

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**Liberdade de Expressão e Regulação da Mídia no Direito Constitucional
Comparado**

Iná Jost Lins e Silva Chaves

**RIO DE JANEIRO
2017**

Liberdade de Expressão e Regulamentação da Mídia no Direito Constitucional Comparado

Projeto de Monografia apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Fábio Perin Shecaira.

RIO DE JANEIRO

2017

Liberdade de Expressão e Regulamentação da Mídia no Direito Constitucional Comparado

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Fábio Perin Shecaira;

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Fábio Perin Shecaira

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017/ 1º Semestre**

J5121 Jost Lins e Silva Chaves, Iná
Liberdade de Expressão e Regulamentação da Mídia
no Direito Constitucional Comparado / Iná Jost
Lins e Silva Chaves. -- Rio de Janeiro, 2017.
56 f.

Orientador: Fábio Perin Shecaira .
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Liberdade de Expressão. 2. Regulamentação da
Mídia . 3. Direito Constitucional Comparado. I.
Perin Shecaira , Fábio, orient. II. Título.

CDD: 341.2732

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo realizar estudo acerca da regulamentação da mídia, tema imprescindível ao painel da liberdade de expressão. Para tanto, inicialmente, será realizada investigação do assunto no Direito Constitucional Comparado, que levará em consideração parâmetros internacionais de regulação da liberdade de expressão, bem como os tratamentos da matéria no Brasil e nos Estados Unidos. O exame de tal garantia em caráter amplo dará lugar a estudo específico acerca dos desdobramentos das distintas abordagens da regulamentação dos meios de comunicação nos referidos países, momento em que serão examinadas a história e as peculiaridades jurisprudenciais do marco regulatório da mídia norte-americana, bem como as produções legislativa e judicial brasileiras sobre o tema. Essa monografia será, a todo tempo, permeada pela dicotomia de duas visões distintas acerca do direito à liberdade de expressão, que divergem sobre o papel que o Estado deve desempenhar na promoção desse direito, visando a construção de um debate mais plural e, conseqüentemente, de sociedade mais justa e igualitária.

Palavras-chaves: Direito Constitucional Comparado; Liberdade de Expressão, Regulamentação da Mídia; Pluralismo.

ABSTRACT

This final thesis aims to study the regulation of the media, an essential subject to the panel of freedom of expression. In order to do so, initially, the topic will be approached from the perspective of Comparative Constitutional Law, which will take into account international parameters of regulation of freedom of expression, as well as the treatments of the matter in Brazil and the United States. The examination of these guarantees will be followed by a specific study of the development of the different approaches to media regulation in those countries, considering the history and peculiarities of the regulatory framework of the US media, such as Brazilian legislative and judicial productions on the subject. This work will be always permeated by the dichotomy of two different views on the right to freedom of expression, which diverge on the role played by State in promoting this right, always pursuing the construction of a plural debate and, consequently, a more just and egalitarian society.

Keywords: Comparative Constitutional Law; Freedom of Expression, Media Regulation; Pluralism.

Lista de abreviações

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Ed.	Edição, editor
Min.	Ministro
Org	Organizadores
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal

Sumário

Resumo	4
Abstract	5
Lista de abreviações	6
Sumário	7
1. Introdução	8
2. Liberdade de expressão no direito constitucional comparado: diferentes interpretações no Brasil e Estados Unidos	12
2.1. Considerações estruturais acerca do conceito da liberdade de expressão.....	12
2.2. A compreensão da liberdade de expressão no plano internacional.....	16
2.3. A liberdade de expressão no Brasil	19
2.4. A trajetória da liberdade de expressão nos Estados Unidos	24
3. Regulamentação da mídia no direito constitucional comparado.....	27
3.1. Considerações acerca da regulamentação da mídia e o antagonismo entre duas teorias	27
3.2. O marco regulatório da liberdade de imprensa nos Estados Unidos	33
3.3. O marco regulatório da liberdade de imprensa no direito brasileiro	36
4. A liberdade de expressão no caso concreto: estudo acerca da ADPF Nº 379	41
5. Conclusão	48
6. Referências bibliográficas	53

1. Introdução

Em 2014, o Brasil recebeu a visita de David Kaye, advogado estadunidense que integra os quadros do Conselho de Direitos Humanos da ONU desde 1993, cuja missão compreendia o monitoramento de violações à liberdade de expressão no país. A discussão se encontrava latente, haja vista que a então presidente da república Dilma Rousseff havia manifestado, em campanha que almejava sua reeleição, a importância e urgência de um marco regulatório moderno da mídia no Brasil¹.

A inspeção das Nações Unidas é um indício da relevância do debate, especialmente no país, que goza de amplo leque de garantias constitucionais promovido pela Constituição de 1988, apelidada “cidadã”, em razão de sua vigilância à proteção de direitos fundamentais após 21 anos de tirânica ditadura civil-militar.

A despeito da correta valorização de garantias e liberdades pelo Poder Constituinte Originário, o Brasil se furtou de discutir o tema da regulação dos meios de comunicação, que nunca foi objeto de produção legislativa que se debruçasse sobre a patologia dos monopólios, oligopólios e das duvidosas relações entre os produtores de conteúdo midiático e governantes do país.

A discussão é extremamente sensível em países que, como o Brasil, possuem vastos históricos de censura e despótico controle estatal de conteúdo midiático. Mas não só. Todos os Estados que se intitulam democráticos lidam com tal questão, optando por regulamentar ou se abster de regulamentar os meios de comunicação.

Cada país adota um sistema próprio de regulação da mídia, cujo ponto de partida se encontra na concepção do direito à liberdade de expressão vigente, que varia de acordo com fatores sociais, jurídicos e culturais que lhe são peculiares. Subsistem, no entanto, dois grandes eixos teóricos, sobre os quais todos os ordenamentos se debruçam para moldar seu modelo próprio, e que divergem quanto a questões centrais da produção normativa sobre os meios de comunicação.

O primeiro deles encampa uma concepção constitutiva da liberdade de expressão, e tem

¹ Informação disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1461043-dilma-diz-ao-pt-que-fara-regulacao-da-midia.shtml>> Acesso em 18 de novembro de 2016 às 16:40.

como expoentes os teóricos Ronald Dworkin² e Jonatas Machado³. Os autores partem do princípio de que a liberdade de expressão tem um viés exclusivamente negativo, de forma que se limita ao dever de abstenção do Estado, ao qual é vedada qualquer interferência que vise a regular a manifestação de opiniões.

Dessa forma, a partir de perspectiva considerada liberal⁴, defendem que os sistemas de comunicação são *loci* de autonomia individual, de maneira que qualquer ingerência estatal iria de encontro com sua dimensão subjetiva. O papel do Estado, então, residiria estritamente no compromisso de neutralidade e na promoção de referida autonomia.

Em contrapartida, o segundo grande eixo teórico que se empenha na discussão sobre os aspectos da regulamentação dos meios de comunicação defende forçosa ação regulatória do Estado a fim de garantir a qualidade e o pluralismo do debate público. É a opinião dos autores Owen Fiss⁵, Cass Sunstein⁶ e Daniel Sarmiento⁷.

Defendem tais teóricos a incompletude do tratamento tradicional da liberdade expressão, que lhe atribui dimensão exclusivamente negativa, porque acreditam que a garantia de tal direito depende de atuação positiva do Estado, sobretudo em sociedades marcadas por altos níveis de desigualdade.

É fundamental destacar que nenhum dos referidos autores argumenta em favor do controle estatal de conteúdo dos meios de comunicação, pois reconhecem a importância da imparcialidade e independência dos mesmos para a preservação da democracia e para a promoção de um debate público de qualidade. Entendem, assim, deletéria qualquer iniciativa de regulação midiática que subordine o conteúdo produzido pelos meios de comunicação a controles estatais prévios a sua veiculação.

² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. In: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (Coords.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. 503-538p.

⁵ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e Diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁶ SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de direito constitucional*. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Ainda que demonstrem preocupação com eventuais agigantamentos do Estado, os teóricos acreditam que a abstenção estatal permite que as empresas de comunicação, habitualmente controladas por grandes grupos econômicos, detenham controle das pautas de discussão da sociedade, gozando de excessivo poder para determinar quais discursos e opiniões serão inseridos no espaço público, bem como quais serão silenciados.

A perspectiva de conglomerados economicamente favorecidos que não possuem qualquer comprometimento com o interesse público e que detêm controle da agenda de mídia e informação da sociedade não parece gozar de respaldo democrático. O *laissez-faire*, semblante do liberalismo econômico que pressupõe o livre funcionamento de mercado, aplicado à realidade dos meios de comunicação, não parece suficiente para promover fruição universal da liberdade de expressão. A lógica gera esvaziamento da pluralidade do debate e manutenção de uma desigual estrutura social, já que apenas os próprios detentores dos meios têm ingerência na decisão de pautas e difusão de opiniões.

Assim, a intervenção estatal na regulação da mídia, que poderia parecer, à primeira vista, maléfica para o pleno exercício da liberdade de expressão, teria o condão de assegurá-la em sua íntegra forma, garantindo real competição, qualidade e multiplicidade de vozes ao espaço público.

O debate é sensível, tendo em vista o enorme poder que a mídia detém na fixação das agendas de discussão social⁸. Se, por um lado, a entrega da titularidade da regulação dos meios de comunicação ao Estado pode oferecer severos riscos à democracia – já que a independência da mídia, especialmente para atuar em confronto com o Estado, é o que assegura o exercício saudável da liberdade de expressão – a aplicação de uma teoria liberal de mercado que atrela decisões de pautas a grupos economicamente favorecidos tampouco reflete na produção de campos plurais de discussão, que representam condição substancial da democracia.

O estudo detido dos sistemas peculiares de organização midiática de cada ordenamento jurídico é fundamental para que se crie um panorama do atual estado da liberdade de expressão no mundo, bem como para viabilizar a concepção de um marco regulatório que atenda efetivamente ao anseio cidadão de ampliação e democratização do debate no espaço público, mas que, simultaneamente, impeça exacerbamentos estatais extremamente nocivos ao jogo democrático.

⁸ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007.

A presente monografia, então, tem por objetivo expor a dicotomia entre as referidas concepções da liberdade de expressão, que divergem acerca do papel do Estado na promoção de direitos, bem como propor reflexão específica acerca da regulamentação da mídia, tema imprescindível ao painel da liberdade de expressão, por meio da análise do instituto no plano do Direito Constitucional Comparado.

Para tanto, inicialmente, será realizado estudo acerca da liberdade de expressão no Direito Comparado, que levará em consideração parâmetros internacionais de regulação do instituto, bem como os tratamentos da matéria no Brasil e nos Estados Unidos.

O exame da liberdade de expressão em caráter amplo dará lugar a estudo específico acerca dos desdobramentos das distintas abordagens da regulamentação dos meios de comunicação nos referidos países, momento em que serão investigadas a história e as peculiaridades do marco regulatório da mídia norte-americana, bem como as produções legislativa e judicial brasileiras sobre o tema, e as razões para ausência de um conciso marco de regulação semelhante no país.

Vale frisar que a escolha pela análise dos referidos sistemas jurídicos não ocorreu de maneira aleatória. Apesar de o Brasil gozar de uma Constituição considerada progressista, mundialmente reconhecida como referência na promoção de direitos fundamentais, o país ainda carece de produção legislativa contundente acerca do tema. A discussão está estagnada na esfera pública, em razão do dissenso político que gera, e a carência de dispositivos que aprofundem os preceitos constitucionais que regem a matéria é contrassenso ao pleno funcionamento da democracia.

Por outro lado, os Estados Unidos possuem vasto histórico de discussão acerca do tema, que, conforme será demonstrado a seguir, já foi alvo de tratamentos distintos ao longo de seu percurso democrático desde 1776, quando da promulgação da Constituição norte-americana. A plural produção legislativa, judicial, política e acadêmica estadunidense acerca da regulação dos meios de comunicação faz com que o país possa ser encarado como um laboratório de experiências, bem como uma importante referência de estudos sobre a matéria, o que enriquecerá a reflexão ora proposta.

Finalmente, será realizada análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 379, ajuizada no Supremo Tribunal Federal em 2015 pelo PSOL, Partido Socialismo e Liberdade. A ação tem por objetivo contestar a concessão dos serviços de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam, em seu quadro de donos, sócios ou associados, políticos titulares de cargos eletivos. A demanda figura como uma tentativa de regulamentação do exercício de imprensa no Brasil por meio do questionamento de atos de todos os três poderes, executivo, legislativo e judiciário, envolvidos na atividade de licenciar emissoras de rádio.

Os argumentos aludidos pela ADPF, emprestados ao quarto capítulo da presente monografia, trazem perspectiva prática do papel fundamental que a imprensa, no contorno da radiodifusão, desempenha no regime democrático. Mais ainda, falam sobre os mecanismos que o Estado detém para atuar em favor da promoção dos meios de comunicação, por meio da regulamentação de sua atuação. Conforme restará demonstrado, o julgamento de tal demanda representará um marco na trajetória dos meios de comunicação do Brasil.

A matéria abrangida é de severa relevância social e jurídica. A busca por um método que proporcione equilíbrio sadio entre liberdade de expressão e democratização dos meios de comunicação deve ser atividade precípua do Estado Democrático de Direito, responsável por garantir aos cidadãos segurança para manifestar, debater e trocar opiniões, ideias e pensamentos, independente de seu conteúdo, atividade substancial ao pleno exercício democrático.

Assim, manifesta-se valioso o esforço pela investigação de sistemas e mecanismos de regulamentação da mídia que gere efetivo impacto na ampliação do debate no espaço público, rechaçando qualquer instrumento de censura, de forma a resguardar o precioso direito à liberdade de expressão.

2. Liberdade de expressão no Direito Constitucional Comparado: diferentes interpretações no Brasil e Estados Unidos

2.1. Considerações estruturais acerca do conceito da liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um dos direitos constitucionais mais amplamente protegidos e debatidos pelos diferentes sistemas jurídicos do mundo.⁹ Mesmo aqueles que carecem de constituições escritas desenvolveram meios alternativos de protegê-la, seja por legislação extravagante, seja por sistemas judiciais que supram os habituais conflitos gerados a partir das diferentes perspectivas conceituais de tal liberdade, bem como de sua colisão com outros direitos fundamentais.

Com o propósito de viabilizar o estudo sobre as particularidades do tratamento que cada ordenamento confere à liberdade de expressão, o primeiro esforço a ser feito no presente trabalho é a fixação de um conceito comum, que considere o que há de semelhante no exercício do direito fundamental nos diferentes sistemas que serão aqui abordados.

A primeira observação concernente ao processo de estruturação de tal conceito diz respeito a questão de cunho terminológico. Apesar da existência de múltiplas variações acerca dos graus de proteção da liberdade de expressão, a depender do ponto de vista de cada ordenamento, pode-se dizer, seguramente, que estão abrangidas as noções de liberdades de discurso e opinião, bem como de pensamento, consciência e crença.¹⁰

Vigora, ainda, no Estado Democrático de Direito, a cobertura do direito à liberdade de comunicação, imprensa e informação¹¹, cuja amplitude, especialmente no que tange aos seus limites, será extremamente valiosa no decorrer desta monografia. Ademais, é válido mencionar que a cobertura da liberdade de expressão não se restringe simplesmente à fala, mas também abraça manifestações escritas, não linguísticas e artísticas.¹²

Conforme preceitua o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes,

⁹ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 406 p.

¹⁰ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. p. 407 p.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 246 p.

¹¹ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 407 p.; MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. In: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (Coords.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. 503-538p.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 245 p.

¹² STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 407 p.

incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentos, musicais, por imagem etc.) O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior¹³.

Superados os esclarecimentos referentes à extensão de sua cobertura e nomenclatura, buscase apreciar sua perspectiva filosófica, que, conforme preceitua a constitucionalista Adrienne Stone, pode ser estudada a partir de três vertentes.¹⁴ A primeira dessas vertentes tem como principal expoente o filósofo inglês John Stuart Mill, que valoriza a liberdade de expressão a partir de sua capacidade de obtenção da verdade¹⁵. Mill defende que um ambiente fértil ao exercício do contraditório, no qual haja espaço para debate público e troca de opiniões, é propenso a evidenciar e descortinar mentiras, aumentando e enriquecendo a qualidade das discussões no “mercado de ideias”.

O segundo aspecto filosófico da liberdade de expressão diz respeito a sua aptidão na promoção de autonomia, já que proporciona aos indivíduos a faculdade de pensar por si próprios e elaborar suas conjecturas e crenças. Esse pensamento encontra respaldo na produção teórica do filósofo americano Thomas Scalon. Em suas palavras:

an autonomous person cannot accept without independent consideration the judgment of others as to what he should believe or what he should do. He may rely on the judgment of others, but when he does so he must be prepared to advance independent reasons for thinking their judgment likely to be correct, and to weigh the evidential value of their opinion against contrary evidence”.¹⁶

Finalmente, a terceira concepção filosófica da liberdade de expressão diz respeito à sua relevância e impacto na democracia. No entendimento do filósofo John Hart Ely, a livre circulação de informações é condição indispensável ao processo democrático, no momento que provê aos cidadãos a capacidade de fiscalizar o poder exercido pelo governo e breçar eventuais overdoses despóticas. Argumenta Ely: “The expression-related provisions of the First Amendment were centrally intended to help make our governmental processes work, to ensure the open and informed discussion of political issues, and to check our government when it gets out of bounds”.¹⁷

¹³ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11a edição. São Paulo: Saraiva, 2016. 263 p.

¹⁴ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 413-414 p.

¹⁵ MILL, John Stuart. On Liberty. New York e Melbourne: The Walter Scott Publishing Co., Ltd, 2011. E-book. ISO-8859-1. Disponível em: < <https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm> > Acesso em 13/04/2017. 29-107 p.

¹⁶ SCALON, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. In: Philosophy and Public Affairs. Vol. 1, No. 2, p. 204-226. 216 p.

¹⁷ ELY, John Hart. Democracy and Distrust. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. 93-94 p.

O trato da liberdade de expressão deve abarcar ainda reflexão acerca de sua dupla dimensão, subjetiva e objetiva. Se por um lado o direito à liberdade de pensamento e manifestação ostenta enfoque na percepção subjetiva de seu titular, revelando-se essencial para a auto-realização do indivíduo no âmbito social¹⁸, por outro, goza também de perspectiva objetiva, que diz respeito ao papel essencial que desempenha na sociedade democrática, devendo ser protegido e promovido pelo Estado, além de servir de norte para interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Assim, pode-se dizer que a perspectiva subjetiva da liberdade de expressão diz respeito à ação negativa do Estado, de forma a proteger os titulares do direito na ocasião de expressão de suas opiniões¹⁹. Em contrapartida, na análise da dimensão objetiva da liberdade de expressão, proclama-se o valor institucional do direito dentro do contexto social e jurídico que se insere, com base no significado de sua promoção dentro da coletividade.

A categorização da liberdade de expressão que resulta na divisão das dimensões subjetiva e objetiva foi primeiramente trazida à baila pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso Lüth²⁰. Discutia-se, na época, a constitucionalidade de decisão proferida em primeira instância que proibira campanha de boicote organizada por Erich Lüth contra o filme *Amante Imortal*, dirigido por Veit Harlan, célebre diretor alemão que produzira, anos antes, filmes nazistas que proclamavam violência contra o povo judeu, no contexto da Segunda Guerra Mundial.

Em 1958, a Suprema Corte Alemã reformou a decisão, decidindo em favor da predominância dos direitos fundamentais frente às normas do direito ordinário. O Tribunal concluiu que, além de aspecto subjetivo, referente à proteção do discurso individual, a liberdade de expressão também é integrada por caráter objetivo institucional, inerente à condição democrática, já que deve fomentar a existência de debates plurais acerca de temas de interesse público, respaldados por opiniões públicas embasadas.²¹

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acessado em 06/05/2017 às 21:00. 4 p.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acessado em 05/05/2017 as 15:30.

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. Revista *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, agosto, 2007. 12 p.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito*. In: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (Coords.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. 512-519p.

Conforme preceitua Daniel Sarmento,

associa-se a dimensão subjetiva das liberdades comunicativas à proteção do emissor, e a dimensão objetiva à tutela dos interesses dos receptores das mensagens e da sociedade em geral, atinentes à formação de uma opinião pública crítica e bem informada, essencial para o funcionamento da democracia.²²

É fundamental, pois, que essas duas dimensões sejam consideradas²³, afinal, é a partir de sua convivência harmônica que será possível conceber um direito à liberdade de expressão equilibrado, reconhecido tanto pela proteção da liberdade individual dos cidadãos de se expressar, quanto pela promoção de uma comunidade democrática, ambiente fértil e promotor da pluralidade de opiniões e diálogos.

A liberdade de expressão está, portanto, profundamente conectada aos fundamentos medulares da democracia, a qual pressupõe, forçosamente, a existência de um espaço público que impulse a existência do contraditório, do amplo acesso à informação e da liberdade de manifestação nos debates de temas de relevância social, para que todos os cidadãos possam formar suas próprias convicções sobre temas de interesse coletivo, efetivando, assim, a prática do autogoverno.²⁴

2.2. A compreensão da liberdade de expressão no plano internacional

Além da produção legislativa interna de cada país, que pode variar de acordo com o contexto jurídico, social e político vigente, a liberdade de expressão também ostenta espectro de proteção internacional, por meio de declarações e tratados oriundos de órgãos e convenções internacionais. O arcabouço de proteção internacional à liberdade de expressão não deve ser ignorado, tanto pelo seu alto valor simbólico, quanto por funcionar como importante parâmetro legislativo. Além de constarem dos próprios ordenamentos internos dos países, quando assinados e

²² SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. 22 p. Acessado em 12/05/2017 as 11:30.

²³ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11a edição. São Paulo: Saraiva, 2016. 165 p.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. 23 p. Acessado em 12/05/2017 as 11:30.

ratificados, os tratados podem ser arguidos em tribunais internacionais e incitar condenações, se desrespeitados pelos Estados.

O sistema normativo internacional de amparo aos direitos humanos começou a ser delineado no contexto do Pós II Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas pelos governos totalitários do século XX.²⁵ A fundação das Nações Unidas, em 1945, que tinha como um dos objetivos assegurar a proteção dos direitos humanos a nível internacional, trouxe consigo a ambição de criar uma estrutura legal de defesa desses direitos, que culminou, em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos.

O alicerce de proteção internacional dos direitos humanos, e, conseqüentemente, da liberdade de expressão, encontra-se na Carta Internacional de Direitos Humanos, composta por três documentos: a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada em 1948, quanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 1966, e promulgado no Brasil, na forma de decreto, em 1992, se debruçam, em seus artigos 19²⁶, sobre a temática da liberdade de expressão. Ambos expressam apreço por um ambiente fértil à livre manifestação de opiniões, no qual deva ser possível “procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”.

Além dos mencionados diplomas que integram a Carta Internacional de Direitos Humanos, a liberdade de expressão encontra-se também contemplada pelos sistemas de proteção regional de direitos humanos, como, por exemplo, pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Também qualificada como Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção foi assinada pelo Brasil em 1969,

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 38-41 p.

²⁶ Declaração Universal de Direitos Humanos. Art. 19: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Art. 19:

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

quando da sua edição, e ratificada em 1992, assumindo, no direito interno, a reputação de Decreto n° 678.

O paradigma de proteção interamericano à liberdade de expressão está compreendido no artigo 13²⁷ da Convenção. O texto repete a letra da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além de acrescentar importante dispositivo sobre a liberdade de imprensa, que objetiva vedar eventuais abusos de controles oficiais ou particulares no exercício dos meios de comunicação, seja pelo controle da radiodifusão ou por qualquer outro meio que busque inibir a livre comunicação e circulação de ideias.

Por fim, é necessário mencionar os esforços envidados pelas Nações Unidas, por meio de sua Organização para Educação, Ciência e Cultura, UNESCO, com o objetivo de promover os valores da liberdade de expressão, especialmente aqueles relacionados à diversidade e ao pluralismo. Por meio do IPDC, International Programme for the Development of Communication (Programa Internacional para o Desenvolvimento da Comunicação), a organização reserva um fórum multilateral de discussão especialmente destinado às questões tocantes à expressão, comunicação e imprensa em países em desenvolvimento.

O engajamento da UNESCO na temática é apenas mais um indício de seu alto valor nas democracias contemporâneas. Em 2008, o IPDC aprovou o “Marco Para a Avaliação do Desenvolvimento dos Meios de Comunicação”²⁸, relatório de indicadores de desenvolvimento da mídia e parâmetros básicos, jurídicos e políticos, de proteção à liberdade de expressão.

²⁷ Pacto de San José da Costa Rica. Art. 13: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

²⁸ Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163102por.pdf>> Acessado em: 10/05/2017 às 16:40.

Com base nesse documento, em 2014, a organização divulgou parecer denominado “Tendências Mundiais Sobre Liberdade de Expressão e Desenvolvimento da Mídia”²⁹, resultado de profunda pesquisa que manifesta a urgência do debate, além da necessidade de se estabelecer um ambiente de mídia que seja, não só legalmente livre, mas que enfatize severamente o pluralismo, independência e segurança, dissociando-se de limitações e arbítrios políticos e comerciais. A organização tem sido, também, importante agente na advocacia em defesa das fundamentais rádios comunitárias, serviços de radiodifusão sonora outorgados a fundações ou associações comunitárias, sem fins lucrativos.

2.3. A liberdade de expressão no Brasil

A edição da Constituição de 1988 foi um marco na história do Brasil³⁰. Trouxe consigo uma nova forma de governar, a superação de um modelo tirânico e autoritário de poder e um amplo leque de direitos fundamentais. Por meio de um arsenal totalitário de decretos, leis e atos institucionais³¹, além da Constituição de 1967, a ditadura civil-militar brasileira costurara um sistema de opressão que tolhia qualquer demonstração de descontentamento com o governo, punindo opiniões diversas às suas com prisões, torturas e execuções.

A Carta de 88 representou o restabelecimento da democracia e, conseqüentemente, das garantias constitucionais de proteção à liberdade de manifestação do pensamento, após longos vinte e um anos de repressão e censura. Foi, então, instituído robusto sistema de tutela da liberdade de expressão, que compreende também as liberdades de informação e imprensa, consagradas nos artigos 5º, IV, IX e XIV³² e 220 § 1º e § 2º³³, e cujos alcances serão a seguir abordados.

²⁹ Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244708por.pdf>> Acessado em: 10/05/2017 às 16:35h.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 12 p.

³¹ Conferir Lei de Imprensa, 5.250/1967; Lei de Segurança Nacional, Decreto-Lei 898/1969; Ato Institucional nº 5; Lei de Censura Prévia, Decreto-Lei 1.077/1970.

³² CRFB/88: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

³³ CRFB/88: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá

A liberdade de expressão em sentido estrito, exprimida no artigo 5º, IV e IX, corresponde ao direito que cada indivíduo goza de exteriorizar seu pensamento e visão subjetiva sobre determinado fato. Destina-se a tutelar o direito de publicizar ideias, opiniões, juízos de valor: quaisquer manifestações do pensamento humano.³⁴ De acordo com José Afonso da Silva, “trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro”.³⁵

A liberdade de informação, por sua vez, convencionada no art. 5º XIV, ostenta um duplo caráter, que compreende tanto o direito individual de informar, quanto o de ser informado. Conforme leciona José Afonso da Silva, o primeiro diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento por qualquer meio de difusão, enquanto que o segundo “indica o interesse sempre crescente da coletividade para que, tanto os indivíduos quanto a comunidade, estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”³⁶

O constitucionalista conclui: “a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias por qualquer meio e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”³⁷ Ademais, Gustavo Binbenjón chama atenção para a relevância da qualidade da informação divulgada, que, segundo o autor, traz consigo a necessidade da existência de critérios de qualificação estabelecidos por normas regulatórias.³⁸

A liberdade de imprensa, por fim, consubstancia-se no art. 220 §1º, e indica um direito-dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões.³⁹ É válido mencionar que não se limita a veículos impressos de comunicação. Pelo contrário, “alcança qualquer forma de difusão de

dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 19 p.

³⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993. 219-223 p.

³⁶ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993. 223 p.

³⁷ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993. 223 p.

³⁸ BINENBOJN, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 15 p.

³⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social.”⁴⁰ Escritos do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso chamam atenção à sobreposição de tal direito à liberdade dos meios de comunicação, e sua possibilidade de comunicarem “fatos e idéias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.”⁴¹

Ultrapassada a reflexão acerca da abrangência das liberdades de expressão, informação e imprensa consagradas na ordem constitucional brasileira, é necessário dedicar espaço à análise das limitações do gozo de tais liberdades, ora advindas do próprio texto da Constituição, ora resultantes de elaborações doutrinárias e jurisprudenciais que buscam equalizar a sua aplicação com outras garantias constitucionais, principalmente, os direitos da personalidade.

Conforme amplamente difundido na doutrina brasileira, não existe hierarquia jurídica entre as normas constitucionalmente asseguradas, em razão do princípio da unidade da Constituição. Não é viável, portanto, estabelecer regras de prevalência abstrata quando se trata dos direitos fundamentais positivados, já que eles compartilham do mesmo status constitucional. A solução de eventual confronto entre eles, portanto, deverá ser obtida a partir de cada demanda específica.⁴²

Dessa forma, a doutrina passa a envidar esforços na busca por critérios e ferramentas que permitam resolver eventuais colisões desses direitos no caso concreto. A esses instrumentos dá-se o nome de técnicas de ponderação. De acordo com o Ministro Luis Roberto Barroso, “ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis”⁴³, situações que reclamam atuação subjetiva do intérprete, por não haver, no ordenamento, normas simples e objetivas cuja aplicação direta solucione o litígio.

Sendo assim, é fundamental frisar que as técnicas de ponderação agem para solucionar embates entre direitos que ocupam o mesmo patamar no ordenamento, ou seja, atuam no propósito de solucionar conflitos concebidos a partir da ausência de hierarquia ou prioridade entre normas que incidem simultaneamente no mesmo caso concreto. O teste se propõe, portanto, a cotejar, à luz da

⁴⁰ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993. 224 p.

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 18 p.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 5-8 p.

⁴³ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 9 p.

gravidade da interferência em cada direito, qual dessas normas deve preponderar na causa em questão.

Conforme elucida Barroso, é possível descrever a ponderação como um processo de três etapas. A primeira delas consiste no empenho do intérprete em destacar as normas relevantes para a solução do litígio, identificando o eventual conflito. A seguir, passa-se a segunda etapa: detido exame das circunstâncias concretas, fatos, e sua interação com os elementos normativos analisados em abstrato na etapa anterior. É, porém, a terceira etapa dedicada à decisão, quando as normas e os fatos do caso concreto são examinados de forma conjunta. Será determinado o peso a ser atribuído aos elementos que disputam, e, finalmente, o grupo de normas que deve preponderar.⁴⁴

Em suas palavras,

“é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”⁴⁵

A ponderação, então, segue seu trajeto recorrendo ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito e produzir uma resposta ao caso concreto. O referido princípio se presta a funcionar como um mecanismo de controle da discricionariedade judicial no momento da tomada de decisão: embasa a deliberação e provê transparência ao raciocínio jurídico empregado⁴⁶.

A proporcionalidade ostenta uma tríplice dimensão, que compreende os preceitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴⁷. Primeiramente, quanto à adequação, examina-se se a decisão é apropriada ao fim que pretende alcançar. Em seguida, verifica-se se a medida é necessária para a prossecução deste propósito, diante da inexistência de outros recursos que solucionem a questão. Por último, passa-se à realização de ponderação entre o

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 357-359 p.

⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 11 p.

⁴⁶ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 410 p.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 281-283 p.

ônus imposto e o benefício trazido pela medida adotada, ou seja, as vantagens ao bem jurídico tutelado, ao que se dá o nome de juízo de proporcionalidade *stricto sensu*.⁴⁸

Apesar de não haver, no texto constitucional, hierarquia positivada entre os direitos fundamentais, de forma que eles gozam, em teoria, do mesmo nível de prestígio no ordenamento brasileiro, existe uma parcela da doutrina e jurisprudência pátrias que defendem que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial face a outros direitos fundamentais, bem como honra, imagem, reputação, intimidade e vida privada, também consagrados pela Constituição.⁴⁹ Essa compreensão parte do pressuposto de que a liberdade de expressão serve de fundamento para a democracia, em razão da importância que exerce na promoção de um indispensável espaço público dinâmico e plural, razão pela qual deveria, *a priori*, prevalecer, em eventual momento de colisão com outros direitos fundamentais.

Tal entendimento é egresso do direito norte-americano, no qual a liberdade de expressão ocupa, verdadeiramente, uma posição destacada face a vigência de outros direitos, conforme restará demonstrado a seguir. Foi, contudo, encampado por parte da doutrina constitucional brasileira, e também tem sido recorrentemente ventilado no STF.

Foi essa direção que guiou, por exemplo, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 130, de sua relatoria, que determinou a não recepção da Lei de Imprensa, editada durante a ditadura militar, pela Constituição de 1988. Em suas palavras, “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu”.⁵⁰ Seu voto foi seguido pelos Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, obtendo maioria na Corte e invalidando o texto de 1967 frente ao de 1988.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 281-283 p.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004. 20 p.; SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acessado em 05/05/2017 as 15:30.; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁵⁰ STF. ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Brasília, 06 nov. 2009.

Tal entendimento também vigorou quando do julgamento da ADPF 187, concernente à constitucionalidade da Marcha da Maconha, quando o Ministro Luiz Fux declarou que “a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie* maior”⁵¹ A decisão atestou, por unanimidade, a constitucionalidade do protesto como forma legítima de manifestação do pensamento. Triunfou, novamente, a garantia à liberdade de expressão.

Ocupando ou não posição preferencial no direito brasileiro, fato é que a liberdade de expressão desempenha um papel essencial na manutenção do Estado Democrático de Direito desde 1988 no Brasil, e deve ser cuidadosamente assegurada, por representar garantia essencial da democracia e do pluralismo na sociedade.

2.4. A trajetória da liberdade de expressão nos Estados Unidos

A liberdade de expressão é o mais privilegiado direito fundamental do sistema jurídico norte-americano.⁵² O regime de proteção a tal garantia constitucional é pautado na Primeira Emenda⁵³ à Constituição dos Estados Unidos de 1787, ratificada em 1791. Uma leitura desavisada desse dispositivo parece culminar na convicção da vigência de um regime absoluto, no qual a liberdade de expressão sempre prevaleceria diante de um embate com outro direito fundamental em determinado caso concreto.

Apesar da aparente taxatividade do texto, o significado da Primeira Emenda nunca foi interpretado de maneira tão rigorosa.⁵⁴ A verdade é que nunca vigorou, nem nas decisões da Suprema Corte, tampouco na doutrina norte-americana, preponderância na compreensão de um caráter absoluto da liberdade de expressão.⁵⁵ Salvo raras exceções⁵⁶, a comunidade jurídica norte-

⁵¹ STF. ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 29 mai. 2014.

⁵² SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007. 4 p.

⁵³ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

⁵⁴ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e Diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 3 p.

⁵⁵ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 409 p.

⁵⁶ A exceção mais expressiva à posição de que a liberdade de expressão não vigora como direito absoluto nos Estados Unidos é personificada na figura do Ministro da Suprema Corte Hugo Black, que ocupou o cargo de 1946 a 1971 e

americana sempre defendeu a necessidade da existência de limites balizadores ao exercício de tal garantia. Esse é o sentido ilustrado pela célebre frase do Ministro da Suprema Corte Oliver Wendell Holmes quando declarou que “os cidadãos não são livres para gritar ‘fogo!’ falsamente dentro de um teatro lotado.”⁵⁷

Uma vez estabelecida a existência dos limites, é necessário analisar sob que moldes atuam, que falas restringem e quais princípios e *standards* delimitam a livre propagação do discurso, tarefa arduamente exercida por operadores do direito estadunidenses desde a promulgação da emenda. Primeiramente, é importante frisar que a doutrina norte-americana incorporou abordagem denominada “categórica”, segundo a qual a liberdade de expressão está sujeita a um rol de regras inflexíveis aplicadas a circunstâncias premeditadas⁵⁸.

A singularidade do tratamento que o ordenamento norte-americano confere à liberdade de expressão é objeto de vasta literatura, e já lhe rendeu a alcunha de “excepcional⁵⁹”, em razão da supremacia que confere às garantias ligadas a manifestação de opiniões, inclusive em detrimento de outros direitos constitucionalmente assegurados, bem como privacidade, honra, intimidade, reputação e até igualdade⁶⁰. Tal concepção se contrapõe ao modelo de proteção à liberdade de expressão predominante no mundo⁶¹, e que vigora no Brasil atual, segundo o qual a colisão de direitos levará ao processo de ponderação, com base em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Apesar da referida abordagem categórica que pauta a liberdade de expressão, a tradição da *common law* produziu, ao longo da história, diversos entendimentos quanto à circunscrição dos direitos ligados à propagação do discurso. No início da trajetória interpretativa que busca preencher as lacunas deixadas pela Primeira Emenda desde a sua entrada em vigor, a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu a doutrina do “*clear and present danger*”⁶², segundo a qual eram

defendia o caráter peremptório da Primeira Emenda.

⁵⁷ Schenck vs. United States, 249 U.S. 47 (1919)

⁵⁸ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 410 p.

⁵⁹ SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005. 2 p.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acessado em 06/05/2017 às 21:00. 5 p.

⁶¹ STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 410 p.

⁶² Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919); Abrahms v. United States, 250 U.S. 616 (1919); Debs v. United States,

condenadas manifestações expressivas aptas a comprometer a ordem pública, e que oferecessem riscos à segurança do Estado e de seus cidadãos.

Essa teoria enfrentou, contudo, processo de reelaboração, que tomou forma no tão famoso quanto controverso julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, em 1969⁶³, que discutia a constitucionalidade de manifestação da Kux Klux Klan contra negros e judeus no estado de Ohio. A Suprema Corte assegurou o direito de protesto da Ku Klux Klan fixando novo *standard* de controle de constitucionalidade da liberdade de expressão. Vigorou o entendimento de que o discurso seria criminalizado apenas nos casos em que a incitação atual e iminente da conduta ilegal tivesse real potencial para produzir violência imediata.⁶⁴

Na compreensão da Corte, o discurso de Clarence Brandenburg não preencheu os requisitos para provocação de atos ilícitos iminentes, e suas fala e ação foram alocadas dentro do antro de proteção da Primeira Emenda. É interessante mencionar que, caso a ação tivesse tramitado segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a conduta de Clarence seria possivelmente enquadrada no artigo 286 do Código Penal, que criminaliza a incitação de crime⁶⁵.

Embora o estudo da trajetória da Primeira Emenda evidencie as idas e vindas interpretativas inerentes à tradição da *common law*, é preciso frisar que a dogmática norte-americana faz rígida distinção entre as formas de regulação estatal da liberdade de expressão. De um lado, residem as restrições ligadas a “tempo, lugar e forma” da manifestação⁶⁶, que não interferem no conteúdo do discurso propagado. Do outro, contudo, encontram-se as regulações pautadas pelo que se denomina “pontos de vista” diferentes. Enquanto a primeira forma de regulação pode vir a encontrar algum respaldo na doutrina estadunidense, a segunda encontra resistência: o entendimento dominante determina que os princípios da liberdade de expressão não autorizem o Estado a realizar distinções

249 U.S. 211 (1919) e *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925); BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 2 p.

⁶³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)

⁶⁴ SCHAUER, Frederick. *The Exceptional First Amendment*. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005. 10 p.

⁶⁵ Apologia de crime ou criminoso: Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>> Acessado em 06/05/2017 às 21:00. 6 p.

de proteção de discursos baseadas nos pontos de vista do agente, por mais extremistas que eles possam parecer.⁶⁷

Nas palavras do filósofo Frederick Schauer:

Specifically, this prohibition on what is technically called “viewpoint discrimination” extends to the point of view that certain races or religions are inferior, to the point of view that hatred of members of minority races and religions is desirable, and to the point of view that violent or otherwise illegal action is justified against people because of their race, their ethnicity, or their religious beliefs.⁶⁸

Seja por uma cultura de apreço excepcional pelas garantias ligadas à liberdade, seja por uma reiterada e histórica desconfiança no governo e no exercício do poder⁶⁹, fato é que a liberdade de expressão ocupa um lugar de destaque na democracia norte-americana, posição diferenciada que não ocupa em nenhuma outra democracia no mundo.

3. Regulação da mídia no Direito Constitucional Comparado

3.1. Considerações acerca da regulamentação da mídia e o antagonismo entre duas teorias

A liberdade dos meios de comunicação constitui alicerce essencial de qualquer regime democrático. A ausência de uma mídia livre acarreta na impossibilidade do Estado de reivindicar legitimidade quando da produção das normas que regulam a conduta de seus indivíduos. Isto é: apenas cidadãos livres e bem informados poderiam contestar a razão de ser das leis que balizam seus comportamentos, e, conseqüentemente, cooperar para o seu cumprimento.⁷⁰

Nas palavras de Owen Fiss,

Democracia é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo. No exercício desta prerrogativa soberana, cidadãos dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar

⁶⁷ SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005. 9 p.

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005. 9 p.

⁶⁹ SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005. 22-24 p.

⁷⁰ BARENDT, Eric; BOSLAND Jason; CRAUFURD-SMITH; Rachael, HITCHENS, Lesley. Media Law: Text, Cases and Materials. Harlow: Pearson, 2014. 1 p.

políticas em andamento e as práticas do governo. Na sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de autonomia em relação ao Estado.⁷¹

Ainda hoje, apesar de todos os avanços tecnológicos que permitiram a disseminação acentuada de novos tipos de mídia - sendo a internet o principal expoente desse movimento - os jornais e a radiodifusão, especialmente a televisão, desempenham papel chave na propagação de informações. As *mass media*, projetadas nas figuras da imprensa e da radiodifusão são, até aqui, os mais importantes agentes da veiculação de notícias e opiniões políticas e sociais.⁷²

A liberdade de comunicação, cuja estrutura prevê necessariamente uma imprensa livre, desempenha um papel central na democracia. Seu exercício permite que os cidadãos possuam uma plataforma de disseminação de suas percepções e críticas à forma como o poder é exercido pelo Estado. Inegavelmente, a obstrução desse canal minaria a possibilidade de participação política dos indivíduos.

Conforme elucidado Daniel Sarmiento,

A liberdade de expressão é tão fundamental em qualquer regime democrático. É a sua garantia que possibilita que a vontade coletiva seja formada através do livre confronto de ideias, aberto a todos. É a sua principal projeção institucional – a liberdade de imprensa – que potencializa as interações discursivas na sociedade, e que confere maior transparência sobre a atuação do Estado e dos poderes sociais, ensejando o seu controle pela cidadania.⁷³

Daí constata-se que, juntamente com o alto grau de importância do exercício da imprensa, recai também sobre ela uma enorme responsabilidade. Ao mesmo tempo em que os canais de comunicação devem ser valorizados pelas tarefas que desempenham, especialmente aquelas conectadas à divulgação de conteúdos que se relacionem com o interesse público da sociedade, eles devem ser também criticamente observados, em razão do poder e influência política intrínsecos ao seu expediente.⁷⁴

⁷¹ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 99 p.

⁷² BARENDT, Eric; BOSLAND Jason; CRAUFURD-SMITH; Rachael, HITCHENS, Lesley. Media Law: Text, Cases and Materials. Harlow: Pearson, 2014. 1 p.

⁷³ SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. 23 p. Acessado em 12/05/2017 as 11:30.

⁷⁴ BARENDT, Eric; BOSLAND Jason; CRAUFURD-SMITH; Rachael, HITCHENS, Lesley. Media Law: Text, Cases and Materials. Harlow: Pearson, 2014. 38 p.

Nos regimes democráticos, jornais e canais de televisão e rádio transmitem, invariavelmente, as opiniões e ideologias de seus proprietários e editores, além dos interesses das corporações que deles se utilizam para fazer propaganda. Detêm, via de regra, autonomia jurídica e econômica⁷⁵, o que lhes assegura imprescindível independência do Estado, além de liberdade para selecionar o que é ou não digno de espaço em seus veículos, bem como que histórias - ou versões de histórias - serão reproduzidas. Daí advém a discussão sobre a necessidade de regulá-los: estaríamos correndo o risco de sermos reféns dos interesses econômicos dos titulares dos meios de comunicação - em geral, grandes conglomerados empresariais que visam o lucro - em detrimento do interesse público inerente à sua função de informar?

De acordo com o entendimento do teórico Eric Barendt, seriam quatro as razões principais para se conceber uma regulação de propriedade das mídias. Primeiramente, a garantia de que os meios de comunicação promovam um fórum destinado à troca de informações e ideias diversas, viabilizando o processo democrático e enaltecendo a autodeterminação individual. Em segundo lugar, o objetivo de preservar o espaço da comunicação de eventuais excessos de influência política e social de seus detentores. A seguir, a necessidade de que a mídia investigue a ação daqueles que administram os poderes político, econômico e social. Por último, a importância da preservação da diversidade cultural e linguística.⁷⁶

O protesto de Barendt é legítimo. O exercício da liberdade de expressão pode vir a ser prejudicado a partir do momento em que os interesses pessoais dos donos de jornais, canais e produtores do conteúdo massivamente veiculado sejam sobrepostos ao interesse público que reside no ato de informar. Além disso, é manifesta a necessidade de que o espaço da comunicação aja no sentido de promover o pluralismo na sociedade contemporânea, de forma que todos os indivíduos, independentemente de sua origem ou classe social, tenham possibilidade de voz e expressão no debate público.

Daí, contudo, decorre outra problemática: a ingerência do Estado nos meios de comunicação se mostrou, ao longo da história, domínio extremamente sensível. São inúmeros os exemplos de excessos estatais que conduziram sociedades às trevas da censura e condenaram seus indivíduos ao silêncio. A preocupação que gira em torno da concessão de poderes de controle da mídia ao Estado,

⁷⁵FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 99-101 p.

⁷⁶BARENDT, Eric; BOSLAND Jason; CRAUFURD-SMITH; Rachael, HITCHENS, Lesley. Media Law: Text, Cases and Materials. Harlow: Pearson, 2014. 274-275 p.

quaisquer que sejam, é realista e fundada. É necessário, no entanto, pensar se é possível conceber possibilidades de contenção da influência do poderio econômico nas agendas da mídia sem que isso acarrete no enfraquecimento da democracia. Pergunta Owen Fiss: “poderia o Estado ter um papel na promoção da missão democrática da imprensa?”⁷⁷

Com o propósito de responder essa pergunta, serão evocadas duas concepções antagônicas - que divergem acerca da viabilidade da presença do Estado como força atuante na equação da liberdade de expressão e de imprensa - cunhadas a partir de discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a abrangência da Primeira Emenda⁷⁸. É bem verdade que, tamanha a importância da controvérsia, transcendeu as fronteiras norte-americanas e virou importante objeto de discussão de qualquer regime que se pretenda democrático, seja por via judicial ou legislativa.

A primeira teoria analisada atende pela alcunha de libertária, e compreende a liberdade de expressão como direito negativo, que se esgota no dever de abstenção estatal⁷⁹ e age no propósito de proteger a autonomia privada dos indivíduos⁸⁰. A acepção libertária, atualmente preponderante na jurisprudência norte-americana, também responde pelo nome de constitutiva⁸¹, e é principalmente sustentada pelos teóricos português e americano Jonas Machado e Ronald Dworkin.

Os autores argumentam em favor da preponderância da dimensão subjetiva e defensiva da liberdade de expressão, rejeitando intervenções estatais. Concentra-se, assim, o mérito desse direito fundamental na promoção da autonomia e do interesse individual de auto-expressão isento de qualquer interferência externa. O papel do Estado, portanto, teria o específico propósito de proteger os direitos do emissor da mensagem, já que qualquer intervenção regulatória seria nociva ao integral gozo da liberdade assegurada pelo texto constitucional.

Nas palavras de Dworkin:

It is very important that the Supreme Court confirm that the First Amendment protects even such speech; that it protects, as Holmes said, even speech we loathe. That is crucial for the

⁷⁷ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 101 p.

⁷⁸ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 5-6 p.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007. 1 p.

⁸⁰ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 5-6 p.

⁸¹ SCHREIBER, Simone. A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 60-68 p.

reason that the constitutive justification of free speech emphasizes: because we are liberal society committed to individual moral responsibility, and any censorship on grounds of content is inconsistent with that commitment.⁸²

Complementa Machado:

A liberdade de expressão, em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação.⁸³

O segundo grande eixo teórico é denominado democrático, por conceber a liberdade de expressão como o caminho necessário para a construção de um *ethos* argumentativo-deliberativo. Assim, o direito teria o condão de assegurar a presença da coletividade no momento de debate e tomada de decisões na esfera pública⁸⁴. O objetivo da promoção da garantia fundamental de manifestação de ideias, pensamentos e crenças seria, não apenas a garantia da liberdade expressiva, mas também, e principalmente, a preservação da liberdade política dos cidadãos.

Nesse caso, advoga-se pela necessidade da presença do Estado como ente regulador que protege e assegura o exercício da liberdade de expressão e imprensa, de modo a construir cidadãos informados e capacitados para o exercício do autogoverno. A teoria democrática, que tem como precursor o teórico Alexander Meiklejohn⁸⁵, associa o princípio do *free speech* com o ideal de democracia deliberativa⁸⁶, e aloca no destinatário do discurso o centro de gravidade da liberdade de expressão.

A leitura democrática da liberdade de expressão e imprensa, também denominada instrumental, reverencia a intenção do Estado de estimular um “robusto, aberto e livre debate público”⁸⁷, de forma a permitir que todos os cidadãos possuam ferramentas necessárias para deliberar sobre assuntos de seu interesse. O Estado vira, então, agente catalisador desse “mercado

⁸² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. 205 p.

⁸³ MACHADO, Jónatas E. *Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 359 p.

⁸⁴ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 6 p.

⁸⁵ MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: The Constitutional Powers of The People*. New York: Oxford University Press, 1965.

⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999. 176 p.

⁸⁷ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964).

de ideias”⁸⁸, no qual os indivíduos terão espaço para divergir e decidir sobre sua cidadania, exercendo o autogoverno da forma mais capacitada possível.⁸⁹

A percepção de um Estado que, ao invés de se abster, atua positivamente na proteção da liberdade de expressão se fundamenta, primeiramente, no impacto que a concentração do poder privado exerce sobre a liberdade. O discurso seria o caminho, não para auto-realização de cada um individualmente, mas para autodeterminação coletiva.⁹⁰ Nas palavras do constitucionalista Owen Fiss:

O Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos - distribuir megafones - para aqueles que cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira.

A argumentação de Fiss atua no sentido de elucidar que a regulação da liberdade de expressão não atuaria de forma a limitá-la, mas sim, promovê-la, proporcionando equilíbrio na equação do discurso. Assim, defende que, apesar de essa discussão parecer incitar uma dicotomia entre igualdade e liberdade, o que geraria uma guerra principiológica para decidir o que deve pesar mais na balança da democracia, em verdade, significa um conflito entre liberdade e liberdade, já que a regulação atua em favor - e não contra - do estímulo ao direito de livre expressão.⁹¹

O impacto do embate entre essas duas visões da liberdade de expressão - que discutem o papel do Estado moderno na preservação e promoção das mais básicas liberdades individuais - é inegável. Por um lado, a ausência completa de regulação pregada pela teoria libertária sujeita os cidadãos aos arbítrios de grandes conglomerados econômicos que detêm a posse dos meios de comunicação, e que não estão necessariamente comprometidos com o interesse público. A consequência da entrega da titularidade do discurso à lógica do livre mercado é o comprometimento da autonomia daqueles que não têm, e nem poderiam ter, permissão e espaço de voz nos meios clássicos de comunicação.

⁸⁸ A metáfora do “mercado de ideias”, *marketplace of ideas*, foi primeiramente trazida à baila pelo juiz Oliver Holmes no caso *Abrahms v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). A expressão foi, todavia, retomada no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), quando a Suprema Corte afirmou que a Primeira Emenda tem por objetivo a preservação do mercado livre de ideias.

⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 5 p.

⁹⁰ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 28-30 p.

⁹¹ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 43-46 p.

Em contrapartida, por atribuir ao Estado as incumbências de um curador da qualidade do debate público⁹², a teoria democrática se defronta com a possibilidade de exorbitâncias estatais, que ameaçariam o pleno exercício da liberdade de expressão. Quaisquer práticas autoritárias que visem a censura ou controle dos meios de comunicação devem ser repelidas, em razão de seu impacto extremamente nocivo ao Estado Democrático de Direito. O fito da liberdade de expressão é justamente a promoção de um espaço onde seja possível contestar o Estado, e o controle exagerado desse espaço pelo próprio Estado anula a existência dessa liberdade.

3. 2. O marco regulatório da liberdade de imprensa nos Estados Unidos

A tradição libertária da liberdade de expressão, que reprova esforços estatais que busquem regular o direito à liberdade de imprensa, ainda que com o objetivo de promovê-lo, tem prevalecido na trajetória histórica de interpretação da Primeira Emenda pelos tribunais dos Estados Unidos.⁹³ A teoria democrática, contudo, viu seus preceitos ativistas triunfarem nas decisões judiciais por período de tempo do século XX, associado à vigência da *Fairness Doctrine*.

A *Fairness Doctrine* foi um conjunto de normas de cunho regulatório elaboradas pela FCC, *Federal Communications Commission*, agência reguladora norte-americana dedicada à área de comunicações eletrônicas. As normas ostentavam a finalidade de fazer com que os campos do jornalismo televisivo e radiofônico dedicassem percentual de tempo da programação à cobertura de matérias de interesse público, oferecessem espaço para apresentação de pontos de vista contrastantes acerca desses temas e garantissem o direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais.⁹⁴

O projeto de regulação norte-americano demonstrava preocupação com o impacto dos interesses meramente comerciais dos diretores das emissoras na escolha de pautas do jornalismo nos Estados Unidos, o que poderia causar um efeito inibidor nos fóruns de discussão acerca de

⁹² FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 8 p.

⁹³ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007. 5 p.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 6 p.

importantes temas de interesse público. A regulação era pautada na vontade do Estado de ver contemplados e satisfeitos todos os lados das controvérsias que permeavam a sociedade na época, de forma a promover a incontestável missão democrática da imprensa. A FCC deteria, então, poder de impor às emissoras uma cobertura mais equilibrada de temas controvertidos, a fim de que todos os pontos de vista fossem explicitados quando se tornasse evidente sua parcialidade.

Os esforços de regulação foram, portanto, justificados sob o potencial de corrigir as falhas de mercado inerentes às empresas de comunicação. Seja por seu objetivo precípuo de perseguição do lucro, seja por estarem filiadas a campos ideológicos específicos, interesses econômicos determinados ou até candidatos e partidos políticos, acreditava-se que as companhias que detêm o exercício do jornalismo deveriam agir sob algum tipo de balizamento, para que seus próprios proveitos não fossem sobrepostos ao direito do cidadão de ser adequadamente informado.⁹⁵

Como sugere Owen Fiss:

O mercado, pressionando a imprensa, pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certos candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecerem os interesses econômicos da imprensa. Em outras instâncias, a influência pode ser mais sutil: um simples desejo de maximizar lucros pode levar a imprensa a desdenhar questões que deveriam ser veiculadas mas que não serão porque não gerarão a receita desejada. Para contrapor os efeitos do mercado e libertar a imprensa dessas limitações, vários teóricos voltaram-se para o Estado.⁹⁶

O primeiro indício da concretização da *Fairness Doctrine* ocorreu em 1949, por meio da publicação de um relatório da FCC. O marco indiscutível de sua vigência, porém, data de 1959, quando o Congresso dos Estados Unidos emendou o parágrafo 315 da Lei de Comunicações que impunha às emissoras o cumprimento de obrigações de “operarem visando o interesse público e de assegurarem razoável oportunidade para a discussão de pontos de vista conflitantes em questões de importância pública”.⁹⁷

Finalmente, em 1969 a Suprema Corte foi, pela primeira vez, instada a se pronunciar sobre a constitucionalidade da *Fairness Doctrine*, quando do julgamento do caso *Red Lion Broadcasting*

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 7 p.

⁹⁶ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 102 p.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007. 6 p.

Co vs. Federal Communications Commission⁹⁸. O processo versava sobre ataque feito ao jornalista estadunidense Fred J. Cook pela emissora Red Lion, que havia fracassado em cumprir as obrigações da *Fairness Doctrine* ao não concedê-lo direito de resposta. A emissora alegou que a doutrina violara a Primeira Emenda já que esta lhe assegurava o direito de veicular, em sua programação, aquilo que desejasse.

A Suprema Corte não compactuou com tal entendimento. Em decisão unânime de relatoria do *Justice* Byron White, afirmou que, uma vez que as ondas eletromagnéticas utilizadas pelos rádio e televisão eram limitadas, a FCC detinha legitimidade para exigir que as emissoras licenciadas transmitissem, em suas programação, pontos de vista divergentes dos seus. Ficou decidido que a autonomia da emissora não era absoluta e que não deveria se sobrepor ao direito do público de acessar informações variadas sobre temas controvertidos.

Em 1987, no entanto, a vigência da *Fairness Doctrine* como paradigma regulatório da imprensa norte-americana, que já enfrentava objeções no âmbito da Suprema Corte, foi oficialmente posta em xeque. Após uma série de rearranjos na política institucional dos Estados Unidos, valendo-se de suas atribuições de ente regulador, a FCC declarou a inconstitucionalidade do conjunto de normas no caso *Syracuse Peace Council vs. WTVH*⁹⁹. O processo tratava da tentativa do canal WTVH de persuadir os telespectadores a aprovarem proposta de construção de uma usina nuclear sem que houvesse a veiculação de opinião contrária.

A decisão foi submetida a processo de revisão pela Corte de Apelação para o Distrito de Columbia¹⁰⁰, que confirmou a ordem da FCC sob o argumento de que o órgão agia de acordo com suas faculdades administrativas discricionárias. Discordando da tese, o Congresso dos Estados Unidos aprovou norma que tornava a *Fairness Doctrine* uma determinação legislativa. Seus esforços, no entanto, foram infrutíferos, já que, no mesmo ano, o presidente Ronald Reagan vetou a medida com base na premissa de que a regulação era inconstitucional.¹⁰¹

A presidência e a FCC argumentavam, ainda, que a pretensão da regulação era legítima, mas contraproducente, uma vez que a medida não produziria um farto e plural ambiente de

⁹⁸ 395 U.S. 367 (1969).

⁹⁹ *Syracuse Peace Council v. WTVH*, 2 F.C.C. Red. 5043 (1987)

¹⁰⁰ *Syracuse Peace Council v. FCC*, 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989)

¹⁰¹ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 110 p.

comunicação, mas, pelo contrário, inibiria as emissoras de veicularem temas controvertidos para que não fossem obrigadas a ocupar seu espaço de conteúdo divulgando teses contrárias a sua opinião.

É bem verdade que a Suprema Corte já havia dado indícios de mitigação da tese difundida no caso *Red Lion vs. FCC*, como bem se exprime da leitura conjunta dos casos *CBS vs. DNC*¹⁰², em 1973, *Miami Harold vs. Tornillo*¹⁰³, em 1974, e *Pacific Gás & Electric Co vs. Public Utilities Commission*¹⁰⁴, em 1986. O posicionamento da Corte nessas três demandas somados à releitura da *Fairness Doctrine* pela FCC foram, portanto, embasamento suficiente para a decisão do presidente Reagan¹⁰⁵, que revogou os esforços regulatórios da década anterior. A Suprema Corte seguiu tal entendimento e confirmou a supremacia da tese libertária que rechaça a regulação dos meios de comunicação, vigente até os dias de hoje nos Estados Unidos.

3.3. O marco regulatório da liberdade de imprensa no direito brasileiro

A extinção de toda e qualquer forma de censura proclamada pela Constituição de 1988 após severos anos de autoritarismo e repressão representou um divisor de águas na história política e jurídica brasileira.¹⁰⁶ O restabelecimento da democracia e a retomada das instituições consolidaram o direito à liberdade de expressão e trouxeram consigo novos desafios ligados a seu exercício. A Carta não só promulgou a restauração dos direitos ao livre pensamento e discurso, como também destinou cuidadoso capítulo à comunicação social, consagrando o direito à liberdade de imprensa e informação jornalística.

Além de assegurar a dimensão defensiva da liberdade de expressão, no momento em que destina flagrante preocupação pela proteção do discurso contra ingerências indevidas do Estado, é possível afirmar que a Constituição de 88 também celebrou sua dimensão protetiva.¹⁰⁷ A

¹⁰² 412 U.S. 94 (1973)

¹⁰³ 418 U.S. 241 (1974)

¹⁰⁴ 475 U.S.1 (1986)

¹⁰⁵ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 122 p.

¹⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 12 p.

¹⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 12 p.

preocupação atribuída ao enriquecimento e grau de inclusão do debate público é inegável, especialmente no que tange aos dispositivos que se destinam a balancear o poder potencialmente distorsivo das empresas de comunicação social sobre o discurso público. Conforme elucida o jurista Gustavo Binbenojm:

(os dispositivos) devem ser compreendidos como intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais e da ordem democrática traçados em esboço na Constituição. No vértice de tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.

Tal exegese é inicialmente exprimida da leitura do artigo 1º da Constituição¹⁰⁸, que consagra o pluralismo político como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Pode-se perceber a importância que o Constituinte Originário atribuiu ao princípio ao apresentá-lo como um dos alicerces do Estado, de forma que sua aplicação deve ser interpretada expansivamente, a fim de que abarque, não só o pluralismo político-partidário, mas também quaisquer concepções e ideias que tenham relevância para o comportamento político coletivo.¹⁰⁹

O pluralismo deve, portanto, ser compreendido como uma das normas que fundam a República e norteiam a hermenêutica constitucional, de modo a também guiar a interpretação de outros dispositivos. Percebe-se, assim, o valor que o princípio ostenta na temática da regulação dos meios de comunicação, tendo em vista o poder de influência que a mídia exerce na construção do debate público. É, então, justificável, a importância que o pluralismo traja, e o espaço que deve ocupar na balança da ponderação, em nome da promoção de um discurso múltiplo e diversificado.

A mitigação da hegemonia da liberdade de imprensa e o triunfo da efetivação de sua dimensão positiva também podem ser expressos quando da leitura dos dispositivos do ordenamento pátrio que consagram o direito de resposta. Conforme esclarece Gustavo Binbenojm, “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.”¹¹⁰

¹⁰⁸ CRFB/88: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 13 p.

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5,

A Constituição reservou espaço próprio de validação dessa garantia em seu artigo 5º V¹¹¹. Durante a ditadura militar, o exercício do direito de resposta era regulado pela lei nº 5.250 de 1967, popularmente conhecida como lei de imprensa, cuja vigência se estendeu até 2009, quando o Supremo Tribunal Federal determinou sua invalidade frente ao texto de 1988.

Por meio do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, o STF estabeleceu a não recepção da referida lei pela Constituição, gerando uma lacuna jurídica no que se refere ao direito de resposta. A fim de tentar preencher o espaço vazio deixado pela decisão do STF, foi ajuizada, em 2010, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 10, que instava o tribunal a se manifestar sobre o tema. Antes que a demanda fosse julgada, a Câmara Legislativa brasileira aprovou a lei nº 13.188 de 2015, que consolidou a garantia, constituindo mais um freio à supremacia da liberdade de imprensa.

O direito de acesso à informação também pode ser interpretado como uma forma de balizamento da liberdade de imprensa, quando concebido como direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral. A Constituição assegura, assim, o direito do público de ser propriamente informado e o dever jornalístico de veiculação de temas de relevância social, como, por exemplo, pautas relacionadas ao governo e às eleições.¹¹² Essa leitura do direito de acesso à informação dialoga com a inteligência do artigo 221¹¹³ da Constituição, que determina que a programação das emissoras de rádio e televisão deve atender a princípios constitucionalmente consagrados, como a preferência a finalidades educativas e informativas e o respeito a valores éticos e sociais.

Além do estabelecimento do pluralismo como um dos objetivos precípuos do Estado Democrático de Direito, e da consolidação da garantia de resposta e do direito de acesso à informação, que representam óbices à primazia absoluta da autonomia editorial dos órgãos de

fevereiro, março, abril, 2006. 14 p.

¹¹¹ CRFB/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

¹¹² BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 15 p.

¹¹³ CRFB/88: Art. 221. 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.

imprensa, a Constituição freou, mais uma vez, os anseios de soberania dos meios de comunicação ao contemplar, no artigo 220 §5º a vedação de monopólios e oligopólios. Essa norma pode ser interpretada como uma tentativa do Constituinte de banir, não a censura do governo, mas aquela exercida pelos próprios meios de comunicação, decorrentes de motivações econômicas, políticas ou ideológicas de seus editoriais.¹¹⁴

A Constituição de 1988 determinou, ainda, no artigo 224¹¹⁵, a instituição de um Conselho de Comunicação Social, que foi regulado pela lei nº 8.389 de 1991. O grupo é órgão auxiliar do legislativo, e é composto por representantes de empresas de rádio, televisão, imprensa escrita, além de profissionais dessas mesmas áreas e membros da sociedade civil. Cumpre ressaltar, no entanto, que o Conselho de Comunicação não desempenha, atualmente, a função de uma agência reguladora dedicada a fiscalizar o preenchimento dos parâmetros de regulação estabelecidos pela Constituição, mas apenas um emissor de pareceres não vinculantes acerca de projetos de leis ou temas relevantes relacionados ao direito das comunicações no país¹¹⁶.

Exemplo prático do exercício da regulação da liberdade de imprensa no Brasil é a vigência do artigo 47 da lei nº 9.504 de 1997, que estabelece normas para eleições. O dispositivo determina que as emissoras de rádio e televisão devem reservar, nos trinta e cinco dias anteriores às eleições, horário destinado à divulgação da propaganda eleitoral gratuita, a fim de que os eleitores possuam canais acessíveis de informação acerca dos candidatos que protagonizam a disputa eleitoral.

Além do horário eleitoral gratuito, as rádios comunitárias representam outra amostra dos esforços estatais de promover o pluralismo no campo dos meios de comunicação. A partir do advento da lei nº 9.612 de 1998, regulamentada pelo decreto nº 2.615 do mesmo ano, foram fundadas as rádios comunitárias no Brasil, espaços de radiodifusão destinados a fundações e associações comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente excluídos do debate público e condenados à invisibilidade social.¹¹⁷

¹¹⁴BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 13-14 p.

¹¹⁵CRFB/88: Art. 224. Para os efeitos do disposto neste Capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

¹¹⁶BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 14-15 p.

¹¹⁷BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006. 17 p.

Conforme se pode aferir da leitura dos dispositivos constitucionais e da ampla estrutura legislativa que proclamam o direito público de se expressar, o ordenamento brasileiro foi vitorioso na simultânea proteção das dimensões protetiva e defensiva da liberdade de expressão. Obteve êxito na preservação da autonomia dos órgãos editoriais no processo de produção de seu conteúdo, mas também contemplou textualmente a importância da pluralidade, riqueza e inclusão no âmbito do debate público.

Ocorre, contudo, que a existência de amplo arcabouço de proteção da liberdade de expressão não impediu descompasso entre a vontade do Constituinte e a realidade social do Brasil. A despeito da vigência do moderno marco regulatório esmiuçado no presente trabalho, bem como dos exemplos narrados, conservam-se, até os dias de hoje, profundas disparidades entre o texto e as verdadeiras condições do exercício da liberdade de expressão no país. Conforme ressaltou o professor e ex-prefeito de São Paulo Fernando Haddad em entrevista concedida recentemente à revista Piauí¹¹⁸, a mídia brasileira opera por meio de um oligopólio composto por poucas empresas que detém a totalidade dos meios de comunicação.

O acadêmico chama atenção ao fato de que os conglomerados econômicos que controlam a mídia brasileira compactuam, na maioria dos casos, da mesma opinião política, inviabilizando a existência do contraditório e de um debate verdadeiramente plural e democrático. Essa visão pode ser ilustrada por meio da leitura da recente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.613, ajuizada pela ANJ, Associação Nacional de Jornalistas, cuja finalidade é impossibilitar a atuação de portais de informação estrangeiros em língua portuguesa, tais como El País Brasil, BBC Brasil e The Intercept Brasil, que constituem, hoje, a mais expressiva oposição à grande mídia brasileira.

Invocando o juízo do artigo 222 da Constituição, que reserva aos brasileiros natos a propriedade de empresas jornalísticas, a ANJ reclama a inconstitucionalidade da lei nº 10.610 de 2002, que não abrangeu os portais estrangeiros da internet no seu escopo de regulação. É importante observar que a *ratio* do artigo 222 é a de vedar eventual invasão e alastramento da imprensa estrangeira no mercado jornalístico brasileiro. O freio parece atender ao fim da promoção da liberdade de expressão, uma vez que uma das atribuições dos meios de comunicação é justamente a

¹¹⁸ HADDAD, Fernando. Vivi na pele o que aprendi nos livros: um encontro com o patrimonialismo brasileiro. Revista Piauí, São Paulo, edição nº 129, jun 2017. < <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/vivi-na-pele-o-que-aprendi-nos-livros/>> Acessado em 07/06/2017

propagação de ideais nacionais, tais como soberania, identidade, língua e cultura, objetivos que estariam em risco caso o mercado da imprensa no Brasil fosse substituído por conglomerados advindos do exterior.

Restrição semelhante ao domínio da internet, no entanto, se revelaria desarrazoada, já que o sistema de rede não está sujeito à mesma dominação de mercado que os outros meios de comunicação. Da forma como é constituída, a internet é pautada no princípio da neutralidade, é aberta e está submetida a escala mundial, na qual o conteúdo produzido e disponibilizado é independente da capitalização ou procedência de seu emissor, e é acessível a todos os seus usuários, de forma que não há fundamento para regulação dessa natureza. Tal restrição viria, então, não a fim de proteger, mas de inibir o direito à liberdade de expressão.

Conclui-se, assim, que apesar de o texto constitucional brasileiro representar um marco de promoção dos ideais democráticos da liberdade de expressão e imprensa, fundado no pluralismo e no incentivo de um mercado de ideias diversificado e acessível, subsiste, ainda nos dias de hoje, flagrante defasagem entre seu conteúdo e a realidade vigente no Brasil contemporâneo.

4. A liberdade de expressão no caso concreto: estudo acerca da ADPF nº 379

A conclusão do capítulo anterior da presente monografia abrangeu reflexão acerca de intervenção estatal que, ao invés de fomentar, inibe a liberdade de expressão. Conforme exposto, a pretensão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.613 de eliminar do mercado portais de internet estrangeiros dedicados à cobertura jornalística parece atuar em desfavor do direito à informação, livre manifestação e circulação de ideias.

O objetivo do presente excerto, contudo, é trazer à baila exemplo de esforços de regulamentação da liberdade de expressão que, pelo contrário, atue em favor de sua promoção, ao invés de em seu prejuízo. Para tanto, será realizada análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 379, ajuizada em 2015 pelo PSOL, Partido Socialismo e Liberdade.

A primeira consideração a ser feita acerca da ADPF deve abarcar seu regime de vigência, instituído pelo artigo 102 §1º da Constituição de 1988, e regulamentado pelo advento da lei nº 9.882 de 1999. Trata-se de ação constitucional que se destina a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.¹¹⁹

Em termos práticos, o fito da ADPF nº 379 é impugnar, no Supremo Tribunal Federal, a concessão de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuam políticos em seu quadro de sócios ou associados. Categoricamente, a ação assim enumera os atos do Poder Público que pretende questionar no miolo de sua petição inicial:

(i) a outorga e a renovação, pela União (Presidência da República e Ministério das Comunicações), de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos;

(ii) a aprovação, pelo Congresso Nacional, da outorga ou da renovação de concessões, permissões e autorizações de radiodifusão a pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos;

(iii) a diplomação, pelo Poder Judiciário, de políticos eleitos que são, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão;

(iv) o empossamento, pelo Poder Legislativo, de políticos eleitos que são, direta ou indiretamente, sócios ou associados de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de radiodifusão; e

(v) a omissão da União (Ministério das Comunicações) em fiscalizar as concessões, permissões e autorizações de radiodifusão de forma a evitar a continuidade da prestação do serviço de radiodifusão por pessoas jurídicas que possuem políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados, diretos ou indiretos.¹²⁰

A pretensão da ADPF nº 379 de breçar a outorga de concessões de radiodifusão a políticos se relaciona intimamente com a matéria dessa monografia. Conforme se demonstrará ao longo dessa análise, o entrelaçamento promíscuo daqueles que exercem o poder político com a atividade da imprensa, cuja função primordial é realizar a fiscalização desse mesmo poder, é incompatível com a vigência do Estado Democrático de Direito. Seriam, assim, legítimas, as investidas de certos

¹¹⁹ Lei nº 9.882/99. Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

¹²⁰ Petição Inicial da ADPF nº 379. 5 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

setores do Estado que buscam regulamentar a atividade em nome de viabilizar o amplo acesso à liberdade de expressão.

Antes de adentrar à seara dos argumentos aludidos pela ação para justificar sua objeção quanto à outorga e renovação de concessão da radiodifusão a políticos, é fundamental que sejam grifadas considerações que a petição inicial da ADPF examinada traz acerca da própria radiodifusão, e da razão que fundamenta a defesa de que tal serviço deva ser operado nos termos de concessão do Poder Público.

Primeiramente, cumpre afirmar que a atividade da comunicação via rádio deve ser subordinada ao regime constitucional de proteção à liberdade de imprensa. Juntamente com a televisão, a imprensa escrita e, atualmente, as mídias da internet, o rádio integra a espinha dorsal do exercício dos meios de comunicação.

Efetivamente, pode-se afirmar que a radiodifusão e a televisão são os principais órgãos de imprensa, em razão de desfrutarem de amplo poder de penetração e influência na sociedade. Dados elencados na petição inicial da ADPF, oriundos de pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, indicam que televisão e rádio estão presentes em 98% e 78% dos domicílios do Brasil, respectivamente.¹²¹

Esses números são extremamente relevantes, quando se está diante de um país com as dimensões e realidade social do Brasil, no qual grande parcela da população não tem recursos para acessar fontes de informação e produtos culturais de conteúdo diversificado. Nesses casos, a televisão e o rádio constituem, para esses indivíduos, a principal fonte de entretenimento e informação.

A radiodifusão, no entanto, encontra balizamentos físicos para seu exercício. Conforme reconhecido pelo artigo 157 da Lei Geral de Telecomunicações, de nº 9.472/1997, “o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público, administrado pela Agência.” A limitação a que o artigo 157 se refere diz respeito à escassez da oferta das ondas de

¹²¹ Petição Inicial da ADPF nº 379. 48-49 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

frequência do rádio, que determinam que a veiculação do conteúdo seja exercida por um número restrito de canais.

Há ainda que se considerar que, além de fisicamente escasso, o rádio é, também, economicamente exíguo: o setor exige altos investimentos pecuniários para entrada e permanência no mercado, e oferece elevados custos de produção e transmissão. Pode-se concluir que, diferentemente das mídias *online* e impressa, a radiodifusão é atividade desempenhada com exclusividade, de forma que não há espaço físico nem condições financeiras para que todos os indivíduos interessados usufruam de um veículo de comunicação dessa espécie.¹²²

Foi em função dessas duas sortes de escassez que o Constituinte optou por determinar, em seu artigo 21, XII, “a” a atribuição da União de explorar o serviço de radiodifusão mediante autorização, concessão ou permissão.¹²³ Ao arranjo do artigo 21, soma-se o artigo 223, que determina a competência do Poder Executivo de “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.”¹²⁴

A divisão instaurada pela vigência do artigo 223, que desmembrou o rádio em três vertentes, estatal, pública e privada, concedeu ao Estado canal especialmente destinado à comunicação entre aqueles que exercem o poder e os indivíduos a ele subordinados. A parcela estatal do rádio foi concebida como um veículo de interlocução do governo com a população, apto a compartilhar com os cidadãos as decisões concernentes a matérias de relevância pública.

A esfera pública, por sua vez, teria a incumbência de agir como porta-voz dos interesses da sociedade, emprestando pluralismo, diversidade e representatividade aos meios de comunicação. Ocorre que, ao invés de ocuparem o espaço que lhes é constitucionalmente assegurado, os políticos titulares de mandatos eletivos desafiam o discernimento da Constituição e se enveredam pela esfera privada, que domina o mercado da radiodifusão, desrespeitando o princípio da complementaridade. Considerando a escassez do espectro de ondas destinados à atividade da radiodifusão, o propósito

¹²² Petição Inicial da ADPF nº 379. 57 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

¹²³ CRFB/88: Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

¹²⁴ CRFB/88: Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

do artigo 223 é constituir limite à atuação do Estado, preservando os meios de comunicação de intromissões indesejadas, já que eles exercem papel imprescindível na democracia.

A ADPF nº 379 chama atenção ao fato de que a imprensa foi concebida como um instrumento de controle e fiscalização do poder, que deveria, principalmente, se prestar a transmitir as demandas, críticas e expectativas da sociedade civil às autoridades. Por intermédio dos meios de comunicação, os cidadãos têm o encargo de supervisionar o exercício do poder, e para tanto, devem assumir posição antagônica à administração: “ao lado da participação direta nos poderes estatais, a imprensa constitui uma importante forma de participação da sociedade civil no exercício do poder público.”¹²⁵

A participação de políticos titulares de mandatos eletivos como sócios de pessoas jurídicas concessionárias, permissionárias ou autorizadas de radiodifusão impede que a real função da imprensa seja exercida, além de possibilitar que tais emissoras filtrem e restrinjam informações e opiniões na medida dos interesses de seus sócios. A interdição do poder dos cidadãos de inspecionar a atividade política por meio da imprensa contraria o princípio da soberania popular consagrado pelos artigos 1º e 14 da Constituição, e constitui uma afronta à ordem democrática.

A atuação de políticos como proprietários ou sócios de meios de comunicação também prejudica severamente a autonomia da imprensa perante o Estado. O Poder Público exerce importante papel na promoção da liberdade de expressão quando protege sua dimensão positiva e objetiva e age para garantir a existência de condições básicas de pluralismo e diversidade no debate público. O dever-poder do Estado de atuar positivamente sobre o sistema de comunicação não pode, contudo, retirar da imprensa sua independência, atributo essencial para que a atuação do Estado seja verdadeiramente fiscalizada e as demandas da população verdadeiramente atendidas.

A Constituição assegura, no *caput* do artigo 220, a autonomia da imprensa ao afirmar 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 nesta Constituição”. O preceito que preserva a independência dos meios de comunicação é incompatível com a prática recorrente da concessão de serviços de rádio a políticos que ocupem cargos eletivos.

¹²⁵ Petição Inicial da ADPF nº 379. 49-51 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

Se a função da imprensa é justamente a de fiscalizar a atividade daqueles que exercem os poderes estatais, como poderiam esses mesmos, os detentores do poder, agir como fiscais de seu próprio ofício? Como elucidado na petição inicial da ADPF, a imprensa deixaria de ser instrumento de fiscalização para tornar-se instrumento de manipulação da população.¹²⁶

Conceder a políticos eleitos a autorização de controle dos meios de comunicação disponíveis também significa lhes conferir autoridade para determinar quais serão as agendas da mídia, que informações serão difundidas ou vetadas no mercado de ideias, bem como utilizar a imprensa para se autopromover, manobrar a opinião pública em favor de seus próprios projetos ou, ainda, prejudicar seus opositores. Tendo em vista que se está diante de um bem público escasso, atribuir a restrita exploração do rádio a políticos implica em retirar da sociedade civil um importante instrumento de participação no exercício e vigilância do poder.

A outorga de radiodifusão a políticos não é só inconstitucional pela perspectiva da autonomia da imprensa, mas também, do direito à informação, assegurado pelo artigo 5º, XIV¹²⁷ da Constituição. Isso porque a atuação das operadoras de rádio está, nesse caso, necessariamente atrelada às ambições dos políticos que as detêm, o que inviabiliza a veiculação de informações que contraditem seus interesses particulares, ainda que sejam relevantes para a coletividade. Como seria possível garantir que tais políticos priorizariam o interesse público do cidadão de ser informado em detrimento de suas próprias conveniências e benesses?

A questão das eleições também merece especial atenção. Um dos pressupostos estruturais da democracia fundamenta-se na aptidão dos cidadãos para analisar e eleger o candidato que julguem melhor preparado para defender seus interesses no âmbito estatal. Os indivíduos também devem gozar de condições iguais para disputar eleições e participar da vida política ao longo de um determinado mandato eletivo.

¹²⁶ Petição Inicial da ADPF nº 379. 56 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

¹²⁷ CRFB/88: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

A concessão da radiodifusão a políticos, no entanto, desafia as condições de isonomia entre os indivíduos ao favorecer um ou outro partido ou político presenteando-o com direito de explorar tal atividade. Essa licença concedida pelo próprio Estado permite que certas lideranças ou partidos detenham espaço em veículos de comunicação de massa que outros não têm, contrariando os princípios do pluralismo e igualdade, fundantes da ordem democrática.

O serviço de radiodifusão confere vasto poder de influência aos seus detentores, especialmente em razão do amplo alcance que tal comunicação proporciona. Pode-se imaginar o tamanho do impacto da utilização do rádio como plataforma política, sobretudo ao longo do processo eleitoral. Além de ser prejudicial ao convencimento dos indivíduos, que deveriam ter acesso semelhante aos projetos de todos os candidatos concorrentes, a concessão do rádio a políticos é, também, nociva aos outros candidatos que não controlam emissoras de radiodifusão, e que iniciam seu percurso na corrida eleitoral em flagrante desvantagem, por não desfrutarem das mesmas condições de divulgação de seus materiais e ideias.

Conforme mencionado na petição inicial da arguição ora analisada, “em outras palavras, o controle de emissoras de radiodifusão por políticos prejudica o processo eleitoral e o exercício do mandato eletivo, podendo tornar a eleição um mero processo de homologação dos detentores de poder.”¹²⁸

Além de desafiar os direitos fundamentais de autonomia da imprensa, liberdade dos meios de comunicação e de informação, pluralismo e a realização de eleições livres, a outorga de concessão do serviço de rádio a políticos também contrapõe-se ao disposto no artigo 54 I, “a” e II “a” da Constituição de 1988¹²⁹.

A leitura desses dispositivos não deixa margem para interpretações contrárias no momento que veda, expressamente a manutenção de contratos entre deputados e senadores e empresas concessionárias de serviço público, no caso, a radiodifusão. O dispositivo proíbe ainda que os parlamentares sejam proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor

¹²⁸ Petição Inicial da ADPF nº 379. 63 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

¹²⁹ Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público. Assiste razão ao ordenamento, que age a fim de que se evite conflitos de interesses particulares e públicos no exercício do mandato eletivo dos congressistas.

De fato, as concessionárias e permissionárias de radiodifusão mantêm contrato com pessoa jurídica de direito público, já que uma das partes do contrato de concessão ou permissão de radiodifusão é a União. A autorização da operação desse serviço por políticos, portanto, se choca flagrantemente com o ordenamento constitucional.

Pela violação de todos os dispositivos expostos, quais sejam, o direito à liberdade de expressão e informação, a autonomia da imprensa, a complementaridade entre os sistemas público, privado e estatal de radiodifusão, e, finalmente, a *ratio* do artigo 54, a petição inicial da ADPF nº 379 requer que o STF declare inconstitucional a atuação dos políticos que detenham concessões do serviço de radiodifusão, proibindo:

- (i) União (Presidência da República e Ministério das Comunicações) de outorgar ou renovar, a partir da data da concessão da medida liminar, concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto;
- (ii) o Congresso Nacional de aprovar, a partir da data da concessão da medida liminar, concessão, permissão ou autorização de radiodifusão a pessoa jurídica que possua político titular de mandato eletivo como sócio ou associado, direto ou indireto;
- (iii) o Poder Judiciário de diplomar, a partir da data da concessão da medida liminar, político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão; e
- (iv) o Poder Legislativo de dar posse, a partir da data da concessão da medida liminar, a político eleito que seja, direta ou indiretamente, sócio ou associado de pessoa jurídica concessionária, permissionária ou autorizatória de radiodifusão.¹³⁰

Independente do seu resultado, o julgamento da ADPF nº 379 representará um símbolo do caminho escolhido pelo Estado brasileiro na promoção do direito à liberdade de expressão e imprensa.

¹³⁰ Petição Inicial da ADPF nº 379. 128 p. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4900898>> Acesso em 13/06/2017 as 15:30.

5. Conclusão

O presente trabalho objetivou enaltecer a relevância do direito fundamental à liberdade de expressão para o pleno funcionamento do Estado de Direito. A livre manifestação, circulação de informações e ideias e, principalmente, a liberdade de imprensa, constituem condições inexoráveis de qualquer regime que se pretenda democrático, e quaisquer restrições concernentes ao desfrute dessas garantias devem ser analisadas com a máxima cautela.

Procurando encontrar uma fórmula que contemple a liberdade de expressão em sua configuração mais eficaz, considerando a importância do pluralismo e da presença de vozes diversificadas que representem os múltiplos setores da sociedade no debate público, foram expostas duas percepções que discordam acerca do papel do Estado na promoção do direito.

Enquanto a teoria libertária, encampada pela jurisprudência norte-americana atual, acredita na promoção da liberdade de expressão por meio da abstenção do Estado, arguindo que qualquer ingerência estatal teria o condão de cerceá-la, a teoria democrática defende que o direito não estará integralmente contemplado enquanto o Estado não proporcionar condições mínimas para assegurá-lo.

A fundamentação de tal discussão teórica, que contrasta as dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão, foi projetada no plano concreto por meio do estudo dos ordenamentos brasileiro e estadunidense, que conferem tratamentos distintos ao direito, em razão de suas diferentes condições jurídicas, históricas e sociais.

A partir da análise de cada um desses sistemas, buscou-se demonstrar que as liberdades de expressão e imprensa ostentam dimensão dúplice, de forma que se apresentam tanto como garantias liberais negativas quanto como prerrogativas positivas, que reclamam a atuação do Estado que vise sua proteção e promoção.

A elevação da qualidade do debate público, bem como a segurança de que o maior número possível de pontos de vista distintos estarão contemplados no mercado de ideias, devem ser concebidas como objetivos precípuos do Estado, que desempenha papel decisivo ao, simultaneamente, respeitar os limites externos da liberdade de expressão e promover as condições

necessárias para que os temas de interesse público sejam discutidos da forma mais democrática e inclusiva possível.

A regulamentação do direito à liberdade de imprensa deve ser engendrada com o intuito de corrigir as falhas naturais do livre mercado no domínio dos meios de comunicação, haja vista a importância crucial da circulação de opiniões divergentes para que os cidadãos possam formar seus convencimentos, opinar e participar da construção de uma sociedade que reflita seus anseios e crenças.

Conforme exposto ao longo da presente monografia, a atividade de regulação da liberdade de expressão deve ser feita com o máximo de prudência possível, com a finalidade de evitar que o Estado não caia na armadilha do controle de conteúdo, figurado nas formas de censura, que os brasileiros tão bem conhecem, graças aos sórdidos tempos de vigência da ditadura civil-militar.

A regulação aqui defendida é aquela que prioriza a publicidade de temas de interesse público e garante a diversidade e a circulação de opiniões, a fim de que os indivíduos sejam livres para agir em nome de seu autogoverno, bem como para que conheçam e participem da tomada de decisões do Estado que lhes disser respeito, conferindo legitimidade ao exercício do poder.

Fazer um exame acerca do desempenho da liberdade de expressão no Brasil desde o advento da Constituição de 1988 significa concluir que sua dimensão defensiva funciona em harmonia com os preceitos do Estado de Direito: não há censura e os cidadãos podem opinar livremente sobre assuntos que desejarem. Por outro lado, a esfera positiva da liberdade de expressão ainda encontra obstáculos. Os meios de comunicação de massa não são acessíveis àqueles que não têm poder aquisitivo e capacidade de influência, e as minorias não têm meios para veiculação de seus ideais. Dessa forma, a imprensa age em desfavor da democracia, o que representa um contrassenso com a sua atividade primordial.

Embora a distorção dos meios de comunicação oriunda das forças de mercado ainda seja uma realidade no Brasil, a atuação do Estado que pretende projetar a composição de uma imprensa mais plural, acessível e democrática é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição fornece os delineamentos necessários para que esse tipo de experimentação seja implementada na prática, o que não ocorre devido à influência que as empresas detentoras dos meios de comunicação praticam no exercício do poder.

Por sua vez, a experiência norte-americana de regulamentação dos meios de comunicação a partir do advento da *Fairness Doctrine*, explorada nesse trabalho, representa um indício de que a busca por normas que balizem o comportamento da imprensa a fim de proporcionar doses de pluralismo ao debate público está em conformidade com a ordem democrática, desde que seguramente preservadas as garantias de livre manifestação.

Além da *Fairness Doctrine*, o estudo de caso que integra o capítulo 4 do presente trabalho também foi trazido à baila como forma de corroborar a tese que advoga em favor da regulamentação da atividade da imprensa no Brasil. A ADPF nº 379, que objetiva o fim das concessões dos serviços de radiodifusão a políticos, é claro exemplo de regulamentação cujo fim seria a promoção da liberdade de expressão, e não sua restrição. Conforme restou demonstrado, a outorga de operação de rádios a políticos lesa o princípio da autonomia da imprensa, o direito à informação, a realização de eleições livres, o pluralismo, ou seja, a própria ordem democrática.

A constante recusa dos três poderes do Estado brasileiro, legislativo, executivo e judiciário, em se debruçar na sensível temática concernente à regulamentação da atuação da imprensa faz com que a arena pública se sujeite aos interesses de empresários donos de veículos de comunicação social, cujos anseios não estão necessariamente atrelados aos fins pretendidos pela Constituição de 1988.

A timidez excessiva do Estado no que tange à atuação dos meios de comunicação confere a grandes grupos privados o controle das agendas da mídia. Não se argumenta de forma alguma que deva ser o Estado o responsável pela determinação do que será discutido nos fóruns da sociedade. Isso representaria uma afronta à democracia, cuja manutenção depende de uma imprensa independente, livre e desimpedida para fiscalizar e contestar as decisões do governo quando os indivíduos julgarem necessário. Ocorre, contudo, que a postura estatal absentéista atrela o usufruto desse direito ao capital de influência detido por cada cidadão na sociedade, o que também parece ser antidemocrático.

Da forma como a imprensa é concebida no Brasil hoje, os cidadãos não tem direito à fruição das garantias constitucionais à liberdade de expressão. Elas estão disponíveis apenas para a compra. Desse modo, não se permite que os indivíduos, verdadeiros titulares desses direitos, os desfrutem propriamente. Assim, o presente trabalho é concluído com um chamado para a urgência de

encontrar um meio termo de regulação apto a garantir a preservação da autonomia e independência dos meios de comunicação, mas que contemple, igualmente, todas as vozes que desejem ser escutadas no debate público.

Referências Bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, n. 5, fevereiro, março, abril, 2006.

BARENDT, Eric; BOSLAND Jason; CRAUFURD-SMITH; Rachael, HITCHENS, Lesley. Media Law: Text, Cases and Materials. Harlow: Pearson, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 235, janeiro, fevereiro, março, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e Diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEIKLEJOHN, Alexander. Political Freedom: The Constitutional Powers of The People. New York: Oxford University Press, 1965.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11a edição. São Paulo: Saraiva, 2016. 263 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. In: George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (Coords.). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. 503-538p.

MILL, John Stuart. On Liberty. New York e Melbourne: The Walter Scott Publishing Co., Ltd, 2011. E-book. ISO-8859-1. Disponível em: < <https://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm> > Acesso em 13/04/2017. 29-107 p.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do STF. In: Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2012. 38-41 p.

SARMENTO, Daniel. Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Parecer não publicado. Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, agosto, 2007.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de direito constitucional. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCALON, Thomas. A Theory of Freedom of Expression. In: Philosophy and Public Affairs. Vol. 1, No. 2, p. 204-226. 216 p.

SCHAUER, Frederick. The Exceptional First Amendment. Faculty Research Working Papers Series, fevereiro, 2005.

SCHREIBER, Simone. A Publicidade Opressiva de Julgamentos Criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 60-68 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. 245 p.

STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: Tom Ginsburg e Rosalind Dixon (Eds.). Comparative Constitutional Law. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc, 2011. 406 p.

SUNSTEIN, Cass. The partial constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1998.