, inciso V) como um dos princípios fundamentais da República, ao lado do seu espectro político-partidário, deveria a regulação dos meios de comunicação de massa se pautar pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla;
- (ii) a norma contida no artigo 220, parágrafo 5º, da Constituição da República, proíbe a sujeição dos meios de comunicação social a monopólio ou oligopólio, tendo sido dispensado, pelo texto constitucional, às liberdades de expressão e de imprensa, um tratamento que procura compatibilizar o seu aspecto defensivo (*liberdade de*) com o seu aspecto protetivo (*liberdade para*). *Assim sendo, deve o agente concretizador da Constituição buscar uma concordância prática entre os valores condensados nos princípios em tela*⁵²;
- (iii) algumas normas constitucionais mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa, como o direito de resposta e o direito de acesso à informação;
- (iv) no caso do direito de resposta, previsto no inciso V, do artigo 5º, da Constituição Federal, esse não pode ser compreendido no Brasil como um direito puramente individual, mas como um instrumento de mídia

⁵⁰ Cabe assinalar, entretanto, que em texto prefacial na clássica obra de OWEN FISS referente ao tema da *fairness doctrine*, BINENBOJM já havia identificado o que se chama de “fina ironia do papel do Estado” em relação à liberdade de expressão e de imprensa, destacando a necessidade de busca de um ponto ótimo na intrincada tarefa do Poder Público na esfera comunicativa, ocasião em que exerceria, ao mesmo tempo, um papel de “inimigo mortal e amigo imprescindível dessas liberdades”. Discorrendo, pois, sobre o complexo dilema entre as dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão, aduz que “(...) qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa (...)”. CF. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tradução e Prefácio de Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, p. 4.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, pp.473-197

⁵² BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Op. cit., p. 490.

colaborativa (*collaborative media*) em que o público é convidado colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista⁵³;

- (v) o direito de acesso à informação, por sua vez, deve ser visto *como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral*. Nesse sentido, o artigo 221 da Lei Maior já define um conjunto de obrigações positivas a serem observadas na produção e programação das emissoras de rádio e televisão⁵⁴;
- (vi) haveria, na Constituição de 1988, um *mandamento de otimização* implícito em todos esses supracitados dispositivos, que impõe um dever para o Estado de reconhecer e promover fenômenos como as *rádios comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social*⁵⁵.

Posicionando-se pela constitucionalidade de uma versão nacional da *fairness doctrine*, afirma BINENBOJM que a Carta de 1988 provê diversos mecanismos de proteção tanto da autonomia dos órgãos de imprensa, como também de defesa de interesses de leitores e outros receptores, razão pela qual as liberdades de expressão e de imprensa possuiriam uma natureza dúplice, apresentando-se, simultaneamente, como garantias liberais defensivas e garantias democráticas positivas. Em suas palavras, “o Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias”⁵⁶.

⁵³ Ibidem, p. 491: “(...) De fato, além de um conteúdo tipicamente *defensivo* da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta (...)”.

⁵⁴ Essa a redação do artigo 221 da CF: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Op. cit., p. 494.

⁵⁶ Ibidem, p. 495.

Na mesma esteira de entendimento, cabe destacar, ainda na doutrina brasileira, a concepção de DANIEL SARMENTO sobre o tema em debate. Em artigo que aborda a adoção do pluralismo na esfera comunicativa, o autor examina com percuciência a tensão existente entre os dois principais valores da liberdade de expressão, quais sejam, a proteção da liberdade individual e a garantia da democracia⁵⁷. Após enfrentar a visão jurisprudencial da liberdade de expressão em sede de Direito Comparado, passa a defender com veemência uma postura ativista do Estado no debate público, sustentando ser indispensável a intervenção estatal na autonomia individual⁵⁸.

Com base nas ideias de RONALD DWORKIN⁵⁹, afirma o constitucionalista que a capacidade de expressão constitui um dos aspectos centrais da dignidade da pessoa humana, pelo que tornar-se-ia necessário assegurar a possibilidade real de exercício de tal direito⁶⁰. Como sustentáculo jurídico na defesa de uma vertente ativista estatal, SARMENTO faz referência a diversos preceitos da Constituição de 1988 que protegeriam de forma ampla a liberdade de expressão, tais como o artigo 5º, incisos IV (que prevê a liberdade de manifestação do pensamento) e XIV (que trata do direito ao acesso à informação), artigo 220 (que regula a comunicação social) e o artigo 3º (que enumera os objetivos fundamentais da República). Refutando, pois, uma visão libertária do modelo constitucional brasileiro, expressa que:

(...) A idéia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos, que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos Poderes Públicos. Assim, é dever do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 263 – 299.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 286: “(...) Na nossa opinião, a intervenção estatal visando a democratizar a esfera comunicativa é indispensável. Mais que uma faculdade, ela deve ser concebida como um verdadeiro dever do Estado, sobretudo em sociedades desiguais como a brasileira, em que os meios de comunicação social se encontram excessivamente concentrados nas mãos de uma pequena elite, e o mercado não proporciona aos pobres qualquer acesso real à mídia. Esta intervenção não opera contra, mas a favor da liberdade de expressão, que não deve, portanto, ser concebida como um mero direito negativo a uma abstenção estatal (...)”.

⁵⁹ Vale-se o autor, nesse ponto, da concepção de DWORKIN no artigo *Why Speech Must be Free*. In: *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 288.

assegurar as condições materiais mínimas à viabilização do seu exercício pelos mais pobres (...) ⁶¹.

Corroborando o posicionamento de GUSTAVO BINENBOJM, observa o autor que o texto constitucional relativiza a autonomia editorial da mídia eletrônica, como se infere da leitura dos princípios contidos no já mencionado artigo 221, o que justificaria uma intervenção do Estado na esfera privada para promoção do pluralismo no âmbito da comunicação social⁶².

De forma esquematizada, os fundamentos constitucionais suscitados em favor de uma *fairness doctrine* no ordenamento brasileiro poderiam ser assim compendiados:

Princípio Democrático	Artigo 1º, <i>caput</i> , da CF
Pluralismo Político	Artigo 1º, inciso V, da CF
Princípio da Solidariedade	Artigo 3º, inciso I, da CF
Liberdade de Manifestação do Pensamento	Artigo 5º, inciso IV, da CF
Direito de Resposta	Artigo 5º, inciso V, da CF
Princípio do Acesso à Informação	Artigo 5º, inciso XIV, da CF
Proibição de Monopólio	Artigo 220, §5º, da CF

Os princípios democrático e do pluralismo, prescritos no artigo 1º da Carta de 1988, constituem fundamentos da República, estando estreitamente relacionados por sua estatura axiológica. Por sua vez, o denominado princípio da solidariedade, alçado ao *status* de objetivo fundamental da República, é comumente utilizado como

⁶¹ Ibidem, p. 290: “(...) Na verdade, o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do *status quo*, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária. Isto se percebe facilmente, por exemplo, na leitura dos objetivos fundamentais da República, enunciados no art. 3º do texto magno, que devem servir de guia na interpretação dos demais preceitos da Constituição. O constituinte partiu da inquestionável premissa empírica – infelizmente inalterada desde 1988 – de que a estrutura social brasileira é injusta e opressiva em relação aos pobres e integrantes de grupos desfavorecidos, e decidiu que este estado de coisas deveria ser energeticamente combatido pelo Estado. Este claro compromisso com a transformação social tem de ser levado em consideração na interpretação e aplicação dos preceitos da Lei Maior, e também, como não poderia deixar de ser, na exegese da liberdade de expressão (...)”.

⁶² Após analisar com minúcias o caráter ambíguo da liberdade de expressão, conclui o doutrinador que sua tese “(...) é a de que a Constituição de 1988, devidamente interpretada, dá o norte para o enfrentamento da grave patologia da esfera pública brasileira. Com efeito, infere-se da Carta de 88 o dever constitucional do Estado de agir para tornar efetivos a democracia e a autonomia comunicativa de todos os cidadãos, através da promoção e do controle do pluralismo externo e interno dos meios de comunicação social (...)”. Cf. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. Op. cit., p. 298.

sustentáculo à aplicação da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*⁶³.

A liberdade de manifestação do pensamento constitui gênero do qual decorre a liberdade de informação (própria do emissor da mensagem) e o direito de informação (relativo ao destinatário da mensagem), servindo, inclusive, como instrumento limitador da própria liberdade de expressão⁶⁴. Importa esclarecer: ao mesmo tempo em que desempenha um papel de limite à ingerência governamental na esfera comunicativa (ou seja, de direito fundamental perante o Poder Público), vai condicionar a atuação – excepcional - do Estado, nas relações privadas, essencial ao fomento da diversidade de opiniões e, por conseguinte, à proteção da liberdade de expressão de minorias com menor voz ativa na sociedade.

A proibição de monopólio e oligopólio traduz, em verdade, princípio atinente à ordem econômica, exercendo importante papel na contenção do abuso do poder econômico. Esse, inclusive, o principal argumento invocado em decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Constitucionais estrangeiros, anteriormente narradas⁶⁵.

O direito de resposta, a seu turno, se interpretado sistematicamente com o princípio do acesso à informação, desempenha uma multifuncionalidade, assumindo, cumulativamente, uma importante tarefa de instrumento de pluralismo informativo, meio de proteção dos bens constitucionais de personalidade (tais como honra, reputação e dignidade da pessoa humana) e medida sancionatória⁶⁶.

Problema atualmente enfrentado na jurisprudência, contudo, diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da denominada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250 de 1967), que regulamentava o instituto em seus artigos 29 a 36. Após o

⁶³ A teoria da eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais na esfera privada foi desenvolvida na doutrina estrangeira por HANS NIPPERDEY, que aduz que alguns direitos fundamentais estampados na Lei Fundamental de Bonn vinculariam apenas o Poder Público, ao passo que outros poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas (oponibilidade *erga omnes*), independentemente de mediação do legislador. No ordenamento brasileiro, há quem sustente, com fulcro, entre outros princípios constitucionais, na solidariedade, que a opção do constituinte de 1988 implicaria o reconhecimento da extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares. V., a respeito do tema, por todos, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶⁴ A questão da autolimitação da liberdade de expressão e a eventual aplicação da doutrina dos limites imaneses será, posteriormente, objeto de maiores reflexões.

⁶⁵ Confira-se, *ad exemplum*, a célebre decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no festejado “Caso Blinkfüer”, bem como as recentes decisões do Conselho Constitucional francês, já examinadas em tópico oportuno. A redução da concentração de mercado encontra amparo no dispositivo constitucional brasileiro que menciona o dever de “repressão ao abuso do poder econômico” (artigo 173 da Constituição da República).

⁶⁶ V. NICOLODI, Ana Marina. “O Direito de resposta”. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 12 de outubro de 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010. Aduz a autora: “(...) Com efeito, por um lado, o direito de resposta constitui uma medida de garantia dos direitos de personalidade, por outro, constitui um direito individual de acesso aos meios de comunicação social e de participação na formação da opinião pública. Ou seja, reconhece-se a este direito o duplo caráter de garantia institucional (direito do público à informação veraz), assegurando-se a sua dimensão individual, e de direito subjetivo (direito individual de defesa dos bens da personalidade ofendidos (...)).” Confira-se, ainda, sobre o tema, MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

juízo em definitivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, pelo Supremo Tribunal Federal, subsiste intensa controvérsia quanto aos processos judiciais em andamento nos Tribunais Superiores. A despeito de não mais existir legislação infraconstitucional perfeitamente aplicável à espécie, certo é que o direito de resposta, na qualidade de mecanismo restritivo de abusos cometidos pela imprensa, ainda pode (e deve) ser invocado, à luz do texto constitucional. Nada obstante, caberá, singularmente, a cada órgão julgador, diante de casos concretos, a difícil tarefa de equacionar as formas de sua implementação⁶⁷.

Não bastassem todos os dispositivos constitucionais acima destacados, é de bom proveito ressaltar que, através de uma análise comparativa com a jurisprudência norte-americana, os principais fundamentos utilizados pela corrente libertária e ratificados pela Suprema Corte, contrários ao desenvolvimento da *fairness doctrine*, não seriam merecedores de acolhimento no ordenamento brasileiro. Explica-se.

O argumento central suscitado no Direito norte-americano para a invalidade da aludida doutrina repousa no fato de que seria ela incompatível com a Primeira Emenda. Calha repisar: não existe, na Carta de 1787 (e no respectivo *Bill of Rights*, composto pelas dez primeiras emendas constitucionais), qualquer norma expressa que contemple o pluralismo no campo comunicativo. Distintamente da Constituição Federal Brasileira de 1988, não há, no texto constitucional americano, de viés nitidamente liberal, suportes normativos explícitos hábeis a corroborar a adoção de uma vertente democrática da liberdade de expressão.

Ademais, tampouco mereceria prosperar, no cenário brasileiro, o argumento do denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*), supostamente causado

⁶⁷ Veja-se, nesse passo, decisão proferida pela 3ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 885.248 – MG, em 15 de dezembro de 2009, sendo Relatora a Ministra Nancy Andrighi, *verbis*: “(...) Como consabido, o STF, ao julgar a ADPF 130-DF, declarou que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) não foi recepcionada pela CF/1988 e, diante da impossibilidade de modulação de efeitos nas decisões de não recepção tal qual apregoa a jurisprudência do STF, considera-se inválida a referida lei desde a promulgação da atual Carta Magna. Contudo, permanece passível de proteção jurídica o direito constitucional de resposta, mas não mais nos termos em que previsto nos arts. 29 a 36 da Lei de Imprensa. Para dar amparo a tal direito, o Judiciário deverá valer-se da analogia (como discutido pelo STF quando do julgamento da citada ADPF), ao invocar o art. 14 do Pacto de *San Jose* da Costa Rica e o art. 58 da Lei n. 9.504/1997. Por sua vez, a Lei de Imprensa, em seus arts. 68 e 75, previa a possibilidade de publicação da respectiva sentença cível ou criminal no mesmo veículo de comunicação em que perpetradas as ofensas que deram causa à ação. Porém, essa publicação, de natureza inerente à reparação civil, apesar de semelhante, não se confunde com o direito à resposta, sanção penal por natureza (como reconhecia reiteradamente o STJ), que é conferido ao ofendido para que esclareça, de mão própria, no mesmo veículo, os fatos antes divulgados a seu respeito. Por isso, vê-se que esse direito à publicação da sentença, que visa dar ao público conhecimento da existência e do teor da decisão judicial, não tem amparo direto na CF/1988. Logo, sua sobrevida deve ser apreciada à luz da legislação civil. Isso posto, constata-se, ao final, que o princípio da reparação integral do dano (art. 159 do CC/1916 e arts. 186, 187 e 927 a 943 do CC/2002) não tem alcance suficiente para abranger o aludido direito à publicação de sentença, providência de fundamento único na Lei de Imprensa não recepcionada, pois não se pode impor, a partir da regra geral de indenização por ato ilícito, uma obrigação de fazer ao devedor, salvo se tal obrigação constar previamente de contrato. Assim, até que aprovada uma nova Lei de Imprensa (em discussão no Congresso Nacional), está assegurado aos cidadãos apenas o exercício do direito de resposta, mas não a faculdade de requerer publicação da sentença no veículo de comunicação ofensor (...)”.

pela necessidade de apresentação dos mais variados pontos de vista acerca de determinada notícia ou informação. Duas observações, nesse contexto, são dignas de destaque.

Primeiramente, além de não existir, do ponto de vista estatístico, qualquer comprovação de que tal necessidade acarretaria, na prática, um “efeito silenciador do discurso”, certo é que, no modelo constitucional brasileiro, existe(m) norma(s) expressa(s) imputando aos meios de comunicação uma missão democrática. Democracia, pluralismo e acesso à informação – e, obviamente, o direito de resposta – conforme já mencionados, são exemplos de tal posição.

Secundariamente, ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos da América, não se pode afirmar a existência, no Brasil, de uma multiplicidade de vozes, ou seja, de uma gama variada e diversificada de instrumentos formadores de opinião. Toma-se o exemplo emblemático da televisão. A despeito da recente expansão do serviço de televisão a cabo no território nacional, vale lembrar que existem somente sete canais em atividade na televisão aberta, sendo que apenas um (pertencente às Organizações Globo) concentra mais de 70% (setenta por cento) do mercado comunicativo⁶⁸. Na imprensa escrita, o cenário também não é diferente. Não raramente, constata-se que os municípios de regiões menos populosas possuem apenas um periódico em circulação, o que compromete seriamente direitos constitucionais básicos dos destinatários da mensagem, inclusive o próprio princípio democrático⁶⁹.

⁶⁸ Notadamente no que se refere ao parágrafo 5º, do artigo 220, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a proibição de monopólio nos meios de comunicação social, pode-se afirmar que a ausência de regulamentação do referido dispositivo, apesar de transcorridos mais de vinte anos da promulgação da Lei Maior, conduz a uma total ineficácia social da norma. Consequentemente, o que se verifica, em concreto, é uma concentração horizontal marcada pelo controle de diversos veículos de mesma espécie, tanto no rádio quanto na televisão. Quanto à concentração vertical, ocorrida quando um mesmo conglomerado econômico comanda vários elos da cadeia produtiva, tem-se como exemplo clássico a Rede Globo de Televisão, que além de produzir e distribuir seu conteúdo na televisão aberta, é responsável pela programação do sistema GloboSat, detentora de posição dominante no mercado de televisão a cabo. Assevera-se oportuna, nesse particular, sobre a concentração de poder na esfera comunicativa, a observação de ALEXANDRE FARACO, *verbis*: “(...) Permitir algum nível de concentração da propriedade de empresas dessa natureza, como em qualquer setor da economia, pode ser necessário para viabilizar o aproveitamento de economias de escala inerentes a essa atividade, sem o que certas utilidades não terão como ser oferecidas aos usuários. Por outro lado, e pelo menos no que concerne à difusão de idéias e opiniões diretamente relevantes para o processo político, estruturas de propriedade de mídia excessivamente concentradas limitarão significativamente, salvo situações excepcionais, os pontos de vista que efetivamente ganharão destaque. Um espaço público no qual não haja a possibilidade de emergir um pluralismo de ideias e opiniões tenderá a prejudicar as condições necessárias para um maior desenvolvimento econômico e social (...)”. Cf. FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 50.

⁶⁹ Dados obtidos pelo instituto “Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação” demonstram que da totalidade das empresas de radiodifusão de imagens (televisão) existentes no país, 34% são comandadas por políticos, 23% por empresários e 16% por Igrejas. Ou seja, a evidente concentração de mercado no âmbito comunicativo, além de comprometer a eficácia do princípio da liberdade de expressão (ao excluir minorias econômicas), implica o esvaziamento de direitos relacionados ao processo político e, obliquamente, até mesmo a liberdade religiosa. Disponível no sítio eletrônico:

Infere-se, portanto, mediante leitura e aplicação do texto constitucional, que a liberdade de expressão no Brasil não tem natureza de mera liberdade pública – correspondente ao denominado *status negativus* - ou seja, de mera proteção dos cidadãos perante os poderes públicos. Trata-se, ademais, de verdadeiro direito *stricto sensu*, correspondente aos chamados *status positivus* e *status activus*, ou seja, direito inerente ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública⁷⁰.

Nesse passo, faz-se necessária uma redefinição do papel do Poder Público no cenário contemporâneo nacional, transformando, ao menos no âmbito comunicativo, um “Estado Mínimo”, de índole liberal, pautado por uma atuação de abstenção de interferência perante os particulares, para um Estado Regulador, de viés democrático, responsável pela garantia da liberdade de expressão e acesso à informação a todos os indivíduos⁷¹.

4. A Responsabilidade do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão. Esboço de Uma Teoria.

Prosseguindo no desenvolvimento de uma concepção democrática da liberdade de expressão, cabe, nessa oportunidade, analisar os limites e possibilidades interpretativas do texto constitucional aplicável à espécie. Passa-se a delimitar, nas linhas que seguem, as premissas teóricas essenciais à redefinição do papel do Poder Público na garantia ampla da liberdade de manifestação do pensamento. Para tanto, utilizar-se-á algumas idéias-chave que servirão de bússola para o raciocínio a ser empreendido, quais sejam:

- (i) Pode se falar na existência de uma responsabilidade do Estado na proteção da liberdade de expressão?;
- (ii) A partir de uma concepção democrática da liberdade de expressão, poderia ela se autolimitar para fins de garantia do próprio direito de manifestação do pensamento?;
- (iii) quais os limites do dever de atuação do Executivo na garantia de uma liberdade de expressão? Ao mesmo tempo, como deveria se comportar o Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis restritivas da liberdade de informação?;

http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=4115.

Acesso em 28 de fevereiro de 2010. V., na doutrina, sobre o tema, LIMA, Venício A. de. *Mídia: crise política e poder no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

⁷⁰ Cf. QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais; questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In. *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 178.

⁷¹ CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 82: “(...) o Estado verdadeiramente social deve ir adiante e assegurar a liberdade de informação sob uma nova dimensão participativa e pluralista, com o objetivo final de aperfeiçoar a democracia, fundada não só na liberdade, mas no princípio da igualdade e da dignidade; democracia que persegue a elevação do espírito humano por meio da educação e do fim da marginalização (...)”.

- (iv) que sugestões poderiam ser formuladas para garantia efetiva de um direito de informação – tanto como liberdade (do emissor da mensagem), quanto no que se refere ao acesso à informação (do destinatário da mensagem) - em um Estado Democrático de Direito, tal como no exemplo brasileiro? É o que se passa a investigar adiante.

Consoante observado no tópico anterior, se comunga do entendimento que afigura absolutamente viável a adoção, no ordenamento brasileiro, de uma concepção democrática da liberdade de expressão. Todavia, como qualquer direito tutelado no texto constitucional, até mesmo pilares de um denominado “Estado Liberal” (tais como a livre iniciativa e, na esfera comunicativa, a liberdade de informação), se encontram sujeitos a uma limitação perante outros bens e interesses constitucionais⁷².

O que se pretende demonstrar é que, a despeito da “posição preferencial” desfrutada pelo princípio da liberdade de expressão, há de sobressair, em diversas ocasiões, outros princípios constitucionais de relevante estatura axiológica no cenário contemporâneo, como o princípio democrático (previsto no artigo 1º, *caput*), o pluralismo (alçado ao *status* de fundamento republicano no artigo 1º, inciso V) e o direito de acesso à informação (direito fundamental prescrito no artigo 5º, inciso XIV).

Concluir-se-á que, em meio à formulação clássica de JELLINEK, nem sempre a “melhor escolha hermenêutica” deve corresponder a uma visão absenteísta do Poder Público, quando se estiver diante de um juízo de ponderação da liberdade da expressão⁷³. Nessa empreitada, o primeiro passo a ser dado consiste na definição de um suporte jurídico do grau de responsabilidade do Estado na esfera comunicativa.

Pois bem. É evidente a existência de uma dimensão defensiva da liberdade de expressão e de informação, ou seja, da sua esfera de proteção perante eventuais ingerências por parte do Poder Público e da sua restrição perante outros bens constitucionais. Cabe, nesse momento, tecer breves considerações acerca da dimensão objetiva da liberdade de expressão, vale dizer, do redimensionamento do

⁷² V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 243: “(...) Dela – da *livre iniciativa* – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da *liberdade*. Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), descrevo a liberdade como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado (...)”. Para o autor, todavia, não se poderia reduzir a livre iniciativa a uma mera liberdade econômica, ou seja, como uma mera afirmação do capitalismo. Situações haverá em que o intérprete constitucional, diante de um conflito principiológico, poderá proceder a uma restrição dos princípios liberais informadores da Ordem Econômica dispostos no artigo 170 da Constituição da República.

⁷³ Há de se registrar que, em virtude do denominado “princípio da incensurabilidade”, a regra geral consiste na não intervenção estatal na liberdade de expressão como direito individual e coletivo. V., sobre o tema, FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 114.

papel do Estado como agente interveniente, limitador da liberdade de opinião (no que se refere à pessoa física) e da liberdade de empresa (no tocante às pessoas jurídicas), para fins de concretização de outros direitos fundamentais.

Conforme já assinalado, a simples abstenção do Poder Público na esfera comunicativa – e também em outras esferas -, a despeito de ter constituído inegável avanço em tempos remotos, já não se revela suficiente para atender à demanda de todos os dilemas atuais⁷⁴. Mesmo sob um prisma absolutamente libertário, já se registrou que as liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão e a liberdade de empresa, são passíveis de compressão, haja vista a inexistência de um direito absoluto de liberdade genérica⁷⁵.

De outro giro, ao lado de uma perspectiva meramente subjetiva, se encontra a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, traduzida na festejada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” e difusora da “teoria dos deveres de proteção”⁷⁶.

O conceito dos deveres de proteção, oriundo da jurisprudência germânica, se relaciona à noção de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, pressupondo “*que o Estado não apenas deve abster-se de lesar os bens jurídicos fundamentais, mas tem o dever de atuar positivamente, promovendo-os e os protegendo de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de outros indivíduos*”⁷⁷. Sob esse prisma, a atuação primordial do Estado não se limitaria,

⁷⁴ Cf. FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 86 – 87: “(...) No fio dessas considerações, o direito fundamental de informar é entendido como uma liberdade negativa ou como um direito de defesa dirigido principalmente contra o Poder Público (embora no contexto atual a informação necessite também de proteção contra o poder econômico). Ou seja, nessa perspectiva de liberdade negativa, o exercício do direito de informar exige simplesmente uma ação negativa traduzida no dever de terceiros de abster-se de impedir a comunicação realizada pelos titulares daquele direito fundamental (...). Por outro lado, a novidade existente na matéria aqui abordada pode ser o entendimento do direito fundamental de informar, também, como uma liberdade positiva ou como um direito fundamental à prestação. A explicação para esse *plus* é a constatação de que a simples imobilidade do Poder Público, acompanhada da ausência de imposição de censura, tem-se revelado insuficiente para garantir o pleno exercício de direito de informar, sobretudo nos dias atuais (...). É cada vez mais freqüente a ocorrência de situações em que não basta a ação negativa do Estado para a concretização do direito fundamental em tela, ao revés, torna-se imprescindível a ação positiva (...)”.

⁷⁵ No sentido do texto, encontra-se a concepção de RONALD DWORKIN, para quem não se poderia invocar, de forma alguma, um direito geral de liberdade. In. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978, p. 376. Por outro lado, se destaca, no âmbito jurisprudencial alemão, decisão do Tribunal Constitucional, datada de 1957, que reconhece uma “liberdade de atuação em sentido amplo” derivada do artigo 2º, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn (BVerfGE 6,32). Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trad. de Marcela Anzola Gil). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 20 – 22.

⁷⁶ V., sobre o tema, CANARIS. Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 138. Na doutrina brasileira, confira-se BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, e SARMENTO. Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos*

mesmo no âmbito das relações *inter privatos*, a um mero *non facere*, mas, pelo contrário, acarretaria em um dever de atuar positivamente, de forma a proteger outros direitos constitucionalmente assegurados⁷⁸.

Sob o enfoque da doutrina moderna, a aplicação da referida teoria implicaria em um dever estatal casuístico de interferência nas relações entre particulares (e, por conseguinte, *e.g.*, na seara comunicativa), desde que destinada à proteção de outros direitos fundamentais. Explica-se. Em uma sociedade contemporânea marcada pela desigualdade social e econômica, a mera atuação negativa do Poder Público na esfera privada acabaria por deixar os cidadãos – e outras empresas – reféns dos grandes conglomerados econômicos, esvaziando, por conseguinte, a fruição de significativos direitos e liberdades. Cumpre, pois, ao Estado agir de forma positiva para, na medida do possível, garantir a todos os indivíduos uma real possibilidade de exercício dos direitos fundamentais, seja impondo obrigações aos entes particulares – restritivas de sua autonomia empresarial -, seja ele próprio atuando de forma direta na persecução dos fins constitucionais.

Toma-se, *ad exemplum tantum*, a liberdade de expressão. Dentro de uma multifuncionalidade inerente à liberdade de manifestação do pensamento, poder-se-á extrair tanto obrigações negativas, como também positivas em relação ao Estado. Assim, de acordo com a teoria dos deveres de proteção, obrigar-se-ia o Poder Público a agir, preventiva ou repressivamente, inclusive em casos de violação ou cerceamento da liberdade de expressão pelos próprios agentes particulares⁷⁹.

princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 468 – 469. Aduz a autora: “(...) De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram (...)”.

⁷⁸ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 149 – 150: “(...) Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados (...)”. Abordando a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, ENRIQUE GOISMAN observa que “a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a também ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde (...)”. “Crisis e Actualidad del Derecho Administrativo Económico. In: *Revista de Derecho Industrial*. Volume 42, p. 894. *Apud* Alexandre Santos de Aragão. “Ensaio de uma Visão Autopoietica do Direito Administrativo”. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 59, 2005, p. 29.

⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993, pp. 103 - 104. Para o autor, o direito de propriedade privada poderia – e deveria – ser mitigado pelo Poder Público, quando utilizado para excluir do discurso vozes minoritárias. No que diz respeito à liberdade de expressão, por exemplo, a suposta “posição de neutralidade” do Estado implicaria, em última análise, a uma denegação do amplo “direito de acesso à mídia” (*right of access to the media*).

Não se limitando o dever estatal, destarte, a uma simples inércia, pode-se discriminar – apropriando-se da classificação de VAN HOOFF⁸⁰ - quatro níveis de obrigações relativas ao direito fundamental em tela: (i) *obrigações de respeito*; (ii) *obrigações de proteção*; (iii) *obrigações de garantia*; (iv) *obrigações de promoção*. Como leciona CRISTINA QUEIROZ:

(...) As primeiras, obrigações de respeito, definem-se pelo dever de não ingerência do Estado, isto é, de não obstaculizar ou impedir o acesso ao gozo dos bens que constitui o objeto do direito. As obrigações de proteção, por sua vez, consistem em impedir que terceiros possam intervir, obstaculizar ou impedir o acesso a esses bens. As obrigações de garantia supõem que o Estado deve garantir ao titular do direito ao acesso ao bem quando este não o possa fazer por si próprio. Por último, as obrigações de promoção caracterizar-se-iam pelo dever de promover e desenvolver as condições necessárias para que os titulares do direito possam aceder ao bem (...) ⁸¹.

Do ponto de vista da ordem econômica brasileira, princípios como “livre iniciativa”, “livre concorrência”, “propriedade privada” – e, na presente proposta, até mesmo a própria “liberdade de manifestação do pensamento” - denotam em certa medida alguns limites de intervenção estatal no domínio privado, correspondendo às “*obrigações de respeito*” à autonomia editorial de veículos de comunicação⁸².

A dimensão defensiva da liberdade de expressão, a seu turno, se atrela às “*obrigações de proteção*” do direito de informação. Até aqui não haveria de se cogitar em grandes novidades ou polêmicas no prisma jurídico. A parte mais controversa, no entanto, se cinge aos dois últimos níveis de obrigação: “*de garantia*” e “*de promoção*”⁸³.

A experiência constitucional histórica brasileira demonstra que a mera inércia do Poder Público não é o bastante para promover certos direitos

⁸⁰ *The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Tradicional Views. Apud QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 146.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 146.

⁸² A liberdade de iniciativa e de concorrência traduzem, na visão doutrinária, o chamado “livre jogo das forças de mercado, de disputa de clientela”, a partir de um quadro de igualdade formal. Nada obstante, como adverte EROS ROBERTO GRAU, na busca de uma igualdade material, o sentido de tais liberdades, que compõem a “praça do liberalismo econômico”, não se opõem ao princípio da repressão aos abusos do poder econômico, previsto no §4º, do artigo 173, da Constituição Federal. V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 251.

⁸³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Op. cit, p. 147: “(...) Tomemos como exemplo a liberdade de expressão (artigo 37º da Constituição). Mesmo que o respectivo titular não tenha acesso aos meios de comunicação social, devendo contentar-se com o âmbito a que pode chegar a sua voz (um ‘poster’ ou um ‘grafitti’ no qual possa pessoalmente exprimir-se, caminhando pela rua), o mesmo não poderá dizer-se, ou pode-se dizer em sentido ‘débil’, que ‘eu’ gozo de um direito de acesso aos meios de comunicação social ou a meios de subsistência se não usufruo de uma posição juridicamente garantida no que diz respeito às leis que consagram esses direitos (...)”.

fundamentais⁸⁴. Pelo contrário, a verdadeira autonomia individual – aqui compreendidas as liberdades básicas do cidadão, como o direito de emitir opinião – depende, em muitos casos, da atuação positiva estatal nas relações privadas⁸⁵. Daí porque se pode atribuir ao Estado um duplice dever: de garantir a cada cidadão a liberdade de expressão quando este não o puder fazer por si mesmo; bem como de implementar as condições ideais para que cada indivíduo possa, de forma concreta e efetiva, exercer um direito de informação, tanto como emissor (liberdade de informação), quanto como destinatário de uma opinião (acesso à informação).

Ganha relevo, nesse sentido, a concepção democrática da liberdade de expressão, erigida sobre os pilares de um *ethos argumentativo-deliberativo*⁸⁶. Direitos como a liberdade de imprensa e informação, e de acesso à informação, previstos nos incisos IV e XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, somente vêm a ser efetivamente garantidos mediante interferência estatal na seara sócio-econômica. Legitimam tal tese normas constitucionais como o princípio democrático (artigo 1º da Constituição Federal), solidariedade – “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (objetivo fundamental previsto no inciso I, do artigo 3º) -, e, principalmente, o pluralismo político (princípio fundamental previsto no inciso V, do artigo 1º).

⁸⁴ Ao lado da condição de direitos de defesa, vincula-se a concepção dos direitos fundamentais como direito a prestações, cabendo ao Estado a tarefa de implementar as condições fáticas para o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Sob esse prisma, exige-se dos poderes públicos uma postura ativa, uma atuação positiva do Estado na proteção de determinados direitos, a ser garantida pela entrega de prestações materiais. Não haveria, no entanto, que se cogitar de um dualismo entre essas perspectivas dos direitos fundamentais, que seriam complementares e não excludentes. V. SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 203 – 204: “(...) Da mesma forma, não há como falar de uma dicotomia ou de um dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente, de acordo com a unanimidade da doutrina. Valendo-nos aqui da lição de Celso Lafer, podemos afirmar que a inevitável tensão entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (a prestações) não se encontra sujeita a uma dialética do antagonismo, mas a uma dialética da mútua complementação, já que ambas as categorias de direitos fundamentais se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégio para todos (...)”.

⁸⁵ V. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Segundo o autor, o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas, levando em conta não apenas as perspectivas econômicas, como também a promoção de outras liberdades distintas, como as políticas (ligadas aos direitos civis) e sociais. Sua peculiar visão da liberdade envolve tanto os processos que permitem ações e decisões, como as oportunidades reais que as pessoas possuem, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. Op. cit., pp. 31 – 35.

⁸⁶ V. FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 6. No texto prefacial da obra, afirmam GUSTAVO BINENBOJM e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO sobre a teoria democrática da liberdade de expressão: “(...) Usando mais uma vez a dicotomia vislumbrada por Constant, esta teoria se apresenta como dimensão da chamada *liberdade dos antigos*, identificada com a cidadania e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da *polis*. A liberdade de expressão, sob tal ponto de vista, visa à construção de um *ethos argumentativo-deliberativo*, propiciando a realização do processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública (...)”.

Diversamente, contudo, do que supostamente se poderia deduzir em uma primeira e superficial impressão, não se advoga aqui, em relação à liberdade de expressão, uma primazia da concepção democrática (promocional) sobre a libertária (defensiva), então prevalecente na doutrina e jurisprudência norte-americana. Ao revés, tratam-se de posições distintas e complementares de um mesmo direito fundamental. A justificação teórica para a sustentação de uma interferência do Estado na liberdade de expressão reside justamente na necessidade de garantia de um processo democrático igualitário na esfera comunicativa⁸⁷.

Analisando os direitos fundamentais como verdadeiros “fundamentos funcionais da democracia”, ressalta PETER HÄBERLE que “os direitos fundamentais não só garantem liberdade do Estado, mas também liberdade no Estado. A democracia da liberdade necessita de cidadania política. Através do exercício individual dos direitos fundamentais, surge um processo de liberdade que constitui um elemento vital da democracia. A democracia em liberdade garante os direitos fundamentais em seu próprio proveito. Através do exercício dos direitos fundamentais se proporcionam ao conjunto do Estado forças criativas indispensáveis”⁸⁸. Para o autor, portanto, os direitos fundamentais possuem um aspecto cívico-ativo que se complementaria ao seu caráter negativo, de defesa. Os cidadãos e a democracia estão, assim, concatenados com os direitos fundamentais uns com os outros e são estes direitos que protegem a personalidade que se desenvolve livremente em uma comunidade social⁸⁹.

Adjacente ao princípio democrático, tem-se o pluralismo, princípio que, ao largo de uma dimensão puramente política – importante, *e.g.*, na esfera eleitoral –, exerce papel de destaque na seara comunicativa. A idéia-chave é simples: quanto maior for o número de canais transmissores de informação, isto é, quanto mais difusa for a possibilidade de exteriorização de opiniões distintas e contrapostas, maior será o alcance de uma verdadeira liberdade de expressão⁹⁰. A diversidade plural e cultural nos meios de comunicação se reveste, sob esse aspecto, em elemento catalisador da formação de uma opinião pública de qualidade, capaz de

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 497 - 498. No que se refere ao *free speech*, afirma o autor que a Primeira Emenda somente poderia ser corretamente interpretada se fosse conjuntamente considerada íntima relação entre a liberdade de expressão e a democracia. V., ainda, DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. No mesmo sentido, confira-se HOLMES, Stephen. “Liberal constraints on private power?: reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and Mass Media*. New York: Cambridge University Press, 1995, pp. 32 – 35.

⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003, p. 21.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 22. Atenta o autor, contudo, para o fato de que o reconhecimento dos direitos fundamentais para a vida política não pode acarretar, em casos extremos, a um “estreitamento” da esfera privada.

⁹⁰ V. MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 368: “(...) Os poderes públicos têm um dever prestacional e organizatório de criar possibilidades efectivas de desenvolvimento comunicativo para os indivíduos e grupos sociais, portadores de diferentes ideias e concepções, particularmente aí onde seja necessário estruturar mecanismos compensatórios das desigualdades facticas existentes. No fundamento do princípio pluralista estão consideradas resultantes do princípio democrático, das liberdades de comunicação e do princípio do Estado Social (...)”.

escolher uma tomada de posição que seja mais adequada do que no caso de ausência de outros veículos. A promoção do pluralismo consistiria, dessa forma, em uma ferramenta crucial para o exercício da democracia. Vale transcrever, a propósito, passagem de EDILSOM FARIAS, *verbis*:

(...) A multiplicidade de vozes na esfera pública é um dos objetivos colimados com a configuração jurídica da liberdade de expressão e comunicação: a escassez de diversidade quanto à difusão de idéias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica.

(...)

O pluralismo na comunicação pode propiciar às pessoas conhecer as inúmeras concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade democrática e com elas travar contacto. Dessa forma os cidadãos poderão tornar-se: (i) mais gabaritados para avaliar os assuntos em discussão na arena pública; (ii) mais instruídos para assumir as responsabilidades destinadas à soberania popular num regime constitucional; (iii) até mesmo mais preparados para fruírem adequadamente os seus direitos fundamentais.

(...)

A relevância do princípio em epígrafe, para a liberdade de expressão e comunicação, pode ser constatada ainda pela congruência do cânone do pluralismo com o reconhecimento de um multiculturalismo, que sinaliza para um mundo marcado pela diversidade, pela tolerância e pelo espírito de abertura (...)"⁹¹.

Reconhecida a importância de um “princípio do pluralismo” no âmbito da comunicação, o próximo passo a ser tomado consiste na necessidade de identificação de uma possível conciliação entre a dimensão defensiva (libertária) da liberdade de expressão e a sua dimensão protetiva (democrática).

5. Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa. Propostas para uma Atuação Adequada dos Poderes Constituídos.

Logo em seu Título I, a Constituição da República de 1988 estabelece como fundamentos da República a cidadania (artigo 1º, inciso II) e o pluralismo político (artigo 1º, inciso V) e, como objetivo fundamental, a “*construção de uma sociedade justa, livre e solidária*” (artigo 3º, inciso I). Compendiando os direitos e garantias

⁹¹ FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 79 – 80.

fundamentais, o artigo 5º do texto constitucional prevê a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV) e o acesso à informação (inciso XIV). Especificamente no que tange à Comunicação Social, o artigo 220 preceitua que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição”. Já o artigo 222 dispõe que “a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”. Por sua vez, o artigo 223 prevê que “*competem ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*”.

Uma leitura preliminar conjunta de todos esses dispositivos permite o alcance de uma “pré-compreensão” acerca do tema que ora se pretende analisar, qual seja, a definição de uma atuação adequada dos Poderes Constituídos, com a finalidade de se garantir, em sua completude, uma plena liberdade de expressão a todas as pessoas (físicas, ao ângulo individual, ou jurídicas, sob o prisma coletivo)⁹².

Em primeiro plano, cabe ao Poder Executivo, na esfera comunicativa, promover as condições básicas para o pleno exercício da liberdade de manifestação do pensamento, tanto do ponto de vista defensivo – mediante um *non facere* – quanto prestacional, mediante a implementação de mecanismos de observância dos fundamentos e objetivos da República acima enumerados.

Tendo em conta o denominado “princípio da incensurabilidade”, a Lei Fundamental brasileira não comporta nenhuma espécie de cerceamento prévio da liberdade de expressão, dispondo expressamente o parágrafo 2º, do artigo 220, que “*é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”⁹³.

⁹² Sobre o fenômeno da pré-compreensão, KARL LARENZ assim consigna: “(...) No início do processo do compreender existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que acorre a inserir-se numa primeira perspectiva, ainda fugidia. O intérprete está munido de uma pré-compreensão, com que acede ao texto. Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela. Sem uma tal pré-compreensão, tanto num como noutro aspecto, seria difícil, ou de todo impossível, formar-se uma conjectura de sentido. O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo do compreender (...)”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 288. V., ainda, HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 45 – 46, e GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999. V., na doutrina brasileira, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 175 e seguintes, e CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55. V. ainda, da mesma autora, “a Nova Hermenêutica”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 347 – 371.

⁹³ Para uma análise histórica da censura nas relações sociais, v. PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva. *A lei de imprensa: comentada e anotada*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 17 e seguintes. Na doutrina brasileira, v., sobre a luta contra a censura, JUNIOR, Álvaro Rodrigues. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 73 – 75.

De outro giro, pode-se afirmar que, através de uma otimização do princípio democrático - e seus demais consectários -, a atuação do Poder Executivo deve, sempre que possível, se pautar pela promoção do pluralismo na difusão da informação. Significa dizer, em uma perspectiva jurídico-subjetiva, com base em uma suposta “*ação afirmativa comunicativa*”, deve o Poder Público procurar ampliar os canais de comunicação, de forma a garantir a todos os cidadãos uma possibilidade equânime no processo de formação de opinião⁹⁴.

Não bastaria, portanto, ao Estado (aqui representado pelos órgãos vinculados ao Poder Executivo), para a proteção da liberdade de manifestação de pensamento, uma mera conduta negativa, ou seja, uma simples abstenção (“não censura”). Ao revés, faz-se necessária a adoção de medidas “positivas” que tenham como escopo garantir, em uma sociedade democrática, o pluralismo e a diversidade de opiniões, propiciando a expressão não somente de grupos favorecidos social e economicamente (que, apesar de minoritários em termos numéricos, possuem maior voz ativa), mas também de outros segmentos menos capacitados em termos financeiros (que, apesar de englobarem a maior parte da população, possuem menor participação e acesso à mídia).

Nesse sentido, duas tarefas, em especial, podem (e devem) ser imputadas ao Poder Executivo: (i) o estímulo à formação de novas mídias, seja mediante o emprego de recursos financeiros na seara comunicativa⁹⁵, seja através do fomento à concessão de novas empresas de difusão da informação; (ii) o empenho na redução da concentração do mercado comunicativo, de forma a proteger, ao lado da própria liberdade de expressão, comandos constitucionais dispostos na Ordem Econômica, como a “proibição de monopólio”.

Começando pela primeira tarefa acima descrita, se assinala a necessidade de formulação de políticas públicas que visem ao desenvolvimento de novas plataformas comunicativas. Assim, por exemplo, se entende viável a alocação de recursos para a criação de novas empresas de radiodifusão sonora e de imagens (e.g., a “TV Pública”, atualmente em vigor⁹⁶), a disponibilidade de meios para a inclusão

⁹⁴ Não bastaria, assim, que o texto constitucional fizesse expressa previsão acerca de uma liberdade de expressão. Seria, ao mesmo tempo, imprescindível que se promovesse uma ordem constitucional edificada em uma “*igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos*”, ou seja, que todos os direitos fundamentais de liberdade fossem interpretados como “*direitos a uma igual liberdade*”. Cf. MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 362 – 363.

⁹⁵ O financiamento do discurso constitui tema controvertido na história recente do constitucionalismo norte-americano. Ressalta-se, nesse particular, as pertinentes observações de CASS SUNSTEIN, perfeitamente aplicáveis ao modelo brasileiro, no sentido de que eventual “prestação material” deveria atender, de forma geral, discursos “considerados de alto calibre pela moralidade convencional”, ou seja, assuntos de incontestável interesse público (história, movimentos civis, etc). De outro viés, poderia ser rejeitada a subvenção de discursos banidos pela legislação penal ou que incitem a discriminação de pessoas em razão de pontos de vista (por exemplo, financiamento de projetos de partidos políticos). Cf. SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 404 – 411.

⁹⁶ A Lei 11.652 de 2008 institui os princípios e objetivos dos serviços de radiodifusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta, bem como autoriza a criação da Empresa Brasileira de Comunicação (EBC). V., acerca do tema, na doutrina brasileira, RINCÓN, Omar (Org). *Televisão Pública: do consumidor ao cidadão*. São Paulo: Friedrich Stiftung,

digital de pessoas hipossuficientes (e.g., acesso à Internet)⁹⁷, bem como a criação de incentivos fiscais às empresas responsáveis pela difusão da informação⁹⁸.

Simetricamente, caberia às autoridades governamentais – em especial ao Presidente da República⁹⁹ – um fomento à instituição de novas concessões e de políticas de promoção da igualdade na esfera comunicativa¹⁰⁰.

2002. Para uma análise crítica, v. LEAL FILHO, Laurindo Lalo. *A Televisão Pública Brasileira, um vazio histórico*. XVI Encontro da Compós, Curitiba, junho de 2007. Disponível em http://www.compos.org.br/data/biblioteca_212.pdf (10 de janeiro de 2008).

⁹⁷ V., acerca do tema, WARSCHAUER, Mark. *Tecnologia e Inclusão Social: exclusão social em debate*. São Paulo: Editora SENAC, 2006; SILVINO, Alexandre Magno Dias; ABRAHAO, Júlia Issy. *Navegabilidade e inclusão digital: usabilidade e competência*. São Paulo: RAE electron., volume 2, Dezembro de 2003; PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

⁹⁸ V. RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 570 – 571: “(...) A ajuda pública do Estado à imprensa reveste duas formas principais: uma é de natureza fiscal: dedução ou isenção de impostos; a outra, de caráter econômico: tarifas preferenciais ou subvenções. Tanto umas como as outras visam aliviar os encargos financeiros das empresas de imprensa beneficiárias, a fim de evitar que sejam forçadas a onerar o público com o aumento dos preços de suas publicações (...). V., na doutrina brasileira, SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “A Imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão”. In: *Revista do Tribunal Federal da 1ª Região, Brasília*, volume 8, n. 2, pp. 35-41, abril/junho de 1996.

⁹⁹ O artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal dispõe que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Em seguida, o mesmo artigo 21, inciso XII, alínea “a”, preceitua que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”. Nota-se, desta forma, que o constituinte originário estabeleceu uma distinção entre o serviço de telecomunicações, previsto no inciso XI, e os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, previstos no inciso XII, do dispositivo constitucional. No âmbito infraconstitucional, a concessão dos serviços de telecomunicações é regulada pela Lei 9.472 de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que organiza e regula os serviços de telecomunicações, atribuindo à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – autarquia *sui generis* vinculada à Administração Pública Federal - a competência para a regulação, fiscalização e controle do setor. Por outro lado, com relação à outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, sua competência permaneceu exclusiva do Poder Executivo, *ex vi* do disposto no artigo 211 da LGT, *verbis*: “A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica”. V., sobre o tema, ALARCON, Anderson de Oliveira. “A televisão e o instituto da concessão pública”. Janeiro de 2004. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7654>. Acesso em 27 de janeiro de 2010.

¹⁰⁰ Notícia veiculada no Jornal “O Globo” circulado em 21 de janeiro de 2010 apresentava as reivindicações formuladas por diversos movimentos sociais, a fim de garantir a sua inclusão em meios de comunicação de massa. Ressalta-se, por exemplo, relatório aprovado na 1ª Conferência Nacional da Juventude, realizada em abril de 2008, em que se pleiteia a ampliação de concessões para rádios comunitárias e garantia de uma percentual mínimo para a produção independente em todos os canais. Na mesma toada, salientam-se diretrizes aprovadas na 1ª Conferência de Políticas de Igualdade Racial, ocorrida em junho de 2009, em que se postula a concessões de rádios e televisões para comunidades tradicionais e entidades de direitos humanos, assim como o estabelecimento de cotas raciais de 30% para os profissionais que aparecessem em campanhas publicitárias do governo. Tem-se, ainda, reivindicação efetuada na 1ª Conferência Nacional das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, realizada em maio de 2009, no sentido de se classificar como inadequada para crianças e adolescentes obras audiovisuais que apresentassem conteúdo homofóbico, racial ou degradante à população homossexual.

Em segundo plano, especificamente no âmbito da Comunicação Social, o comportamento do Poder Legislativo - a exemplo dos demais Poderes – deve ser pautado pelo fomento na elaboração de normas que busquem, sempre que possível, assegurar de forma concreta (ou seja, abrangendo a concepção libertária e a democrática) a liberdade de expressão e informação.

A tese ora defendida, que propõe uma conciliação entre ambas as vertentes da liberdade de expressão, encontra supedâneo na recente legislação infraconstitucional produzida especialmente na área dedicada aos veículos de comunicação de massa. Veja-se, *ad exemplum*, o significativo caso das empresas operadoras de televisão a Cabo. A Lei Federal nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV por assinatura, estabelece em seu artigo 3º que “*o serviço de TV a Cabo é destinado a promover a cultura universal e nacional, a diversidade de fontes de informação, o lazer e o entretenimento, a pluralidade política e o desenvolvimento social e econômico do País*”. Já o inciso I, do artigo 23, lista uma gama de canais governamentais (reservados para as Câmaras de Vereadores, Assembléia Legislativa Estadual, Câmara dos Deputados e Senado Federal), universitários (alínea “e”), educativos (alínea “f”) e comunitários abertos para utilização livre por entidades não governamentais e sem fins lucrativos (alínea “g”), que devem obrigatoriamente ser disponibilizados pelas operadoras¹⁰¹.

Como frisa a aludida legislação, esses canais são de utilização gratuita, consistindo, pois, em uma legítima forma de limitação – prescrita pelo legislador ordinário – da liberdade de iniciativa e de empresa, em nome de um ideal de diversidade e pluralismo, norteados pela liberdade de expressão e acesso à informação¹⁰².

Toma-se, em um segundo exemplo, o caso da alocação de frequências para as rádios comunitárias, de vital importância para a promoção do pluralismo político e cultural¹⁰³. O artigo 3º da Lei Federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998,

¹⁰¹ Observe-se, por oportuno, na linha de pensamento ora sustentada, que o Estatuto da TV Comunitária do Rio de Janeiro prevê como objetivo básico, no *caput* de seu artigo 4º, “permitir o livre exercício do direito de expressão, de criação e de informação, contribuindo para a democratização da comunicação, promovendo a mais ampla participação no Canal das entidades com fins não econômicos da Cidade do Rio de Janeiro, fortalecendo assim, o exercício da cidadania”. O respectivo inciso VI preceitua como ação “garantir a pluralidade da exibição de programas, possibilitando que todos os segmentos da sociedade estejam representados, sem restrição de ordem religiosa, étnica, de cor de epiderme, de condição social ou gênero”.

¹⁰² Em outros termos, o que se pretende demonstrar é que a legislação infraconstitucional aplicável à hipótese, que de forma geral acabam por “restringir” ou “limitar” a liberdade de iniciativa das empresas de radiodifusão, atende ao denominado “teste da proporcionalidade”, se afigurando adequadas às finalidades pretendidas pelo texto constitucional. V., a propósito, PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

¹⁰³ O papel das rádios comunitárias é ainda mais relevante nas pequenas e médias cidades, onde, em geral, os meios de comunicação de massa se encontram nas mãos de oligarquias dominantes. Para um estudo aprofundado do tema, v. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Destaca-se, por oportuno, trecho da obra: “(...) Então surgem, de repente, as rádios comunitárias com enorme potencial de democratização, na medida em que, por elas, se começa a romper as cadeias

específica sobre o tema, dispõe que “o Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por finalidade o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a dar oportunidade à difusão de idéias, elementos de cultura, tradição e hábitos sociais da comunidade” (inciso I), bem como “permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível” (inciso V). No mesmo sentido, reza o parágrafo 2º, do artigo 4º, que “as programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados”.

Como se depreende expressamente dos textos transcritos, em ambos os exemplos, a *mens legis* consiste na multiplicação de atores de menor poderio econômico na participação dos serviços de radiodifusão. Tanto no rádio (através das rádios comunitárias) quanto na televisão (com a inclusão de canais gratuitos no serviço de TV a Cabo), quanto maior for a possibilidade de inserção da sociedade na expressão de opiniões, maior será o alcance e garantia da liberdade de expressão, elevando-se, inclusive, pela diversidade cultural, o nível do debate no processo de formação de ideias e, por conseguinte, a tomada de posições ideológicas em todas as esferas. Esse, portanto, o vetor interpretativo a ser seguido pelos representantes do Legislativo.

Em terceiro plano, indaga-se como se deve pautar a atuação do Poder Judiciário diante do debate em foco. Alguns pontos, nesse passo, são dignos de especial atenção.

Primeiramente, cabe ao Judiciário, de maneira geral, zelar pela guarda da Constituição, aplicando-se às decisões judiciais, ainda que difusamente, os princípios norteadores da promoção da liberdade de expressão. Notadamente quanto ao serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, há pouco examinado, traz-se a lume o teor do parágrafo 4º, do artigo 223, da Carta de 1988, que prevê que “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”¹⁰⁴. Entende-se, nesse passo, que a ratificação judicial para o caso de interrupção unilateral da outorga deve, na medida do possível, ser efetuada a título excepcional. Ou seja, o controle judicial do ato presidencial deve ser absolutamente rigoroso, de modo a não permitir eventuais abusos e arbitrariedades cometidas por parte do Executivo¹⁰⁵.

que submetem o povo livre ao domínio de uma pequena e poderosa elite, que prevalece, notadamente, no controle dos veículos de comunicação de massa. (...) Na verdade, todas as rádios comunitárias, todos sabem, romperão, definitivamente, esse vínculo espúrio e levarão ao povo, independentemente de cor partidária, sua imparcial visão dos acontecimentos públicos, permitindo-lhe, pela primeira vez na história, desfrutar do livre acesso à informação em suas variadas versões, de modo a, mediante um juízo mais seguro, extrair a verdadeira não deturpada por atos diversionários e ilusórios. Isso naturalmente acontecerá pelo permanente cotejo da informação divulgada com a versão fornecida pelos outros veículos de comunicação (...). Op. cit., p. 259.

¹⁰⁴ O parágrafo 5º do mesmo artigo dispõe que “o prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão”.

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 106 - 108. Afirma o autor que, para os adeptos de um denominado liberalismo *laissez-faire*, a única ameaça séria à liberdade e, assim, aos direitos fundamentais, seria um governo hiperativo. Em meio à

Por outro lado, propõe-se, no que concerne ao caráter democrático da liberdade de expressão, uma transformação pontual da atividade interpretativa a ser conferida pelos integrantes do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos atinentes ao tema.

Já se investigou, anteriormente, a doutrina que defende uma “posição preferencial” (*preferred position*), no processo de ponderação de bens, desfrutada por algumas liberdades públicas, tais como a livre manifestação do pensamento, positivada no inciso IV, do artigo 5º, da Lei Fundamental brasileira. Vale repetir que no Direito Constitucional norte-americano, por exemplo, a liberdade de expressão é considerada o mais valorizado direito fundamental a ser protegido dentro do *Bill of Rights* da Carta de 1787. Sob esse aspecto, ressaltam-se três critérios estabelecidos pela jurisprudência da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos¹⁰⁶:

- (i) um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), traduzido no parâmetro mais rigoroso na verificação de compatibilidade da norma em confronto com o texto constitucional. Nessa hipótese, presume-se uma inconstitucionalidade *a priori* da norma cerceadora do direito fundamental, cabendo ao legislador demonstrar de forma cabal a necessidade de limitação da liberdade pública em favor de outros interesses constitucionais mais relevantes¹⁰⁷;
- (ii) um escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*), situado entre o primeiro e o terceiro critério, onde se exige um controle de constitucionalidade da norma um pouco menos rigoroso do que o descrito anteriormente;
- (iii) um escrutínio amplo (*regular basis test*), traduzido no parâmetro mais flexível em relação à vontade do legislador. Subsiste, nessa hipótese, uma presunção ainda mais reforçada da constitucionalidade da norma, devendo o Judiciário se abster, sempre que possível, de exercer uma atividade “legislativa negativa”¹⁰⁸.

Separação de Poderes e à especialização funcional, um controle judicial dos atos do Poder Executivo seria essencial à tutela dos direitos fundamentais.

¹⁰⁶ V., acerca do tema, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

¹⁰⁷ Como já sublinhado oportunamente no capítulo dedicado ao desenvolvimento da doutrina da *preferred position* no ordenamento jurídico norte-americano, o *standard* do escrutínio estrito tem sua origem relacionada à nota de rodapé nº 4 (*footnote four*) do célebre caso *Carolene Products Co.*, ocasião em que o *Justice Stone* propôs que as liberdades públicas expressamente previstas no *Bill of Rights* deveriam se sujeitar a um controle judicial de constitucionalidade mais rigoroso. Para uma análise das perspectivas da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, v. SUNSTEIN, Cass. “Freedom of expression in United States: the future”. In: HENSLEY, Thomas (Ed.). *The Boundaries of freedom of expression in American democracy*. Kent: Kent State University Press, 2001.

¹⁰⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, o parâmetro do “escrutínio amplo” é o usualmente adotado pela jurisprudência. V., sobre o controle judicial de constitucionalidade, BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição*

Estampada na Primeira Emenda da Constituição Americana, que prevê que “o Congresso não pode editar nenhuma lei limitando a liberdade de expressão ou de imprensa”, a liberdade do discurso (*free speech*) se enquadra, no ordenamento norte-americano, no primeiro *standard* de ponderação acima enumerado. Vale dizer, vigora no respectivo sistema constitucional uma presunção de primazia da liberdade de expressão em face de outros interesses estatais.

Apesar de não consagrado de forma expressa na jurisprudência brasileira, existe, *mutatis mutandis*, ainda que implicitamente, uma ampla aceitação do critério do “escrutínio estrito” na análise de normas restritivas da liberdade discursiva¹⁰⁹. Quanto a esse ponto, não se advoga aqui nenhuma mudança significativa de postura por parte do Judiciário. O aspecto inovador diz respeito não à perspectiva libertária da liberdade de expressão, mas ao seu caráter democrático. Explica-se.

Na linha da jurisprudência estrangeira, corrobora-se a importância axiológica da liberdade de expressão no ordenamento brasileiro (aqui incluída, *stricto sensu*, a liberdade de informação), de tal sorte que um eventual exame de constitucionalidade de uma norma restritiva do direito deve ser feito com absoluta cautela, preservando-se, em maior medida, o seu conteúdo juridicamente protegido (núcleo essencial).

Sob outro prisma, contudo, a atuação judicial deve ser diferente quando outro for o cenário dos interesses em conflito. Assim, quando se estiver diante de uma norma restritiva da liberdade de expressão (ou, do ponto de vista econômico, de uma liberdade de empresa do ramo comunicativo – emissora de rádio, televisão ou mesmo um jornal ou periódico impresso) que vise, em última análise, à proteção do princípio democrático, do pluralismo, do acesso à informação, ou da própria liberdade expressão em sua perspectiva democrática, sustenta-se que outro deve ser o parâmetro a ser adotado na técnica da ponderação. Nesse particular, o *standard* mais adequado para o alcance da democracia seria o terceiro, isto é, o de amplo escrutínio¹¹⁰.

Em termos mais precisos, toda vez que estiver em questão princípios liberais de ordem econômica (livre iniciativa e demais corolários) em contraposição a outros interesses constitucionais ligados à diversidade e pluralismo na esfera comunicativa,

Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999; e APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

¹⁰⁹ No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF, realizado em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de que o bloco de direitos constitucionais relativos à liberdade de expressão e de imprensa teria precedência, em um processo de ponderação de bens, sobre o bloco de bens de personalidade, aqui incluídos o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada.

¹¹⁰ APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 182 – 183: “(...) Aqui no Brasil, o STF assume a função de proteger os direitos fundamentais constitucionais, mas parte do pressuposto inverso do qual partiu a Suprema Corte norte-americana. Lá, a presunção era a da inconstitucionalidade das leis que limitavam o exercício de determinados direitos protegidos pela Constituição por meio da doutrina da incorporação do *Bill of Rights*. Aqui, a presunção é – sempre – em favor da constitucionalidade das leis, de maneira que incumbe ao autor da impugnação judicial comprovar que a lei é não-razoável (...)”.

estes poderão ser restringidos (comprimidos) para, à luz do caso concreto, ceder espaço ao princípio democrático da liberdade de expressão, revelando-se, pois, absolutamente legítima uma intervenção estatal no sentido de coibir uma concentração de mercado, proporcionando, destarte, um “*direito a todos de ouvir e ser ouvido*”. O controle judicial de constitucionalidade atuaria, em tal hipótese, como instrumento de proteção da liberdade de expressão¹¹¹.

Exemplificando, não se pode utilizar o mesmo parâmetro no exercício de controle de constitucionalidade de uma lei que venha a restringir a liberdade de imprensa dos meios de comunicação de massa, para fins de se evitar divulgação de atos praticados por políticos, e de outra lei que, por assim dizer, disponha sobre a limitação de autonomia editorial de empresas do ramo comunicativo, para fins de garantia da diversidade de opiniões.

No primeiro caso, estar-se-ia diante de uma norma presumidamente inconstitucional, em virtude da diminuta essencialidade do suposto interesse jurídico a ser tutelado. Aplicar-se-ia aqui, com propriedade, o *standard* do *strict scrutiny*. Já no segundo exemplo, a limitação da livre iniciativa se encontraria amplamente justificada, haja vista a substancial carga valorativa dos bens constitucionais que se almeja proteger (*compelling interests*), quais sejam, o pluralismo, o acesso à informação e a própria liberdade de expressão. O *standard* mais coerente, nesse caso em concreto, seria o do *regular basis test*.

À guisa de ilustração, caso se viesse a discutir judicialmente a constitucionalidade da Lei nº 8.977 de 1995, que obriga a empresa exploradora do serviço de TV a Cabo a transmitir gratuitamente canais educativos e governamentais, por eventual violação à livre iniciativa, entender-se-ia justificada a restrição à liberdade de informação da empresa, em virtude da magnitude axiológica dos interesses contrapostos (democracia, pluralismo e acesso à informação). Essa exatamente a hipótese da Lei nº 10.461 de 2002, que inclui no serviço de TV a Cabo – gratuitamente – um canal reservado ao Supremo Tribunal Federal (a chamada “TV Justiça”). O mesmo poderia ser afirmado quanto à Lei nº 9.612 de 1998, que trata das rádios comunitárias.

Em suma, em ambos os casos, a opção do legislador – ou seja, o comando normativo – sobreviveria ao “teste da proporcionalidade” em sua tríplice dimensão (adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito).

¹¹¹ V., sobre a intrincada questão da legitimidade da jurisdição constitucional e seu precioso papel na proteção dos direitos fundamentais, RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. V., na doutrina brasileira, VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÍNTESE CONCLUSIVA

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

2. Do ponto de vista do Direito Comparado, a experiência constitucional norte-americana se revela interessante para a demonstração e aprimoramento de premissas para uma conexão entre a liberdade de expressão, democracia e o pluralismo na esfera comunicativa. Nesse contexto, procurou-se ressaltar os principais contornos do *free speech* nos Estados Unidos da América, onde se desenvolveram as raízes da vertente democrática, com a ascensão da *fairness doctrine*, até sua posterior reversão pela Suprema Corte. De forma sucinta, observam-se, esquematicamente, duas concepções distintas acerca do tema: uma primeira teoria, denominada “libertária”, defende que as garantias da Primeira Emenda almejam proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento livre de qualquer interferência estatal; uma segunda teoria, chamada de “democrática”, identifica na liberdade discursiva um instrumento de autogoverno, essencial à democracia, devendo-se permitir que todos os cidadãos sejam informados sobre os assuntos de interesse geral e, assim, estejam aptos a formar livremente a sua convicção.

Resumidamente, podem ser compendiadas as seguintes ideias norteadoras da *fairness doctrine*: (i) oferecer, no ramo comunicativo, uma paridade de tempo na exposição de fatos controvertidos, permitindo ao receptor da informação um amplo conhecimento dos diversos pontos de vista acerca de uma mesma matéria; (ii) obrigar às empresas de comunicação a adoção de período da programação para a cobertura de fatos de relevante interesse coletivo; (iii) garantir a determinados cidadãos um amplo direito de resposta, no caso de ofensas pessoais. Em que pese a parcial aceitação da doutrina pela Suprema Corte, notadamente no julgamento *Red Lion Broadcasting versus FCC* (em 1969), o seu real objetivo – de promover um “robusto debate público” – foi rapidamente diluído mediante três julgados posteriores (*Columbia Broadcasting System versus DNC*; *Miami Herald versus Tornillo*; *Pacific Gas & Electric Co. versus Public Utilities Commission*), onde se produziram as duas principais críticas à concepção democrática: do ponto de vista fático, a implicação de um “efeito contraproducente” ocasionado por um “esfriamento” do discurso de interesse público, e, sob o prisma jurídico, a inconstitucionalidade da imposição de obrigações positivas aos meios de comunicação que, segundo a Corte, violaria os propósitos da Primeira Emenda. Nada obstante, é forçoso reconhecer que os ideais da doutrina permanecem até hoje acesos em parcela significativa do meio acadêmico.

3. No âmbito brasileiro, a visão democrática da liberdade de expressão e informação consiste em tema recente e pouco explorado pela doutrina constitucionalista. A esmagadora maioria das obras acadêmicas atinentes ao tema se limita a investigar casos clássicos de colisão entre o princípio da liberdade de

manifestação do pensamento, de um lado, e os demais bens de personalidade (direito à honra, intimidade, imagem, etc), de outro. Ao mesmo tempo, na esfera jurisprudencial, a quase totalidade das decisões judiciais versa sobre o caráter libertário da liberdade de expressão, de tal forma que qualquer movimento contrário a tal perspectiva passa, de imediato, a receber o rótulo de “imposição de censura”.

Nada obstante, defende-se ser absolutamente viável a implantação, no ordenamento brasileiro, de uma versão adaptada da *fairness doctrine* americana. Nesse sentido, cumpre assinalar diversos dispositivos estampados no texto constitucional em vigor que permitem corroborar tal raciocínio, quais sejam: o princípio democrático e o pluralismo, fundamentos da República previstos no artigo 1º, *caput* e inciso V, respectivamente; o princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I); a própria liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV); o direito de resposta (artigo 5º, inciso V); o princípio do acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV) e, por fim, o princípio da proibição de monopólio (artigo 220, §5º).

Impende destacar que, diversamente do ocorrido no sistema constitucional norte-americano, certo é que, no Brasil, os dois principais argumentos contrários à supracitada doutrina, frequentemente invocados pelos adeptos da concepção liberal, não mereceriam acolhimento. Assim, por exemplo, enquanto a Primeira Emenda da Carta Americana de 1787 dispõe que nenhuma legislação pode cercear a liberdade de expressão, a Carta Brasileira de 1988 estabelece inúmeros dispositivos capazes de fundamentar juridicamente a adoção de uma “doutrina da equidade”. Ademais, tampouco mereceria prosperar, no cenário brasileiro, o argumento do denominado “efeito contraproducente” (*chilling effect*), supostamente causado pela necessidade de apresentação dos mais variados pontos de vista acerca de determinada notícia ou informação, uma vez que além de não existir, do ponto de vista estatístico, qualquer comprovação de que tal necessidade acarretaria, na prática, um “efeito silenciador do discurso”, não se pode afirmar a existência, no Brasil, de uma multiplicidade de vozes na esfera comunicativa, ou seja, de uma gama variada e diversificada de instrumentos formadores de opinião. Ao revés, o que se constata é que, tanto na imprensa escrita quanto televisiva, a concentração – horizontal e vertical – do mercado é algo patente, haja vista a total interferência do Estado na seara.

A experiência constitucional histórica brasileira demonstra que a simples abstenção do Poder Público não seria suficiente para uma efetiva garantia de direitos fundamentais. Pelo contrário, a verdadeira autonomia individual – aqui compreendidas as liberdades básicas do cidadão, como a liberdade de expressão – depende, em muitos casos, da atuação positiva estatal nas relações *inter privatos*. Pode-se, portanto, atribuir ao Estado, com base na “teoria dos deveres de proteção”, um duplice papel: primeiramente, de garantir a cada cidadão a liberdade de expressão, quando este não o puder fazer por si mesmo; secundariamente, de implementar as condições fáticas ideais para que cada indivíduo possa, de forma concreta e efetiva, exercer um direito de informação, tanto como emissor (liberdade de informação), quanto como destinatário de uma mensagem ou opinião (acesso à informação).

A promoção do pluralismo consistiria, dessa forma, em uma ferramenta essencial para o exercício da democracia. Vale dizer, quanto maior for o número de canais ou meios transmissores de informação, ou seja, quanto mais difusa for a possibilidade de exteriorização de opiniões distintas e contrapostas, maior será o alcance de uma verdadeira liberdade de expressão. A diversidade plural e cultural nos meios de comunicação consiste, sob esse aspecto, em elemento catalisador da formação de uma opinião pública de qualidade, capaz de escolher uma tomada de posição que seja mais adequada no caso concreto.

4. Com a finalidade de proteção da democracia, pluralismo e da liberdade de expressão, é possível se identificar algumas propostas para uma atuação adequada dos Poderes Constituídos. Em primeiro plano, cabe ao Poder Executivo promover as condições básicas para o pleno exercício da liberdade de manifestação do pensamento, tanto do ponto de vista defensivo – mediante uma inércia – quanto prestacional, mediante a implementação de mecanismos de observância dos fundamentos e objetivos da República. Nesse sentido, duas tarefas, em especial, merecem relevo: o estímulo à formação de novas mídias, mediante o emprego de recursos financeiros na esfera comunicativa, bem como o fomento à concessão de novas empresas de difusão da informação; e o empenho na redução da concentração do mercado comunicativo, de forma a proteger, ao lado da própria liberdade de expressão, princípios constitucionais econômicos como a “proibição de monopólio”.

Em segundo plano, especificamente no âmbito da Comunicação Social, a atuação do Poder Legislativo deve ser pautada pelo fomento na elaboração de normas que objetivem assegurar de forma concreta (ou seja, em sua dimensão libertária e democrática) a liberdade de expressão e informação. Registra-se, por exemplo, recente legislação infraconstitucional produzida na área dedicada aos veículos de comunicação de massa, como a Lei Federal nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV por assinatura, e a Lei Federal nº 9.612, de 19 de fevereiro de 1998, que trata do serviço de radiodifusão comunitária.

Em terceiro plano, propõe-se, no tocante ao caráter democrático da liberdade de expressão, uma modificação pontual da atividade interpretativa dos membros do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos referentes ao tema. Apesar de não consagrado de forma expressa na jurisprudência brasileira, é possível consignar – de forma análoga à experiência constitucional norte-americana - a existência, ainda que de forma implícita, de uma aceitação do critério do “escrutínio estrito” (*strict scrutiny*) na análise de normas restritivas da liberdade discursiva. Por outro lado, se sustenta que outra deveria ser a atuação judicial em cenário distinto. Assim, à luz de uma concepção democrática, quando se estivesse diante de uma norma restritiva da liberdade de expressão que almejasse, em última análise, à proteção do princípio democrático, do pluralismo, do acesso à informação, ou da própria liberdade expressão, advoga-se que outro deveria ser o parâmetro a ser adotado na técnica da ponderação. Nesse particular, o *standard* mais adequado para o alcance da democracia seria o do “amplo escrutínio” (*regular basis test*).

Mais de duas décadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, torna-se imperioso proceder a uma redefinição do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. Há de se superar, nesse passo, a clássica concepção que enxergava os agentes estatais como “inimigos” das liberdades públicas, e que entendia que para a sua efetividade bastaria “a lei da inércia”. Notadamente na esfera comunicativa, há de se associar à vertente libertária de uma liberdade de expressão – relacionada ao *status negativus* - uma concepção democrática, essencial ao regular funcionamento do regime democrático e à garantia da própria liberdade de expressão. Não se cuida, nesse particular, de mera opção ideológica, mas de verdadeira imposição do texto constitucional brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALARCON, Anderson de Oliveira. “A televisão e o instituto da concessão pública”. Janeiro de 2004. *Jus Navigandi*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7654>. Acesso em 27 de janeiro de 2010.
- ANDERSON, Brian C.; THIERER, Adam T. *A Manifesto for Media Freedom*. New York: Encounter Books, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de “Ensaio de uma Visão Autopoiética do Direito Administrativo”. In. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Volume 59, 2005.
- BARENDT, Eric. Balancing Free Speech and Reputation. In: “Freedom of Speech”. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas* (Org.). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.
- _____. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Volume 97.
- BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. “A Nova Hermenêutica”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Aspen Publishers, pp. 1124 – 1143.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University, 1978.
- _____. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Freedom’s Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FARBER, Daniel. *The First Amendment*. New York: The Foundation Press, 2003.

- FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e de Comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FAYOS GARDÓ, Antonio. *Derecho a la intimidad y médios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARDBAUM, Stephen. A Reply to The Right of Reply. In: *The George Washington Law Review*. Volume 76, Junho de 2008.
- GOLDSTEIN, Robert Justin. *Flag Burning and Free Speech. The Case of Texas v. Johnson*. Kansas: University Press of Kansas, 2000.
- GOISMAN, Enrique. Crisis e Actualidad del Derecho Administrativo Economico. In: *Revista de Derecho Industrial*. Volume 42.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *La Garantia del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madri: Dykinson-Constitucional, 2003.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madri: Civitas, 1995.
- _____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOLMES, Stephen. "Liberal constraints on private power: reflections on the origins and rationale of access regulation. In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and Mass Media*. New York: Cambrigde University Press, 1995.
- JUNIOR, Álvaro Rodrigues. *Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação. Limites e Formas de Controle*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LARENZ. Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LEAL FILHO, Laurindo Lalo. *A Televisão Pública Brasileira, um vazio histórico*. XVI Encontro da Compôs, Curitiba, junho de 2007. Disponível em http://www.compos.org.br/data/biblioteca_212.pdf (10 de janeiro de 2008).
- LIMA, Venício A. de. *Mídia: crise política e poder no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.
- MACHADO, Jónatas. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999;
- MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- NICOLODI, Ana Marina. “O Direito de resposta”. In: *Revista Jus Vigilantibus*, 12 de outubro de 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PEIXE, José Manuel Valentim; FERNANDES, Paulo Silva. *A lei de imprensa: comentada e anotada*. Coimbra: Almedina, 1997.
- PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e Responsabilidade dos Meios de Comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- _____. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. In: Henry Lous Gates Jr. et alli. *Speaking of Hate, Speaking of Sex: Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*. New York: New York University Press, 1994.
- PLUMBER, Joe. *The fairness doctrine: a violation of 1st emendment or necessary and balance?*. Postado em 20 de março de 2009. Disponível em <http://www.idahofallstoday.com/2009/03/20/the-fairness-doctrine-a-violation-of-the-1st-amendment-or-necessary-for-fairness-and-balance/>. Acesso em 16 de janeiro de 2010.

- PRADOS, John; PORTER, Margaret Pratt. *Inside the Pentagon Papers*. Kansas: The University Press of Kansas, 2004.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais; questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: *Interpretação Constitucional*. Virgílio Afonso da Silva (Org.). São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- _____. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- RAWLS, John. *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.
- RENDALL, Steve. “Fairness Doctrine. How We Lost it, and Why We Need it Back”. Disponível em <http://www.commondreams.org/views05/0212-03.htm>. Acesso em 28 de fevereiro de 2010.
- RINCÓN, Omar (Org). *Televisão Pública: do consumidor ao cidadão*. São Paulo: Friedrich Stiftung, 2002.
- RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RODRIGUEZ, Aaron M. *The Improprieties of the fairness doctrine*. Postado em 23 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.thehispanicconservative.com/problems-with-fairness-doctrine.html>.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “A Imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão”. In: Revista do Tribunal Federal da 1ª Região, Brasília, volume 8, n. 2.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. In: *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- _____. “O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado”. In. *Revista de Direito do Estado*. Volume 8. Outubro/Dezembro de 2007.
- SILVINO, Alexandre Magno Dias; ABRAHAO, Júlia Issy. *Navegabilidade e inclusão digital: usabilidade e competência*. São Paulo: RAE electron., volume 2, Dezembro de 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trad. de Marcela Anzola Gil). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- _____. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993.
- _____. “Freedom of expression in United States: the future”. In: HENSLEY, Thomas (Ed.). *The Boundaries of freedom of expression in American democracy*. Kent: Kent State University Press, 2001.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- WARSCHAUER, Mark. *Tecnologia e Inclusão Social: exclusão social em debate*. São Paulo: Editora SENAC, 2006.