



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

**CONDICIONANTES DEMOCRÁTICAS DA COMUNICAÇÃO SOCIAL:  
CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**ERMELINO COSTA CERQUEIRA**

**SÃO CRISTÓVÃO (SE)**

**2015**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - POSGRAP**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

**CONDICIONANTES DEMOCRÁTICAS DA COMUNICAÇÃO SOCIAL:  
CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**ERMELINO COSTA CERQUEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Área de atuação: Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva.

**SÃO CRISTÓVÃO (SE)**

**2015**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA - POSGRAP**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

**CONDICIONANTES DEMOCRÁTICAS DA COMUNICAÇÃO SOCIAL:  
CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

**ERMELINO COSTA CERQUEIRA**

Aprovada em: \_\_\_\_ \_\_\_\_ \_\_\_\_

---

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (Orientador)  
Programa de Pós-Graduação em Direito/UFS

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva  
Programa de Pós-Graduação em Direito/UFS

---

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima  
Programa de Pós-Graduação em Direito/Unifor

**SÃO CRISTÓVÃO (SE)**

**2015**

Aos meus primeiros mestres, Luiz e Nadja, com os quais compreendi o valor dos estudos.

À Rosi e Luís Felipe, que me ensinam diariamente o sentido do verdadeiro amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva, cuja generosidade e atenção estão subliminarmente gravadas nas orientações que guiaram com excelência a construção desse trabalho.

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e ao Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima pela distinção emprestada à defesa.

À minha amada Rosi, sem a qual nenhum passo da minha vida vale a pena.

Ao Prof. Me. Augusto César Leite de Resende, que fraternalmente dividiu comigo sua virtuosa formação acadêmica.

Aos colegas defensores públicos Jesus Jairo Almeida de Lacerda e Jorge Raimundo Valença Teles de Menezes, referências na carreira e fundamentais para minha dedicação exclusiva na reta final.

Ao Prof. Dr. Pedro Durão pela confiança ao oportunizar-me a docência.

A todos os colegas de mestrado e professores do Prodir/UFS pela riqueza dos debates e prazerosa convivência.

## RESUMO

A partir da análise da interdependência entre os conceitos de democracia e esfera pública, o presente trabalho investiga o alcance do direito fundamental à liberdade de expressão, notadamente quando realizado através dos meios de comunicação de massa, e suas hipóteses de judicialização, principalmente quando esta se dá mediante uma tutela preventiva que interdite o ato de comunicar. Para tanto, inicialmente são abordadas as concepções procedimentais de democracia desenvolvidas a partir de meados do século XX por Joseph Schumpeter, Norberto Bobbio, Robert Dahl, Boaventura de Souza Santos e Jürgen Habermas, sublinhando-se em todas o papel da liberdade de expressão e sua importância para a constituição da esfera pública, cujo conceito e pressupostos apresentados nas obras daquele último são utilizados para a fixação das condicionantes indispensáveis à configuração democrática dos meios de comunicação social. De acordo com esses parâmetros o trabalho explora o regime constitucional da liberdade de expressão e da comunicação social e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal a partir da decisão que declarou não recepcionada pela Constituição de 1988 a antiga lei de imprensa, abordando as mais recentes decisões da Corte que têm emprestado um caráter absoluto à liberdade de expressão segundo um amplíssimo conceito de censura, ao expurgar quase que por completo da apreciação judicial o produto da atividade midiática através de um padrão argumentativo ultraliberal e que ignora a estrutura desigual e concentrada dos instrumentos de exercício das liberdades comunicativas.

**Palavras-chave:** Democracia. Esfera Pública. Liberdade de Expressão. Censura.

## **ABSTRACT**

Based on the analysis of the interdependence between the concepts of democracy and the public sphere, this study investigates the reach of the fundamental right to freedom of expression, especially when conducted through media communication and their chances of litigation, distinctively when it occurs by an inhibitory guardianship that forbids the act of communicating. To that end, the procedural conceptions of democracy developed from the mid-twentieth century by Joseph Schumpeter, Norberto Bobbio, Robert Dahl, Boaventura de Souza Santos and Jürgen Habermas are initially addressed. Each conception emphasizes the role of freedom of expression and its relevance to the public sphere formation, whose concept and assumptions displayed in the works of the aforementioned authors are used for establishing the essential conditioning factors to the media democratic setting. Under these parameters, the study explores the constitutional system of freedom of expression and of media and its Supreme Federal Court interpretation through the decision that declared the former press law non-compatible by the Constitution of 1988, covering the latest court decisions that have attributed an absolute tone to freedom of expression according to a vast concept of censorship, eliminating almost completely from judicial consideration the product of media activity through an ultra-liberal argumentative standard that ignores the unequal and concentrated structure of communication freedoms operating instruments.

**Keywords:** Democracy. Public Sphere. Freedom of Expression. Censorship.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	6
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - DEMOCRACIA E OPINIÃO PÚBLICA .....	20
1.1 - AS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA DO SÉCULO XX .....	20
1.2 - LIBERDADE E CONSTITUCIONALISMO .....	31
1.3 - A ORIGEM E O DESVIRTUAMENTO DA ESFERA PÚBLICA .....	38
1.4 - ESFERA PÚBLICA MIDIÁTICA E A DEMOCRACIA MODERNA .....	44
1.5 - CONDICIONANTES DEMOCRÁTICAS DA COMUNICAÇÃO SOCIAL A PARTIR DO DELIBERACIONISMO.....	54
CAPÍTULO II - DIMENSÃO JURÍDICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL.....	67
2.1 - DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	67
2.2 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL “MÃE” ..	69
2.3 - DIMENSÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....	73
2.4 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO MASSIFICADA: COMUNICAÇÃO SOCIAL .	75
2.5 - A COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	80
2.6 - A IMPRENSA COMO UMA DAS POSSIBILIDADES DA COMUNICAÇÃO SOCIAL.....	83
CAPÍTULO III - A LIBERDADE DE IMPRENSA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF .....	86
3.1 - A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	86
3.2 - INTERVENÇÃO DO ESTADO NA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO .....	88
3.3 - A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 130 .....	90
3.3.1 - A arguição de descumprimento de preceito fundamental .....	91
3.3.2 - A não recepção da lei n. 5.250/67 pela constituição de 1988 .....	96
3.4 - EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADPF N. 130 .....	104
3.4.1 - Dispensa da formação superior em jornalismo e inscrição em órgão estatal .....	104
3.4.2 - Inconstitucionalidade de restrições da lei eleitoral .....	104
3.4.3 - Suspensão de decisões condenatórias por danos morais.....	105
3.4.4 - Suspensão de decisões que concedem direito de resposta ou determinam a publicação de sentenças condenatórias pelo veículo ofensor.....	107
3.4.5 - Suspensão de decisões que obstam a veiculação de conteúdos .....	108
CAPÍTULO IV - RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS ÀS LIBERDADES COMUNICATIVAS.....	113
4.1 - A EXTENSÃO DA ADPF N. 130 QUANTO ÀS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À LIBERDADE DE IMPRENSA .....	113



4.2 - AS DIMENSÕES CONCEITUAIS DA CENSURA.....	115
4.3 - CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À LIBERDADE COMUNICATIVA .....	119
4.4 - PARÂMETROS PARA A INTERDIÇÃO JUDICIAL PRÉVIA.....	129
CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS .....	136

## INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras relações de poder possíveis entre os homens, enquanto capacidade de um indivíduo direcionar positiva (comando) ou negativamente (proibição) o comportamento de outro a partir da interação própria de um espaço comum denominado por Aristóteles de *pólis*, o poder político (*politikós*) é marcado pelo uso exclusivo da força, que é o meio desde sempre mais eficaz para condicionar comportamentos, sendo assim considerado o sumo poder ou o poder soberano que domina com exclusividade a sociedade perfeita, ou a sociedade política propriamente dita, ao qual a classe dominante de qualquer grupo social recorre em última instância para se defender dos ataques externos ou para impedir, com a desagregação do grupo, sua própria eliminação (BOBBIO, 2000).

Essa ânsia por controlar o comportamento alheio e de impor ideias autoritárias, inerente a todas as sociedades humanas das mais civilizadas às mais bárbaras, historicamente encontrou na defesa da ampla liberdade de expressão sua mais aguerrida adversária, por se entender que o embate franco de ideias dentro de um mercado livre da obstrução estatal garante a prevalência da verdade, a rejeição de ideologias dominadoras e, por conseguinte, a construção da democracia e da justiça verdadeira: “não há um conceito único de justiça. Esta se encontra nas ideias, no conhecimento verdadeiro e relativamente aceitável que se adquire mediante indagações e questionamentos” (DURÃO, 2012, p.6).

Na história dos povos europeus, a democracia associa-se à descrição da *ágora* ateniense, a praça principal na constituição da *pólis* na qual todos os cidadãos, reunidos em uma assembleia, ouviam os oradores e expressavam sua opinião, daí significar literalmente poder do *démos*, uma vez que os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito.

Ocorre que nas democracias representativas os meios de comunicação sucederam as praças públicas como foro em que ocorre a disputa pelo voto, sendo portanto passíveis de utilização como ferramenta de disputa de poder, sobretudo em sociedades marcadas pela concentração de renda e dos meios de produção.

Todavia, em razão da realidade moderna (dimensão dos Estados e número de habitantes), o ato mais emblemático da democracia atual, o voto, não é para decidir e sim para eleger quem deverá decidir, sendo a eleição a regra e a participação direta (referendo e plebiscito) a exceção. Portanto, qualquer que seja o período histórico a livre expressão pública do pensamento é indissociável da noção de democracia e inimiga dos regimes totalitários.

Não por outra razão, no mundo moderno a construção da acepção liberal da liberdade de expressão margeou a luta geral por liberdade do indivíduo frente ao Estado e à Igreja, cabendo ao Iluminismo enaltecer as virtudes de um pensamento livre, da tolerância e da convivência dos diversos e à Reforma protestante romper a unidade ideológica e política do ocidente cristão. Nesse contexto a comunicação livre passa a ser visualizada como indispensável à democracia liberal e como condição de esclarecimento e racionalidade, pois através dela a opinião pública pode converter-se em instância política de controle, garantidora da verdade e da moralidade das decisões jurídicas e políticas.

Segundo a doutrina, remonta a 1695 o primeiro ato a suprimir a censura, quando na Inglaterra a Câmara dos Comuns revogou o *Licensing Act* de 1662, o qual condicionava a impressão de qualquer material à licença estatal para proteger a Companhia dos Livreiros contra as contrafações. Porém a luta contra a censura puritana e a intolerância política no campo da liberdade de expressão do pensamento patrocinada por John Milton, Francis Bacon e John Locke não se referiam especificamente à liberdade jornalística, mas à literária, cabendo aos constituintes do Estado (então colônia) de Virgínia a primazia da positivação jurídica da liberdade de expressão através da imprensa, assim consignando-a no *Virginia's Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, art.12: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e jamais pode ser restringida, senão por um governo despótico” (FERREIRA, 1997).

Seguiram-se então outros textos fundamentais que explicitaram a liberdade de expressão:

Art.10. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art.11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei. (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789)

O Congresso não fará lei alguma referente à implantação de uma religião ou proibindo o culto de qualquer uma delas; nem lei que restrinja a liberdade de palavra, ou de imprensa; nem o direito do povo de reunir-se pacificamente; nem o de dirigir-se ao governo em demandas para a reparação de situações consideradas injustas. (Emenda n.º 1 da Constituição dos Estados Unidos da América, 1791)

Art.19 Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão. Esse direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, 1948)

Assim, o estudo da liberdade de expressão – enquanto condição preferencial para a fundação de sociedades livres – permeia intimamente os embates atuais quanto as relações do Estado com os meios de comunicação, sendo imprescindível estabelecer um diálogo entre o conceito de liberdade e as diversas doutrinas políticas, notadamente o liberalismo cujo desígnio dominante é assegurar as condições políticas que são necessárias para o exercício da liberdade pessoal.

Além disso, numa época em que a informação é um bem de consumo (e, antes, uma manufatura) de propriedade de empresas privadas integrantes de grandes conglomerados econômicos, é também um produto consumido desigualmente, sendo a comunicação social composta pela manifestação e recepção do pensamento através de meios de comunicação voltados a uma sociedade massificada tendo por pressuposto a própria liberdade que é ofertada aos indivíduos, que lhes possibilita o exercício da democracia, bem como um meio através do qual a comunidade pode exercer certo controle dos atos do poder público.

Nesse sentido, muitas vezes os meios de comunicação de massa pautam a política, a economia e a justiça e se revelam independentes das reais demandas e necessidades da sociedade, quando não ditam essas demandas e criam essas necessidades.

É evidente que num plano ideal a atividade jornalística exige liberdade ilimitada. Mas liberdade ilimitada não é direito, e, aliás, é impossível e inconveniente, no cotejo com os demais interesses legítimos que movimentam o corpo social.

O avanço tecnológico (o satélite de comunicação e a internet) permitiu a troca de informações em dimensões globais, o acesso da quase totalidade da população à mídia eletrônica e a derrubada das fronteiras de espaço e tempo, fazendo surgir novas formas de comunicação a partir da convergência de mídias, na qual diversas mídias existentes já podem ser oferecidas ao público através da mesma plataforma, por exemplo, o serviço de telefonia, antes limitado a uma comunicação interpessoal, disponibiliza atualmente ao usuário o conteúdo de qualquer veículo de radiodifusão e todo o universo de possibilidades da rede mundial de computadores.

A abrangência ilimitada e, por conseguinte, a maciça influência exercida pelos meios de comunicação na atual sociedade, potencializada pela explosão tecnológica, demonstram a imperiosa necessidade de se investigar os inevitáveis conflitos que diuturnamente se apresentam e se qualificam na medida em que, tanto a comunicação como a proteção dos direitos da personalidade humana, representam parte das garantias fundamentais.

Atento a essa realidade, adverte Fernando Luiz Ximenes Rocha (2005) que com o passar do tempo a imprensa revelou-se também um poder social, como tal passível de afetar direitos de particulares, como a honra, a intimidade, a reputação, a imagem, etc., além do que se tornou cada vez menos um direito pertencente à maioria do povo, para ser cada vez mais privilégio de uma minoria. Hoje em dia, já não se pode conceber os meios de comunicação como simples emanção da opinião autônoma dos cidadãos, haja vista a sua concentração nas mãos de grupos capitalistas, comprometidos com interesses comerciais e ideológicos de grandes organizações empresariais, razão pela qual a informação tem assumido a feição de mercadoria, e, enquanto tal, sujeita-se às leis do mercado, sem qualquer compromisso com a verdade e a ética.

Para Eros Roberto Grau (1996) a imprensa, entre nós, atua como um quarto poder, à margem de qualquer controle, influenciando de modo determinante a formação da opinião pública. Somos uma sociedade à qual deve ser esclarecido que a garantia de imunidade à censura se destina a tolher não apenas o controle da informação pelo Estado, mas em especial a distorção da informação promovida pelo proprietário do veículo de informação, pelo redator-chefe, pelo editorialista, pelo repórter; uma sociedade à qual se deve ensinar que o titular da liberdade de imprensa não é o jornal, a emissora de rádio ou televisão, mas o povo.

Além de garantir a liberdade da imprensa, a Constituição de 1988 consagrou no art.5º, inciso V a liberdade face à imprensa, sendo o direito de resposta a tradução mais emblemática dessa tutela protetiva e, portanto, uma contrapartida natural da liberdade de expressão, que deve ser encarada sob sua dupla dimensão, a individual-subjetiva e a garantia institucional, pois não se pode conceber a liberdade imprensa apenas sob seu aspecto de cunho individual, baseada numa liberdade nos moldes da teoria liberal; deve-se vislumbrar também sua garantia institucional, de propagação da informação de interesse público, imbuída da veracidade dos fatos, que extrapola a vetusta visão da liberdade de imprensa posta a serviço dos donos do jornal. Na verdade, a liberdade de imprensa é um bem de todos, jornalistas ou não, e que só tem a ganhar com a inserção de uma resposta procedente, pois o público se enriquecerá com mais uma versão e poderá julgar melhor os fatos (CARVALHO, 2003).

Ao lado do direito de resposta, a Constituição Federal assegura 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” (art.220), interdita a atividade legislativa nessa matéria ao dispor que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art.220, §1º), e por

fim aniquila qualquer possibilidade de autorização prévia ao firmar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art.220, §2º), aproximando-se assim do conceito que historicamente associa a liberdade de imprensa à ausência de censura:

[...] a liberdade “completa” da imprensa, até mesmo em face do mais generoso liberalismo, se reduz à ausência de censura prévia. Assim a entendem por toda a parte. Aqueles que se batem por uma liberdade ilimitada da imprensa não encontram para a defesa de sua tese nenhum argumento de ordem histórica, ou qualquer fato.

A essência do problema, como a sua dificuldade, se apresenta no ponto de saber em que consiste verdadeiramente a liberdade de imprensa, isto é, até onde podem ir aquelas medidas restritivas. O conceito do regime intermediário entre a licença e a restrição é dos mais árduos da ciência política, tantas as questões que envolve e os interesses que prejudica. Procura-se expressar a fórmula dessa liberdade com uma frase oca, que não a apresenta como a faculdade de usar a liberdade de imprensa mas sem abusos. Que serão porém esses abusos da imprensa. Como defini-los? (LIMA SOBRINHO, 1997, p.29)

Nesse sentido, o presente trabalho se volta à análise da comunicação social inserida em uma conjuntura globalizada comandada pela lógica do capital organizado que a partir do neoliberalismo ascende ao poder com reflexos determinantes para a livre circulação de informações e, por conseguinte, para sua mais emblemática categoria – a liberdade de imprensa, enquanto um dos pilares de sustentação da democracia, fixando-se assim a seguinte problemática: considerando inexistir direito fundamental absoluto, há espaço constitucional para a interferência do Estado destinada à garantia e promoção da própria liberdade de expressão? Em caso positivo quais os parâmetros democráticos dessa atuação?

Numa primeira hipótese, associada à visão clássica do liberalismo assentada em um conceito de não intervenção, a resposta à problemática acima será negativa, pois a liberdade de expressão é entendida exclusivamente como liberdade privada, um contrapoder à disposição do cidadão para sua defesa perante os poderes do Estado, cuja atuação nesse meandro somente é lida como uma indevida intervenção na vida privada do indivíduo e cerceadora de sua liberdade, que deve ser submetida apenas à livre concorrência no mercado.

Todavia, através de uma noção de liberdade pública, com o sentido político de autogoverno ou autopoder, a interferência do Estado destinada à garantia e promoção da própria liberdade de expressão enfrenta a problemática supra estabelecendo uma relação de complementariedade – e não de exclusão – com a visão privatista, considerando que a completa interdição do papel do Estado nesse campo, visto apenas pelo liberalismo clássico como ameaça às liberdades individuais e não como promotor delas, faz com que os órgãos privados passem

a funcionar como reguladores – ou censores – das liberdades comunicativas. Essa segunda hipótese alcança o real formato dos meios de comunicação de massa, enquanto empresas de grande lastro financeiro, concentradas nas mãos de alguns poucos grupos econômicos e familiares, beneficiados por propriedades cruzadas, e estabelecidas por concessões públicas historicamente alheias a qualquer processo democrático de regulamentação que concretize os valores da universalidade, a pluralidade de fontes e a diversidade de conteúdos, condicionantes basilares para a formação da opinião pública independente apta a legitimar o poder político pelo consentimento.

A relevância da pesquisa revela-se em face do obsoletismo do Código Brasileiro de Telecomunicações, da ausência de regulamentação dos artigos 220 a 224 da Constituição Federal e dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 130 e no RE 511.961-1 que declararam a não recepção pela ordem constitucional vigente da Lei n. 5.250/67 e do Decreto-lei 972/69, que dispunham, respectivamente, sobre a liberdade de imprensa e a exigência de diploma do curso superior de jornalismo para determinadas atividades jornalísticas, e ainda na MC/ADI 4.451, que suspendeu normas que restringiam a comunicação social no âmbito das eleições. Esses fatos são um exemplo claro de que a liberdade de expressão é ainda compreendida como um espaço privado da opinião, protegido da intervenção ou regulação estatal, alçado como um direito hierarquicamente superior e incondicionado, exercido no chamado “livre mercado de ideias” imune à regulação da democracia, ficando evidenciado naqueles julgamentos que o conceito de liberdade de expressão das empresas privadas de comunicação é considerado equivalente à liberdade de expressão dos indivíduos, estando alheia à qualquer condicionante constitucional.

Ocorre que a prática forense brasileira aponta reiterados casos de restrição pelo Poder Judiciário a órgãos da imprensa, conforme registrado pela Assembleia Geral da Sociedade Interamericana de Imprensa, realizada em Santiago, Chile, em 2014, cujo relatório referente ao Brasil destacou a recorrência de demandas judiciais com o objetivo de excluir conteúdos veiculados pela mídia, destacando que no ano de 2014, somente até o dia 26 de setembro, foram registrados 138 pedidos de retiradas de conteúdos contra 11 empresas jornalísticas (ASSEMBLÉIA GERAL DA SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA, 2014).

No âmbito da comunicação eletrônica, somente em relação aos sítios hospedados pelo *Google*, o Brasil figura em terceiro lugar na lista de nações que mais registram ações para remoção de conteúdos segundo o *Transparency Report*: entre janeiro e junho de 2012, a Justiça brasileira ordenou a remoção de 2.220 conteúdos presentes em serviços como *Orkut* e *YouTube*,

não incluídos os casos ligados a pedofilia (FATO EXCLUÍDOS, 2012).

Segundo o relatório da ONG “Article 19” divulgado em 2007 sobre um levantamento feito no Brasil com o objetivo de analisar o estado da liberdade de expressão, a mídia no país não atende aos padrões internacionais mínimos relativos à diversidade e pluralidade, haja vista “a ausência de políticas regulatórias que apoiem o desenvolvimento de veículos independentes, em especial de veículos não-comerciais e comunitários; e um alto grau de concentração da propriedade dos veículos de comunicação social” (ARTICLE 19, 2007):

Seis empresas de mídia controlam o mercado de TV no Brasil, um mercado que gira mais de 3 bilhões de dólares por ano. A Rede Globo detém aproximadamente metade deste mercado, num total de 1,59 bilhão de dólares. Estas seis principais empresas de mídia controlam, em conjunto com seus 138 grupos afiliados, um total de 668 veículos midiáticos (TVs, rádios e jornais) e 92% da audiência televisiva; a Globo, sozinha, detém 54% da audiência da TV (em um país em que 81% da população assiste à TV todos os dias, numa média de 3,5 horas por dia) (ARTICLE 19, 2007).

Ainda quanto a ausência de pluralismo nos meios de comunicação, um caso emblemático de monopólio ocorre nos Estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, onde o Grupo RBS detém 18 (dezoito) emissoras de televisão aberta, 2 (duas) emissoras locais de televisão, 8 (oito) jornais diários, 26 (vinte e seis) emissoras de rádio e 2 (dois) portais de *internet*, além de uma editora e uma gravadora, o que motivou a Ministério Público Federal a mover uma ação civil pública contra as empresas que, com a conivência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também acionado, formam um conglomerado através da denominada propriedade cruzada, com a utilização de uma série de pessoas jurídicas interpostas que reunidas titularizam todas as mídias com expressão no Estado de Santa Catarina e, operando através da mundialmente denominada ações de sinergia, infringem a vedação constitucional do oligopólio em prejuízo à pluralidade de ideias e a preservação do acesso à informação, bem como a liberdade de iniciativa e concorrência. A referida ação foi julgada improcedente em primeiro grau, sob a alegação de impossibilidade do Judiciário apreciar o mérito administrativo dos atos de concessão, bem como em função da ausência de regulamentação legal do capítulo constitucional da comunicação social, estando o feito pendente de apreciação apelação cível no Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Pedidos do MPF na ação civil pública n. 2008.72.00.014043-5/SC:

a) obrigação de fazer consistente na anulação da aquisição do Jornal A Notícia pelo Grupo RBS, restabelecido o *statu quo ante*, propriedade dos titulares anteriores, ou alienado o periódico a terceiros sem qualquer vínculo empresarial ou pessoal com a RBS;



Diante desse cenário, o tema ora desenvolvido procura oferecer fundamentos teóricos e práticos para a plena definição da extensão da liberdade de expressão no âmbito do processo de constitucionalização das liberdades comunicativas, enfrentando especificamente a possibilidade da atuação judicial prévia à veiculação da comunicação, hipótese recorrente nas lides forenses que ainda não possui uma manifestação plenária definitiva por parte do Supremo Tribunal Federal, apesar de monocraticamente a maioria dos ministros já tenha se pronunciado contrariamente a qualquer forma de limitação judicial prévia.

Nesse sentido, o escopo do trabalho guarda estreita pertinência com a linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, pois através da realidade fática analisa a configuração do Direito Público contemporâneo, numa perspectiva cidadã, com ênfase para o processo constitucional necessário à concretização do direito fundamental à livre manifestação de pensamento através dos meios de comunicação:

Afinal numa sociedade que se quer democrática, é papel dos juristas comprometidos com essa sociedade contribuir não apenas para a formação de opinião pública especializada, mas também para a cidadania em geral aprofundando a discussão sobre questões centrais para a realização permanente do Estado Democrático de Direito. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007)

Estabelecida a realidade que relaciona a liberdade de imprensa com o poder político, cuja dinâmica contemporânea demonstra sua fragilidade diante da economia transnacional,

---

b) obrigação de fazer consistente na redução das emissoras de televisão do Grupo RBS ao máximo permitido, qual seja, duas (Dec.-Lei n. 236/67, transferindo as demais a outros titulares sem vínculo empresarial ou pessoal com a RBS;

c) obrigação de fazer, balizado pela razoabilidade, de ser estabelecido pelo Douto Juízo percentuais da programação local da radiodifusão televisiva, produzida e expressando a cultura aqui do Estado de SC (art. 221, III, da CF), aos quais, preservada ao máximo a veiculação nacional, poderão ser de 30% da grade televisiva no âmbito do Estado de SC, desses sendo 10% nas respectivas regiões interioranas aonde sediadas as emissoras regionais, observada a ponderação horário e respectiva audiência, de forma que a produção local tenha visibilidade em todos eles;

d) obrigação de dar a todos os réus, exceto à UNIÃO E CADE, perpetrando grave dano contra a coletividade, prejuízo brutal aos direitos fundamentais da informação, expressão e livre concorrência empresarial, devendo recolher quantum reparatório, arbitrado pelo Douto Juízo, proporcional à lesividade dos direitos fundamentais e poderio econômico dos Réus, ao fundo nacional de reparação dos direitos difusos (art. 13 da Lei n. 7.347 c/c Lei n. 9.008/95);

e) obrigação de dar, UNIÃO e CADE, coniventes com oligopólio do Grupo RBS, tanto no âmbito da concentração dos jornais, crassa violação à ordem econômica (Lei n. 8.884/94), passividade do Ministério da Justiça (Secretaria de Direito Econômico) e, notadamente, quanto à radiodifusão, serviço por ela titularizado e concedido, tarefa afeta ao Ministério das Comunicações, perpetrando grave dano contra a coletividade, prejuízo brutal aos direitos fundamentais da informação, expressão e livre concorrência empresarial, devendo recolher quantum reparatório, arbitrado pelo Douto Juízo, proporcional à lesividade dos direitos fundamentais da informação e expressão, ao fundo nacional de reparação dos direitos difusos (art. 13 da Lei n. 7.347 c/c Lei n. 9.008/95).

objetiva-se discutir a repercussão da fundamentalidade da liberdade de expressão para a emancipação democrática dos indivíduos e a constitucionalidade de sua tutela judicial, notadamente nas decisões que restringem previamente o conteúdo a ser comunicado, numa perspectiva crítica dos meios processuais utilizados pelo Poder Judiciário, sobretudo a partir dos fundamentos utilizados no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130 em 30 de abril de 2009 pelo Supremo Tribunal Federal e nas diversas decisões exaradas em reclamações que tiveram por paradigma aquele acórdão, para as quais a liberdade de imprensa é compreendida ainda como uma manifestação da liberdade individual de expressão e opinião face o Estado, a partir de uma visão idealizada da imprensa que:

- (1) supõe uma inexistente “autonomia” profissional que confunde o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da “imprensa”, isto é, com o poder dos grupos empresariais que contratam e empregam os jornalistas, vale dizer, que são os seus patrões;
- (2) supõe que o jornalista é o senhor das pautas, vale dizer, daquilo que efetivamente é veiculado na mídia impressa ou eletrônica, ignorando que os jornalistas trabalham numa estrutura empresarial vertical e hierarquizada onde aqueles em posição de decisão editorial, lá estão porque são, eles próprios, os proprietários da empresa ou porque estão a eles “alinhados”;
- (3) ignora que a atividade de jornalista não pode ser considerada uma extensão, sem mais, da liberdade de expressão simplesmente porque seu objetivo não é a opinião, mas, em tese, a notícia que deve ser isenta, imparcial e equilibrada. Aqueles que profissionalmente emitem opiniões na mídia – editorialistas, colunistas, articulistas, comentaristas, analistas – em sua maioria, nem sequer são jornalistas; e
- (4) continua a considerar o Estado como a única ameaça à liberdade de expressão individual e à liberdade de imprensa, ignorando o poder de censura e controle dos próprios grupos de mídia privada, mesmo quando fundamenta o argumento jurídico em premissas que claramente conduzem a conclusões distintas. (LIMA, 2010, p.134-135)

O objetivo final da presente pesquisa é demonstrar que a ordem constitucional brasileira autoriza o Estado a limitar a liberdade de expressão em concreto, mediante a atuação do Poder Judiciário, a fim de enfrentar a “tirania da maioria” citada por Stuart Mill e atualmente exercida pela pressão da opinião conformista pública reproduzida pelas mídias privadas, orientadas pelo lucro, que jamais são apontadas como um elemento de inibição do pluralismo, censura e assimetrias em relação ao direito cidadão da liberdade de expressão.

A técnica utilizada corresponde à pesquisa bibliográfica e documental, baseada na utilização de documentação direta e indireta, por meio de revisão e reflexões jurisprudenciais e doutrinárias extraídas de livros, jornais, revistas jurídicas especializadas, dentro outros, que permitam dar suporte ao texto e suas conclusões.

Será utilizado no desenvolvimento da pesquisa o método de abordagem dedutivo, fundamentado na leitura de doutrinadores e na análise das decisões dos tribunais, para que se possa, a partir da construção textual, responder à problemática central relativa à existência de limites às liberdades comunicativas e sua aplicação pelo Poder Judiciário anteriormente à veiculação.

Através dos procedimentos analítico e histórico serão examinados os conceitos de esfera pública e opinião pública, bem como resgatadas as dimensões da liberdade de expressão em confronto com as demais liberdades comunicativas e os meios de comunicação social, investigando suas origens e fundamentos para ponderar a possível repercussão nos dias de hoje.

Para tanto o primeiro capítulo é dedicado à análise da interdependência entre as noções de democracia e opinião pública, sendo inicialmente apresentadas as concepções de democracia no século XX, divididas em hegemônicas e não hegemônicas, com destaque para a forma como a liberdade de expressão é abordada em cada uma e sua inserção no constitucionalismo. Ainda no primeiro capítulo é investigada a origem e desvirtuamento da esfera pública a partir da obra de Jürgen Habermas e sua atual arquitetura diante dos meios de comunicação de massa e da moderna democracia, principalmente em sua versão deliberativa.

No segundo capítulo é abordada a dimensão jurídica das liberdades comunicativas, através da identificação da abrangência conceitual da liberdade de expressão, discriminando-a das demais liberdades públicas, mormente da liberdade de imprensa, do estudo crítico dos fundamentos históricos da liberdade de expressão paralelamente à evolução dos preceitos democráticos e da identificação dos instrumentos legais que regem a liberdade de expressão em nosso país, com ênfase para sua fundamentalidade na Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo analisa o atual tratamento jurisprudencial dado à liberdade de expressão a partir do julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130 pelo Supremo Tribunal Federal e as diversas decisões que se seguiram quanto ao tema.

Finalmente, no quarto e último capítulo, são abordadas as hipóteses e mecanismos processuais de restrição judicial prévia à manifestação de opinião através dos meios de comunicação de massa e o conceito de censura, o que responde à problemática inicial quanto a constitucionalidade dessas medidas e os parâmetros necessários à sua aplicação, bem como confirma uma das hipóteses antes mencionadas.

## **CAPÍTULO I - DEMOCRACIA E OPINIÃO PÚBLICA**

### **1.1 - AS CONCEPÇÕES DE DEMOCRACIA DO SÉCULO XX**

A centralidade do regime democrático no debate político do século XX acerca da formação e da manutenção do poder demonstrou que seu conteúdo é naturalmente dinâmico e mutável, ao contrário do governo autocrático que é constante e inerte, razão pela qual sua preservação em meio a um século que experimentou duas guerras mundiais, a ascensão e a queda do fascismo, do nazismo e do comunismo – à exceção da China, em que pese as grandes transformações –, a guerra fria e ainda a globalização, implica superar a ideia de democracia limitada à forma de governo da maioria, até porque os mais variados regimes se autodenominam democráticos, desde as antigas “democracias populares” do leste europeu até a “democracia islâmica” pregada pelo ditador líbio Muammar al-Galddafi em seu “Livro Verde”.

Mesmo nos regimes políticos do ocidente a noção de democracia não se alinha às características básicas do sistema clássico grego ou do sentido etimológico da expressão, uma vez que num governo dito do povo o povo não decide, sendo suas instituições fundamentais o processo eleitoral livre e o parlamento, que dão corpo à representação política, evidentemente indispensável em função da extensão e do número de habitantes dos Estados.

Já a concepção normativa de democracia, enquanto “forma de organização política baseada na igualdade potencial de influência de todos os cidadãos, que concede às pessoas comuns a capacidade de decidirem coletivamente seu destino” (MIGUEL, 2014, p.28-29), também não encontra correspondência na realidade contemporânea, considerando que “as decisões políticas são tomadas por uma minoria fechada, via de regra mais rica e mais instruída do que as cidadãs e os cidadãos comuns, e com forte tendência à hereditariedade” (MIGUEL, 2014, p.28).

Em verdade a marca contemporânea de um regime que se adjective democrático reside na realização de eleições periódicas e livres, ou seja, despidas de violência física ou restrições formais e preconceituosas à capacidade de votar e ser votado de qualquer cidadão, em que pese a persistência de outras influências desvirtuantes a exemplo do poder da mídia (MIGUEL, 2014).

Para além do voto e da obediência aos resultados das urnas, nas palavras do Prêmio Nobel de Economia Amartya Sen (1999) a democracia enquanto valor universal foi o acontecimento mais importante do século XX, enriquecendo a vida dos cidadãos através de três

virtudes distintas: a) intrinsecamente, por integrar a noção de liberdade humana em geral, a liberdade política concretizada na participação da vida comunitária através do exercício dos direitos políticos e civis realiza um valor inerente à vida e bem estar humanos; b) instrumentalmente, maximiza a possibilidade do povo ser ouvido ao apresentar suas demandas por atenção política e necessidades econômicas; e c) construtivamente, o exercício da democracia oferece aos cidadãos a chance de conhecimento uns sobre os outros, contribuindo para a formação de seus valores e prioridades.

Esse protagonismo da democracia nos debates do século passado revela-se ainda pela diversidade de autores que analisaram, na sua primeira metade, o anseio por democracia como forma de governo, numa disputa entre duas concepções de mundo – a liberal-democracia e a concepção marxista de democracia – e sua relação com o processo de modernização do Ocidente (SANTOS; AVRITZER, 2002). Hans Kelsen por exemplo, investigando a questão democrática como forma e não como substância, combate a noção de democracia enquanto um conjunto preciso de valores absolutos e uma forma única de organização política, pois é inerente à democracia a possibilidade de cada convicção política expressar-se através da livre concorrência de ideias. Por isso, defende o relativismo moral com métodos que se desenvolvem através de discursos e réplicas no parlamento ou na assembleia popular para solução de divergências:

O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorais, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos [...] Se, contudo, admitir-se que somente os valores relativos são acessíveis ao conhecimento humano e à vontade humana, será justificável impor uma ordem social a indivíduos relutantes, desde que essa ordem esteja em harmonia com o maior número possível de indivíduos iguais, ou seja, com a vontade da maioria. Pode ser que a opinião da minoria, e não da maioria, esteja correta. Unicamente em função dessa possibilidade, que só o relativismo filosófico pode admitir – a de que o que hoje é certo pode estar errado amanhã – é que se deve permitir que a minoria expresse livremente sua opinião, dando-lhe uma plena oportunidade de tornar-se maioria. Somente se não for possível decidir, de um modo absoluto, o que é certo e o que é errado, será aconselhável discutir a questão, submetendo-a a uma solução conciliatória ao fim da discussão (KELSEN, 2000, 202-203).

É cediço que a concepção liberal sagrou-se vencedora, alicerçando-se quase todas as teorias políticas contemporâneas, apresentando pontos de tensão e de convergência com o ideal democrático. No primeiro grupo reside a tentativa de harmonizar a potencial oposição entre o exercício da soberania popular com a preservação de direitos individuais inalienáveis, que se impõem mesmo contra a vontade da maioria. Porém liberalismo e democracia são concordes quanto ao princípio da isonomia, seja através da igualdade de participação no processo de tomada de decisão, tendo opiniões e interesses levados em consideração, seja na crença da igual capacidade de cada um buscar o próprio interesse e governar a própria vida (MIGUEL, 2014).

Para Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002, p.44) daquele embate surgiram as “concepções hegemônicas” de democracia que vigoraram na segunda metade do século XX, estando relacionadas com a resposta dada a três questões estruturais da democracia: “a da relação entre procedimento e forma; a do papel da burocracia na vida democrática; e a inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala”.

Mas observa Luis Felipe Miguel (2014) que entre todas as correntes democráticas hegemônicas há o predomínio de uma ideia comum mais notória que o caráter liberal – também presente nas não hegemônicas – relacionada à teoria elitista, que a partir da discussão sobre a natureza humana e a organização das sociedades conclui pela impossibilidade das democracias, haja vista o equívoco dos objetivos igualitários, sendo a desigualdade indissociável da sociedade, sobretudo política, considerando que “sempre existirá uma minoria dirigente e uma maioria condenada a ser dirigida, o que significaria dizer que a democracia como ‘governo do povo’ seria uma fantasia inatingível” (MIGUEL, 2014, p.31). Para essa corrente dominante, a democracia não passa de um método de agregação, pelo mecanismo eleitoral, de preferências individuais consideradas como preexistentes e formadas na esfera privada (MIGUEL, 2014).

Nesse sentido, contra a ordem estamental medieval que sustentou a desigualdade entre os indivíduos com fundamento na natureza e na vontade divina, o liberalismo estabeleceu como premissa que todas as pessoas são iguais, mas uma igualdade considerada pelo socialismo meramente formal e inócua diante da permanência de profunda desigualdade material, sendo este último confrontado pela teoria elitista, que afirma ser a igualdade impossível, assim como fantasiosa qualquer ideia de governo da maioria (MIGUEL, 2014).

Essa visão torna-se uma tendência prevalecente na teoria democrática a partir da obra “Capitalismo, Socialismo e Democracia” de Joseph Schumpeter (1961), considerada uma referência nas concepções hegemônicas de democracia, pois abandona o foco da teoria democrática do governo soberano do povo manifestado através da vontade geral e suas

correntes igualitárias para o desenvolvimento do argumento procedimental em sua “democracia concorrencial”, centrada no procedimento de disputa entre os diversos grupos sociais.

A filosofia da democracia do século XVIII é resumida por Schumpeter como um mecanismo para se obter certas decisões políticas que realizam o bem comum mediante a eleição pelo povo de indivíduos que o representará e se reúnem para cumprir a sua vontade, previamente estabelecida, tendo por pressuposto uma sociedade equitativa. Residiria aí a dificuldade do autor em aceitar essa essência da teoria clássica segundo a qual “o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião – numa democracia – pela escolha de representantes que se encarregam de sua execução” (SCHUMPETER, 1961, p.321). De acordo com a doutrina clássica, “a seleção dos representantes é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos” (SCHUMPETER, 1961, p.323), pressupondo-se para tanto cidadãos bem informados e interessados, conscientes de suas vontades e desejos de buscar o bem comum, o que é absolutamente desacreditado pelo economista austríaco, para quem as pessoas não sabem determinar o que é melhor para elas quando estão em jogo questões públicas, pois não há uma vontade do cidadão, no máximo impulsos vagos, equivocados e desinformados.

Nesse sentido, não é possível compreender a soberania popular como um posicionamento racional pela população ou por cada indivíduo acerca de uma determinada questão, pois o elemento procedimental da democracia é dirigido à escolha seletiva dos representantes e não ao processo de tomada de decisões que manifesta a soberania popular segundo uma opção consciente. Para Schumpeter (1961, p.340) o processo democrático é justamente o contrário “é um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si mesmo, sem relação com as decisões que produzirá em determinadas condições históricas”.

Em seu modelo elitista de democracia, o povo não governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras povo e governo, bem como o resultado das eleições – ou luta pela liderança – não revela a formação de nenhuma vontade coletiva, sendo a mera agregação de preferências manipuladas, preconceitos e decisões impensadas. A visão romântica de autonomia popular capaz de produzir suas próprias leis foi substituída pelo dogma elitista segundo o qual o governo é uma atividade de minorias a partir do descrédito na igualdade entre os cidadãos. Daí porque apesar da evidente ausência do governo do povo, os regimes ocidentais

que haviam lutado na Segunda Guerra em nome da democracia podem ser considerados verdadeiras democracias, denominação também reivindicada pelos regimes do leste europeu – democracias populares (SCHUMPETER, 1961).

Conforme a teoria concorrencial de Schumpeter inspirada na livre concorrência econômica, a participação do cidadão comum é reduzida ao mínimo, ao ato de votar, pois a democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão, ou seja, corresponde ao método para obtenção de uma minoria que, de tempos em tempos, vence a disputa travada entre grupos diferentes da elite – pelo apoio de massas relativamente alienadas – e depois governará sozinha no intervalo entre uma eleição e outra, restando ao homem comum nesse período o papel de obedecer sem tergiversar às ordens que ele supõe, de alguma forma, ter produzido. Nisso reside o caráter legitimador do método eleitoral necessário à estabilidade política, uma vez que ao votar o povo não decide nada, mas pensa que decide, e por isso se dispõe a obedecer os governantes, “sua democracia é um método desprovido de qualquer conteúdo substantivo; mesmo o momento central da democracia concorrencial, a eleição, não indica a vontade do povo, nem mesmo a da maioria” (MIGUEL, 2014, p.55).

Ressalta ainda o autor austríaco que, tal qual as situações de concorrência econômica desleal, fraudulenta ou limitação da concorrência, em uma democracia realista o método eleitoral, que é praticamente o único exequível, qualquer que seja o tamanho da comunidade, baseia-se na concorrência livre pelo voto, de sorte que entre o modelo ideal de democracia – que não existe – e os casos nos quais toda a concorrência com o líder estabelecido é impedida pela força, existe um largo campo de variações, dentro do qual o método democrático de governo se transforma, por passos imperceptíveis, em autocrático (SCHUMPETER, 1961).

Já no capítulo XX, quando propõe a superação da doutrina clássica, Schumpeter (1961, p.324) declina sua teoria democrática de competição entre as elites em sete planos distintos, sendo o quinto dedicado exclusivamente à liberdade e sua gradação:

Em quinto, nossa teoria parece esclarecer a relação que subsiste entre a democracia e a liberdade individual. Se, pela última, entendemos a existência de uma esfera de autogoverno individual, cujas fronteiras são historicamente variáveis (nenhuma sociedade tolera a liberdade absoluta, mesmo de consciência ou palavra, e nenhuma sociedade a reduz a zero), a questão torna-se, evidentemente, uma questão de grau. Já vimos que o método democrático não garante necessariamente maior medida de liberdade individual do que qualquer outro método, em circunstâncias semelhantes. Pode acontecer justamente o contrário. Mas ainda assim existe relação entre as duas. Se, pelo menos por questão de princípios, todos forem livres para concorrer à liderança



política apresentando-se ao eleitorado, isto trará na maioria dos casos, embora não em todos, uma considerável margem de liberdade de expressão para todos. Em particular, significará habitualmente uma grande medida de liberdade de imprensa. Essa relação entre democracia e liberdade não é absolutamente rígida e pode ser modificada. Mas, do ponto-de-vista do intelectual, é, apesar disso, muito importante.

A visão elitista de democracia defendida por Schumpeter foi confirmada por Norberto Bobbio (1989), para quem não é a ausência de elites que caracteriza um governo democrático, e sim a presença de muitas elites em condições de concorrer entre si para a conquista do voto popular, ou seja, as lideranças políticas são necessárias tendo em vista a existência de vários grupos em concorrência entre si para obter, numa disputa livre, o consenso popular, considerando a impossibilidade do poder ser exercido direta e efetivamente pelas massas, pela maioria.

Após uma percepção ética de democracia na década de 1940, segundo a qual a democracia é uma forma de governo dotada de um determinado fim que deverá ser alcançado através dela, a partir de 1950 Bobbio traz uma democracia enquanto procedimento, assim como Schumpeter, dotado de regras que estabelecem como se deve chegar à decisão política – e não o conteúdo em si desta – inerente à construção do governo representativo das maiorias, defendendo que a única forma consensual de definir democracia “é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (1989, p.18). Regras essas assim enumeradas pelo autor:

Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras de jogo, ou, como também se diz, de "procedimentos universais". Entre estas: 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioridade, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas

várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo. (BOBBIO, 1998, p.326-327)

Porém, reconhece o filósofo italiano que na realidade, assim como todas as regras, a aplicação concreta das regras do jogo democrático, indispensáveis para que a decisão adotada por alguns indivíduos seja aceita como coletiva, não obedecerá fielmente seus enunciados, pois nenhum regime histórico jamais observou inteiramente o ditado de todas estas regras; e por isso é lícito falar de regimes mais ou menos democráticos. Inobstante ser impossível fixar em abstrato quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático, afirma Bobbio (1998) que certamente não pode ser considerado democrático um regime que não observa nenhuma delas, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia.

Outrossim, concomitantemente às regras do jogo, devem se fazer presentes em um sistema que se queira democrático algumas regras preliminares ao jogo, indispensáveis ao correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais, destinadas àqueles que são chamados a decidir, a fim de que sejam apresentados a opções reais e tenham condições de se definir entre uma e outra. Essas premissas dizem respeito à efetividade dos direitos constitucionais de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc., presentes no surgimento do estado liberal e que alicerçaram a doutrina do estado de direito em sentido forte, que corresponde ao estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo (BOBBIO, 1989).

Norberto Bobbio analisa ainda o aumento da capacidade de controle da burocracia sobre o indivíduo moderno e como sua indispensabilidade foi sendo trazida para o centro da teoria democrática, apontada por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer (2002) como a segunda concepção hegemônica de democracia surgida na última metade do século XX, uma vez que ao passar de uma economia familiar para uma economia de mercado, e posteriormente de uma economia de mercado para uma economia protegida, regulada e planificada, os problemas políticos aumentaram, demandando competências técnicas, próprias de peritos e especialistas. Assim, o cidadão, ao fazer a opção pela sociedade de consumo de massas e pelo Estado de bem-estar social, abdica do exercício da soberania através do controle sobre as atividades políticas e econômicas por ele exercidas em favor de burocracias privadas e públicas,

no chamado “governo dos técnicos”, ressaltando Bobbio (1989) que a tecnocracia opõe-se à democracia, pois enquanto nesta todos podem decidir a respeito de tudo, na tecnocracia, apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos são convocados para decidir.

A inevitabilidade da representação nas democracias de grande escala como única solução para o problema da autorização seria o último dos três elementos apontados por Santos e Avritzer (2002) que integram as “concepções hegemônicas” de democracia na segunda metade do século XX, destacando-se nessa construção a teoria de Robert Dahl (2001), que relativiza a presunção de desinteresse do eleitorado e tem por premissa um conceito mínimo de democracia definida como processos através dos quais cidadãos comuns exercem um grau relativamente alto de controle sobre líderes, enxergando as democracias contemporâneas como pobres aproximações dos ideais democráticos, e que por isso devem ser classificadas como “poliarquias”.

Uma análise comparativa entre a democracia de direta e a democracia representativa, revela a existência de limites insuperáveis da participação cívica, que se aplicam indiferentemente às duas modalidades democráticas, impostos pela interação do tempo exigido para um ato de participação e do número de cidadãos autorizados a participar. Para Dahl (2001, p.125), segundo “a lei do tempo e dos números: quanto mais cidadãos uma unidade democrática contém, menos esses cidadãos podem participar diretamente das decisões do governo e mais eles têm de delegar a outros essa autoridade”.

Seguindo a teoria de Schumpeter que vê a democracia como um método, ou seja, como um sistema institucional, Dahl defende a teoria competitiva mas com ênfase no pluralismo, necessário para se garantir um mínimo de competição democrática, sendo considerado por Norberto Bobbio um dos mais convencidos teóricos e ideólogos do pluralismo, pois apesar de reconhecer a existência de elites de poder, destacou a disputa entre essas diversas elites ao defender que “o axioma fundamental de um sistema pluralista consiste no fato de que em vez de um único centro de poder soberano, é necessário que haja muitos centros, dos quais nenhum possa ser inteiramente soberano” (BOBBIO, 1998, p.931). Inobstante reconhecer, assim como Schumpeter, a impossibilidade de um governo do povo ou mesmo um governo da maioria, a teoria de Dahl defende um sistema político que distribua a capacidade de influência entre muitas minorias, daí a centralidade das eleições na poliarquia, pois apesar de não garantirem um governo de majorias, potencializam o número de minorias cujas posições serão consideradas nas decisões políticas.

Para além de entender o funcionamento da democracia, a teoria dahlsiana procura semeá-la, através da formulação de um modelo teórico das condições que a favorecem ou desfavorecem, considerando que ao lado da investigação dos critérios exigidos para que todos os membros de uma associação estejam capacitados a participar das decisões políticas em um modelo ideal de democracia (participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos), ele reconhece ser impossível vivenciar um sistema perfeitamente democrático, haja vista as incontáveis limitações do mundo real e as imperfeições dos sistemas políticos existentes e de suas instituições (DAHL, 2001).

Para Robert Dahl (2001, p.99-100), diante do exercício da política real, a democracia em grande escala requer determinados arranjos mínimos, práticas ou instituições políticas que estariam muito distantes (senão infinitamente distantes) de corresponder aos critérios ou propósitos democráticos ideais:

- Funcionários eleitos. O controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos.
- Eleições livres, justas e frequentes. Funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes e justas em que a coerção é relativamente incomum.
- Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar sem o risco de sérias punições em questões políticas amplamente definidas, incluindo a crítica aos funcionários, o governo, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia prevalecente.
- Fontes de informação diversificadas. Os cidadãos têm o direito de buscar fontes de informação diversificadas e independentes de outros cidadãos, especialistas, jornais, revistas, livros, tele-comunicações e afins.
- Autonomia para as associações. Para obter seus vários direitos, até mesmo os necessários para o funcionamento eficaz das instituições políticas democráticas, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, como também partidos políticos e grupos de interesses.
- Cidadania inclusiva. A nenhum adulto com residência permanente no país e sujeito a suas leis podem ser negados os direitos disponíveis para os outros e necessários às cinco instituições políticas anteriormente listadas. Entre esses direitos, estão o direito de votar para a escolha dos funcionários em eleições livres e justas; de se candidatar para os postos eletivos; de livre expressão; de formar e participar organizações políticas independentes; de ter acesso a fontes de informação independentes; e de ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala.

Ao lado das concepções hegemônicas, aqui ilustradas através de Schumpeter, Bobbio e Dahl, eminentemente procedimentalistas e elitistas que entendem a democracia enquanto prática restrita de legitimação de governos, deixando de lado a teorização das fontes e propósitos e, portanto, também a ideia de governo do povo; ainda surgiram no período do pós-

guerra um conjunto de concepções alternativas que contestam o cânone hegemônico da democracia liberal na sua pretensão de universalidade e exclusividade e, apesar de conservarem o procedimentalismo, o abordam como inerente à democracia, entendida enquanto mecanismo de aperfeiçoamento da convivência humana, uma gramática de organização da sociedade complexa – composta por uma pluralidade de formas e interesses contrapostos – e da relação desta com o Estado (SANTOS, 2002).

Dentre as teorias contra-hegemônicas, o deliberacionismo procura apresentar uma alternativa à democracia elitista que resgate os valores fundantes do ideal democrático, concentrando-se nas trocas comunicativas e no processo de produção das preferências individuais e coletivas, por acreditar que, dadas as circunstâncias adequadas, a razão humana “pode nos orientar em direção à superação dos nossos dilemas morais e à correta fundamentação das normas que regem nossa vida em comum” (MIGUEL, 2014, p.65-66).

Tendo por premissa a ideia de que as decisões políticas devem ser tomadas por todos que estarão sujeitos a elas através do raciocínio coletivo livre entre iguais, a democracia deliberativa de Jürgen Habermas inspira-se no sentido normativo original do termo, abordando o procedimentalismo como prática societária que constrói e reconstrói as preferências individuais por meio das interações na esfera pública e não como método de constituição de governos, propondo que o debate democrático contemporâneo seja público e tenha a participação dos movimentos societários na institucionalização da diversidade cultural (SANTOS, 2002).

Para Habermas a esfera pública constitui um local no qual indivíduos podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada, por isso apenas serão consideradas válidas aquelas normas-ações que contam com o assentimento de todos os indivíduos participantes de um discurso racional, como forma de exercício coletivo do poder político. A discussão democrática se revelará através de um procedimentalismo livre, societário e participativo com a apresentação de razões entre iguais, que tem origem na pluralidade das formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas (SANTOS, 2002).

Além da esfera pública, os movimentos sociais têm papel de destaque na democracia deliberativa ao institucionalizarem a diversidade cultural, buscando a ampliação do político, a transformação de práticas dominantes, o aumento da cidadania e a inserção de atores sociais excluídos no interior da política (SANTOS, 2002).

Assim, a política deliberativa enquanto um sistema aberto a influência de outros sistemas sociais e livre de coerções transita entre o plano formal e institucionalizado da

democracia – sistema político especializado na tomada de decisões que a todos obrigam – e os domínios informais de formação da opinião pública – esfera pública garantida por uma estrutura de direitos constitucionais –, de modo que sua eficiência dependerá da institucionalização de procedimentos e condições de comunicação que gerenciem esse tráfego, pois o que é realmente importante para Habermas são os meios, é a forma, são os procedimentos através dos quais a maioria se torna maioria:

Desta forma, a teoria da discussão habermasiana pressupõe uma rede de processos comunicativos, tanto dentro como fora do complexo parlamentar e dos seus corpos deliberativos, que sustenta a existência de palcos dialogicamente discursivos em que ocorre a formação da vontade e da opinião democráticas. A noção de que a comunicação linguística origina e legitima as democráticas é, pensamos, aqui evidente. Com efeito, é precisamente o fluxo de comunicação que evolui desde o plano da formação da opinião pública, através de discussões racionais orientadas para o entendimento mútuo, passando pelas eleições democráticas, reguladas por procedimentos que garantem a sua validade e legitimidade democráticas, até ao nível das decisões políticas em forma de lei, que assegura que a “influência” (Parsons) e o poder comunicativo sejam convertidos em poder administrativo, através, justamente, do direito. (SILVA, 2001, p.131)

Ao indicar as formas possíveis de combinação entre democracia participativa e democracia representativa – coexistência e complementaridade – Boaventura de Souza Santos ressalta em ambas a necessidade de adaptação dos diferentes modelos procedimentais, pois enquanto a coexistência “implica uma convivência, em níveis diversos, das diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional” (2002, p.76) a complementaridade impõe que o governo reconheça “que o procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemónico de democracia” (2002, p.76).

Habermas (2003) e Santos (2002), partidários das concepções não hegemônicas, igualmente destacam o procedimentalismo como indispensável ao atual modelo democrático, com a ressalva de incluir em seu conceito os movimentos societários, encarando-o como uma prática social de ampla deliberação e não como método de constituição e autorização dos governos como prega o modelo representativo liberal.

Percebe-se portanto que, hegemônicas ou não, desde o século passado todas as concepções de democracia se contrapõem a utilização descritiva do termo, própria da teoria clássica, enquanto sistema de governo para a realização do bem comum através da vontade

geral de todos ou de muitos, da plebe, do povo, da massa ou mesmo da maioria, que detém a soberania através da formação da vontade geral inalienável, indivisível e infalível; para priorizar seu uso prescritivo como um conjunto de regras para a formação de maiorias, conforme síntese de Norberto Bobbio (2003, p.239):

Schumpeter definiu a democracia como um *modus procedendi* a partir do qual indivíduos específicos obtêm o poder mediante uma competição cujo objetivo é o voto popular. Para Kelsen, a democracia é essencialmente um método para selecionar os chefes e seu procedimento fundamental são as eleições. A definição de Popper [...] é a forma de governo caracterizado por um conjunto de regras [...] Finalmente, Hayek escrever que o maior abuso que se pode cometer em com referência à definição de democracia é não estabelecer sua relação com um procedimento.

Assim como as teorias democráticas, o conceito de liberdade, enquanto bem mais precioso e objetivado por qualquer Estado de Direito, imprescindível à estabilidade política, também foi condicionado pelas novas tessituras das complexas relações sociais da modernidade, haja vista as inúmeras possibilidades ofertadas pelo pluralismo ideológico e social aos cidadãos.

## 1.2 - LIBERDADE E CONSTITUCIONALISMO

Num conceito jurídico rudimentar liberdade significa uma permissão para agir como se queira, ou seja, inexistência de norma que proíba uma ação (não autoriza a sua prática, determinando uma obrigação negativa, um não-fazer) ou ordene uma conduta (não autoriza sua omissão, impondo uma obrigação positiva, um fazer) (MARTINS NETO, 2008).

Porém o debate sobre a definição de liberdade acompanhou todas as linguagens políticas que formaram a modernidade ocidental, pois desde a dissolução da ordem feudal e do absolutismo as razões públicas que deram subsídio às diferentes revoluções do período se lastrearam na proposição de Estados capazes de permitir uma nova cena histórica para o exercício da liberdade, considerando que é a partir do seu conceito que se pode pensar as relações estruturais entre o consenso e coerção em um determinando corpo político, isto é, entre a liberdade do cidadão e a liberdade pública. Como ressalta Lucas Gonçalves da Silva (2011, p.272) ao comentar o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos “não por acaso, o direito à liberdade acompanha o direito à vida, como pressuposto básico de seu desenvolvimento intelectual e material”.

A tradição liberal, desenvolvida na Inglaterra do século XVII, corporificada na reação conservadora à Revolução Francesa e consolidada no século XIX com a ideia de livre mercado, tem sua origem marcada pela oposição às monarquias absolutas e ao mercantilismo, sendo o clamor por liberdade, inicialmente religiosa, política e econômica seu principal estandarte, enquanto ausência de coerção, favorecendo primordialmente a burguesia e seus planos de obstar o poder do soberano.

Para os liberais a liberdade é um direito pré-político inato ao homem, anterior ao nascimento do Estado, gravado apenas na esfera particular – como se fosse possível desvinculá-la da política – por isso mantém no centro de suas preocupações a autonomia privada do cidadão em oposição ao outro (principalmente o Estado), que representa uma constante ameaça à liberdade. Buscando um novo paradigma de soberania, haja vista o declínio da monarquia absolutista assentada numa Igreja Católica fragilizada, a Revolução Inglesa empenha a razão liberal mediante um conceito que naturaliza e identifica a liberdade com o mundo privado dos indivíduos e seus interesses, preexistente ao Estado, ao qual compete garantir e regulamentar seu exercício através da delimitação, funcionalização e instrumentalização do mundo público.

A partir dos fundamentos empregados pelo sentido liberal ao valor ético-político da liberdade, o valor igualdade recebe um significado específico pois, se a liberdade é um direito natural e individual de expressão, autodeterminação e associação, necessariamente será inerente a todos os direitos civis e políticos, ou seja, se o cânone constitucional da igualdade exige uma atitude equânime para todos, impõe igualmente que a todos seja garantida a mesma liberdade.

Considerando que o liberalismo vê a realidade unicamente do ponto de vista do indivíduo, o poder coercitivo estatal sempre será visto com desconfiança, devendo o Estado manter-se neutro diante de questões privadas como a sexualidade, a religião e a manifestação de pensamento, permitindo que cada indivíduo tenha absoluta discricionariedade ao optar por este ou aquele modo de vida.

Dessa forma, importa ao liberalismo a liberdade assentada em um conceito de não intervenção, de desejável distanciamento do Estado dos objetivos do indivíduo, ou seja, a chamada “liberdade negativa”, de sorte a não sofrer qualquer tipo de intervenção na sua vida privada para que seja considerado livre, o que legitima a concepção de propriedade e de lucro que, através da ciência econômica, realizariam a melhor vida social, fruto dos esforços que pretendam empenhar cada um dos indivíduos.

Por isso integra a pauta do liberalismo o reforço e a defesa de uma arquitetura institucional destinada a assegurar as liberdades igualitárias, materializada na proteção dos



direitos do indivíduo, na igualdade de acesso à justiça e nos meios normativos que os protegem de interferência externa, sobretudo da tirania e do autoritarismo do Estado. Nesse sentido “a liberdade é coextensiva à igualdade uma vez que implica uma distribuição de poder que permite o apropriado desenvolvimento de individualidades no seio da sociedade” (MENDONÇA, 2013, p.57).

Relativamente à liberdade de expressão, que é considerada uma proteção do indivíduo em face do Estado, qualquer interferência deste é entendida como censura, assim escuda-se o liberalismo na garantia dos direitos de expressão, liberdade e pluralidade de opiniões, para obrigar a transparência do Estado e prestação de contas, proteção do indivíduo, visibilidade pública mediada pelos meios de comunicação de massa contra os arbítrios privados e públicos, pela defesa intransigente das liberdades e igualdade de todos no interior da comunidade política. (GOMES, 2008).

Assim, no âmbito do liberalismo, a liberdade – como forma de se impor a igualdade entre os homens – apresenta um viés negativo como um mecanismo de restringir a ação do Estado, cuja existência se destina apenas a garantir a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, que por sua vez não devem sofrer qualquer tipo de intervenção nas suas vidas privadas a fim de serem considerados livres. Dessa persistente disputa acerca dos limites da intervenção legítima estatal no espaço privado, vocacionado a ser protegido de qualquer intromissão, deriva uma “desconfiança genética em relação à política, em particular ao Estado, acomodando-se o liberalismo em vários contextos e tradições, principalmente nas chamadas correntes do elitismo liberal, a uma reduzida participação ativa dos cidadãos na vida pública” (GUIMARÃES; AMORIM, 2013, p.24).

Todavia é importante destacar que a ideia central do liberalismo de compreender a liberdade em sua dimensão negativa de oposição ou limitação às leis e ao Estado encontrará gradações distintas de acordo com a corrente liberal. De um lado o liberalismo político ou de direitos, o liberalismo ético ou igualitário e o liberalismo democrático relacionam a liberdade a princípios de justiça, de participação, de novos direitos e mesmo de direitos antipatriarcais, conservando a liberdade no mundo privado e deslocando os limites da intervenção legítima do Estado e das leis. Já as correntes liberais economicistas, neoliberais e conservadoras reforçam a dimensão privatista e mercantil da liberdade, distanciando-as ainda mais dos limites do mundo público, do Estado e das leis, pregando o Estado mínimo (GUIMARÃES; AMORIM, 2013).

Por sua vez, para a tradição republicana, historicamente próxima da democracia clássica grega e da república romana, a liberdade individual procede de sua defesa pública sendo

associada à vida ativa, ao livre-arbítrio, ao autogoverno, à participação na *res publica*, daí porque vê a cidadania como inscrição fundamental na comunidade política, a fim de que a dimensão civil da sociedade recupere a assegure o controle sobre o Estado. Além das liberdades negativas (ausência de constrangimento ou imunidade de coação externa dos liberais), preocupa-se o republicanismo com os direitos igualitários e as oportunidades concretas de participação política, de elaboração das leis e de engajamento na vida coletiva por parte da esfera civil. A inimiga da liberdade é a lei arbitrária, originada e exercida sem o consentimento livre e público dos cidadãos e cidadãs, ou seja, a “liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima” (SILVA, 2011, p.273). Nesse sentido a liberdade de expressão é sinônimo de liberdade de deliberação em nome do interesse público, sendo uma ferramenta fundamental para a participação política, cabendo ao Estado garantir que todos os cidadãos possam exercer equânime e plenamente a liberdade de expressão (GOMES, 2008).

Com base em uma reconstrução histórica do conceito republicano de liberdade Juarez Guimarães e Ana Paula Amorim enumeram cinco fundamentos que julgam indispensáveis à ampliação de sua expressão para além de um conceito unidimensional tipicamente liberal que associa a liberdade apenas ao espaço de não intervenção ou regulação do Estado, pugnando por uma definição multidimensional relacionada aos sentidos de autogoverno, autonomia e autocriação da identidade:

[...] fundamentos do reconhecimento e a institucionalização do conflito (a liberdade não pode se fundar sob uma perspectiva de que todos são homogêneos ou tomar o consenso normativo como pressuposto), do autogoverno (não se pode ser livre quem vive sob leis fundamentais organizadas fora de seu ativo consentimento), da simetria de direitos e deveres entre mulheres e homens de qualquer raça ou etnia (a opressão das mulheres ou dos brancos não é incompatível com uma sociedade livre), das condições socioeconômicas que tornam possível a autonomia (não pode ser livre aquela ou aquele cujas decisões sobre seu trabalho, a repartição das riquezas e a regulação da vida econômica geral escapam a sua vontade individual e coletiva) e da liberdade de expressão do cidadão (não se imagina a possibilidade de um cidadão ou cidadã censurados e sem direito à voz na formação de uma opinião pública democrática) (GUIMARÃES; AMORIM, 2013, p.49-50).

Portanto, independentemente da tradição liberal ou republicana, o sentido jurídico de liberdade persiste associado à autorização de agir segundo o livre arbítrio desde que inexistam impedimentos legais que determinem uma ação (leis mandamentais) ou omissão (leis proibitivas).

Uma configuração recíproca entre autonomia individual e o princípio da soberania define a constituição democrática das leis essenciais que regem o corpo político legítimo, pois “todos são iguais porque livres, isto é, ninguém está sob o poder do outro, uma vez que todos obedecem às mesmas leis das quais todos são autores (diretamente, numa democracia participativa; indiretamente, numa democracia representativa)” (CHAUÍ, 2012, p.1).

Com o surgimento da teoria do poder constituinte de Joseph Sieyès, segundo a qual toda constituição pressupõe um poder soberano e inerente à nação vinculado apenas a si próprio, superior aos demais poderes do Estado e impossível de ser modificado por eles, as normas proibitivas e mandamentais passaram a também integrar as cartas constitucionais como expressão das conquistas históricas e, em especial, como garantidoras de direitos e liberdades reivindicadas ao longo dos séculos XVIII e XIX pelos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionária, opondo-se aos poderes ilimitados de quem quer que fosse (monarca ou povo), estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder. Após formar a constituição o poder constituinte nela permanece em tensão com os poderes por ele constituídos – chamados de constitucionalismo – que defenderão e resguardarão a própria constituição.

A constitucionalização dos direitos, liberdades e garantias corresponde a uma decisão do poder constituinte no sentido de conferir uma tutela jurídica reforçada a determinados bens jurídicos, tendo em vista a sua íntima ligação com a personalidade individual ou a sua afirmação, na experiência histórica, como um espaço privilegiado de conflito entre os interesses dos indivíduos e dos grupos, por um lado, e da comunidade por outro (MACHADO, 2002, p.378-379)

Essa opção de positivizar os direitos fundamentais em um documento formal escrito foi inaugurada a partir da experiência estadunidense que, ao contrário da Europa que combateu o antigo regime e retirou o poder das mãos do monarca em favor dos legítimos representantes do povo estabelecidos no Legislativo, lutou contra o poder abusivo do Parlamento inglês sobre os colonos norte-americanos, razão pela qual a tutela dos direitos individuais conquistados foi conferida não ao Presidente ou ao Legislativo, e sim à Constituição (GODOY, 2012).

Desse modo, nas democracias constitucionais a determinação do âmbito de liberdade que cabe a cada indivíduo não é deixada a cargo apenas do legislador ordinário nem é condicionada à ausência de regulação, sob pena de se possibilitar que eventuais maiorias parlamentares decidam a qualquer tempo de forma contrária à liberdade tal qual um regime absoluto. Nessas hipóteses a liberdade é entendida para além da definição simplória de ausência

de proibições ou mandamentos no nível infraconstitucional, sendo encarada como permissão constitucional que objetiva proteger os indivíduos e as instituições contra a tirania da maioria através de um rol de direitos variável conforme cada ordem constitucional, mas que deve contemplar conquistas históricas como o sufrágio universal, a vedação da tortura, a função social da propriedade, a garantia do devido processo legal, o pluralismo político e a liberdade de expressão (MARTINS NETO, 2008).

Assim o constitucionalismo que inicialmente traduzia a preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal, passa a impor que o Estado, além de se encontrar limitado, assim o seja a partir de normas jurídico-constitucionais, consubstanciadas geralmente em um texto escrito de difícil modificação, que expressam não apenas um ser, mas também um dever-ser, com seus princípios irradiando sobre todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Não se infirma a condição do poder constituinte ser, sob a ótica jurídica, a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, um poder onipotente, que surge do nada e inaugura uma nova ordem dando a forma jurídica do político e, além de temporalmente limitado, se autolimita ao criar a Constituição, que será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo.

Porém para Miguel Gualano Godoy é possível entender o constitucionalismo para além da preservação da constituição e limitação ao poder constituinte, exibindo-o e o ratificando quando assegura os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo, por exemplo quando estabelece não só a proteção, mas o funcionamento de mecanismos de salvaguarda das minorias ou dos reclamos realizados através de protestos dos grupos sociais mais necessitados. Nessa dinâmica o constitucionalismo acontece no presente, não como mera repetição do passado, mas como condição para o exercício dos direitos, isto é, como conjuntura para a ação política, inaugurando perspectivas e objetivos para o futuro ao impulsionar a concretização dos compromissos históricos assumidos constitucionalmente naquele passado contemporâneo à constituinte (2012).

Nesse pensar os artigos 1º e 3º da Constituição brasileira de 1988, após declarar que nossa República Federativa se constitui em Estado Democrático de Direito fundado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, apresenta os objetivos a serem perseguidos: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dessa maneira, simultaneamente à limitação do poder (Estado de Direito), o constitucionalismo deve assegurar a proteção de direitos ao honrar compromissos radicalmente democráticos como a soberania e o pluralismo político (Estado Democrático), o que se efetiva quando da aplicação da própria Constituição e da concretização dos direitos nela previstos. Nesse momento cabe à democracia impedir a estagnação das conquistas do constitucionalismo, pois “ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário” (GODOY, 2010, p.56). Será exatamente através da aplicação da Constituição enquanto fundamento de decisões que garantem direitos e seu exercício, que sua carga revolucionária será exibida e revigorada.

A divergência é própria do espírito democrático e diz respeito ao significado e implantação dos seus princípios ético-políticos, sendo o consenso sempre provisório e questionado pelas confrontações em curso. “Isso significa que não há democracia como devir, mas se realizando” (PRUDENCIO, 2010, p. 268). Em outras palavras, formas democráticas devem ser entendidas não como um sistema acabado de governo, mas como “respostas parciais, desafiadas permanentemente por novos reclamos democráticos, por um lado, e ameaçadas por movimentos de acomodação e oligarquização, por outro, em um processo sempre inacabado” (MIGUEL, 2014, p.96).

Logo a contribuição da democracia para a atualização da Constituição se realiza a partir do confronto com o constitucionalismo, pois enquanto a primeira significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inserindo-o nas discussões de deliberações, aquele regula este processo impondo limites, padrões e determinações à soberania popular, tornando alguns conteúdos da Constituição imunes à decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Da força desse produtivo embate resultará uma esfera pública radicalmente democrática que concretize o poder político efetivamente nas mãos do povo comum, uma vez que:

A democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes, e essas condições são, justamente, os princípios e as regras estabelecidas pela Constituição. Ao mesmo tempo, a Constituição só adquire um sentido perene se estiver situada em um ambiente democrático (GODOY, 2012, p.57).

Por trás das democracias atualmente existentes domesticadas pelas desigualdades sociais, com déficits gritantes nas liberdades e nos direitos individuais herdados do liberalismo, o ideal democrático permanece mantendo seu potencial subversivo (MIGUEL, 2014). Essa concepção de democracia como processo vocacionado à transformação através de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que afrontem a construção social alicerçada no *status quo* e abandonam a posição individual e egoísta, para atuar em favor de uma posição plural, fundada exclusivamente em um processo de construção e reflexão públicos, corresponde ao deliberacionismo (democracia discursiva ou deliberativa), na qual o centro das atenções é a existência de uma arena discursiva que funciona como esfera intermediária entre o Estado e a sociedade, enquanto habitat natural da liberdade de expressão.

### 1.3 - A ORIGEM E O DESVIRTUAMENTO DA ESFERA PÚBLICA

Originariamente concebida pela burguesia, que a partir do século XVI ocupava um papel de destaque na economia mas era excluída do poder exercido como domínio do Estado e da Igreja, a esfera pública possibilitou um âmbito livre do domínio das instâncias estabelecidas e neutro quanto ao poder político do Estado, do qual o indivíduo participava em condição de mera humanidade, despido de qualquer privilégio ou vantagem não-discursiva oriunda da realeza, hierarquia social ou investidura estatal, a fim de contrastar o que há de arbitrário e secreto no poder e na dominação estatal (GOMES, 2008).

O modelo de produção da decisão política burguesa – argumentativo, inclusivo e aberto em detrimento do segredo autocrático – retomava assim a ideia clássica de democracia da antiguidade para a esfera pública do presente, que se desenvolve mediante a troca de argumentos em público como um livre mercado de ideias, pontos de vista, de problematizações, de reivindicações medidas discursivamente:

Os burgueses não denominam “democracia” a sua proposta de Estado e o seu modelo de produção da decisão política, em polémica contra o Estado aristocrático, por acaso; fazem-no porque querem atribuir um pedigree filosófico, um passado clássico, a um modelo político formulado por uma classe social que, em contraste com a aristocracia, tem tudo menos justificação social, fundamento, passado, herança, nobreza. Ir aos gregos é também um subterfúgio retórico na polémica contra o Estado absoluto, é encontrar um fundamento para além daquela da aristocracia europeia; o clássico é o único refúgio ideológico seguro contra os direitos das linhagens aristocráticas, que chegam longe, mas não tão longe. A questão é que, uma vez que se chegue à democracia ateniense, o princípio da palavra democrática não é mais dispensável. [...] O fato é que nem os burgueses propriamente inventam a tese

da discussão pública nem a tese da discussão pública como princípio de legitimação é tipicamente burguesa. Nesse caso, a ideia de esfera pública não é propriamente um produto originalmente burguês, mas simplesmente a nova versão (moderna, liberal, iluminista) da ideia de discussão pública. (GOMES, 2008, p.60 e 61)

Para Habermas, cuja obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, de 1961, é uma referência histórica quanto ao tema, a partir de uma reflexão sobre o surgimento da opinião pública na França, Alemanha e principalmente na Inglaterra nos séculos XVIII e XIX, o primeiro exemplo de esfera pública em funcionamento ocorreu na Inglaterra como decorrência de três acontecimentos dos anos de 1694/95: o fortalecimento do capitalismo através da criação do Banco da Inglaterra, o primeiro governo de gabinetes como início da parlamentarização do poder estatal e a derrubada do *Licensing Act* de 1643, que condicionava a impressão de qualquer material à prévia licença estatal segundo critérios eminentemente subjetivos. Assim a superação dessa censura prévia “assinala uma nova fase do desenvolvimento da esfera pública, possibilita o ingresso do debate na imprensa e permite esta transformar-se num instrumento com cuja ajuda decisões políticas podem ser tomadas perante o novo fórum do público” (HABERMAS, 2003, p. 77).

Ao contrário do parlamento, que sempre teve por missão política concretizar institucionalmente a esfera pública, a existência da imprensa inicialmente esteve condicionada à regular circulação de meras informações acessíveis ao público, porém em pouco tempo assumiu funções relacionadas à defesa de interesses da camada burguesa em face do poder estatal através de conteúdos críticos e pedagógicos, sendo considerada tanto uma instituição da esfera pública, quando intermedia o raciocínio das pessoas privadas reunidas num público, quanto um instrumento da construção e reunião de públicos, substituindo ou complementando os cafés, salões e comunidades de comensais. A partir desse momento, a imprensa vincula-se em definitivo à ideia de opinião pública, sendo sua voz por excelência, mas especificamente a opinião pública política, enquanto mecanismo que auxiliará na tomada e legitimação de decisões políticas perante o público, a fim de sedimentar a soberania popular, que estava acima de tudo e unificou os projetos democráticos em oposição ao regime absolutista (GOMES, 2008). “O conceito de opinião pública entra na cena histórica como realização das Luzes e da Razão, o canteiro em que floresceria a árvore da Verdade e da Justiça: era o grande tribunal dos homens comuns” (BUCCI, 2000, p.167).

Porém, segundo Habermas (2003, p.93) não se pode conceber o surgimento e concretização da esfera pública dissociando-a do maior objetivo da classe burguesa – a liberação do mercado segundo a autonomia privada:

Os excursos históricos sobre o surgimento de uma esfera pública em funcionamento político na Inglaterra e no continente europeu continuam abstratos enquanto se limitarem à correlação institucional de público, imprensa, partidos e parlamento e às tensões de um confronto entre autoridade e publicidade como o princípio de um controle crítico dos gabinetes ministeriais. Podem comprovar que, durante o século XVIII, a esfera pública assume funções políticas, mas o modo de ser da própria função só pode ser entendido, naquela fase específica da evolução da sociedade burguesa, como um todo, em que intercâmbio de mercadorias e trabalho social grandemente se emancipam de diretivas estatais. No ordenamento político com que esse processo chega a seu término provisório, não por acaso a esfera pública passa a ter uma função central: ela se torna diretamente o princípio organizatório dos Estados de Direito burgueses com forma de governo parlamentar, como na Inglaterra depois da grande Reform Bill de 1832; com certas limitações, o mesmo também é válido para as assim chamadas monarquias constitucionais, de acordo com o modelo da Constituição belga de 1830.

A esfera pública burguesa, constituída por indivíduos privados, situa-se portanto entre a esfera particular e a esfera estatal e, tendo por dimensões fundamentais a visibilidade e a discutibilidade, procura coibir a ascensão do Estado autocrático sobre os domínios da intimidade e da privacidade, bem como promover a ampliação da cidadania sobre o domínio estatal. Seu produto mais eloquente, a opinião pública, “consagra-se como o tribunal máximo da democracia americana e, de forma disseminada, de todas as democracias do século XX. A mediá-la, sempre está a imprensa” (BUCCI, 2000, p.170).

Inobstante a relevância da noção de esfera pública burguesa para a constituição de mecanismos da democracia contemporânea, pois foi a partir dela que institutos como o governo parlamentar, a imprensa livre e a liberdade de opinião em geral, o voto universal, o Estado de Direito, etc., foram normatizados durante a era moderna, as significativas mudanças sociais alteraram-na estruturalmente, sendo o desenvolvimento da imprensa através dos meios de massa utilizado como um paradigma dessa mutação que suprimiu suas três características fundamentais – acessibilidade, discutibilidade e racionalidade – e a ainda corrompeu o resultado mais essencial da esfera pública, a opinião pública, cuja definição em Bobbio (1998, p.842) apresenta duas dimensões:

A Opinião pública é de um duplo sentido: quer no momento da sua formação, uma vez que não é privada e nasce do debate público, quer no seu objeto, a coisa pública. Como "opinião", é sempre discutível, muda com o tempo e permite a discordância: na realidade, ela expressa mais juízos de valor do que juízos de fato, próprios da ciência e dos entendidos. Enquanto "pública", isto é, pertencente ao âmbito ou universo político, conviria antes falar de opiniões no plural, já que nesse universo não há espaço apenas para uma verdade



política, para uma epistemocracia. A Opinião pública não coincide com a verdade, precisamente por ser opinião, por ser doxa e não episteme; mas, na medida em que se forma e fortalece no debate, expressa uma atitude racional, crítica e bem informada.

A degeneração da esfera pública moderna, submissa aos meios de comunicação de massa, fez com que o público a quem anteriormente cabia intermediar argumentativa e racionalmente a legitimação das decisões e leis, fosse substituído pelas negociações entre organizações e partidos, sendo chamado apenas a se manifestar de forma esporádica e plebiscitária, sem discussão, sobre um conjunto – reduzido e pré-estabelecido de maneira não-pública – de alternativas. Assim, para Habermas, a discutibilidade crítica desenvolvida no interior da esfera pública a fim de garantir que uma posição se exponha ao crivo da racionalidade argumentativa da comunicação pública, foi sucedida por uma discursividade manipuladora e sedutora que busca a boa vontade do público para aquela posição (GOMES, 2008).

De instituição por excelência da esfera pública, que era ao mesmo tempo lugar, ocasião e um meio de comunicação da opinião pública, a imprensa tornou-se o lugar, ocasião e meio através do qual deve se fazer circular aquilo que se pretende converter em opinião pública, ou seja, um meio de propaganda de opiniões já estabelecidas às quais se busca adesão (GOMES, 2008).

O que antes era garantia de liberdade de crítica contra o Estado, o caráter privado da imprensa, tornou-se elemento comprometedor dessa capacidade por se limitar a refletir interesses particulares, alheios à constituição de uma autêntica esfera pública, dirigidos a pessoas privadas:

Com isso, a base originária das instituições jornalístico-publicitárias é exatamente invertida nesses seus setores mais avançados: de acordo com o modelo liberal de esfera pública, as instituições do público intelectualizado estavam, assim, garantidas frente a ataques do poder público por estarem nas mãos de pessoas privadas. Na medida em que elas passam a se comercializar e a se concentrar no aspecto econômico, técnico e organizatório, elas se cristalizam nos últimos cem anos, em complexos com grande poder social (Bourdier), de tal modo que exatamente a sua permanência em mãos privadas é que ameaçou por várias vezes as funções críticas do jornalismo. Em comparação com a imprensa da era liberal, os meios de comunicação de massa alcançaram, por um lado, uma extensão e uma eficácia incomparavelmente superiores e, com isso, a própria esfera pública se expandiu. Por outro lado, também foram cada vez mais desalojados dessa esfera e reinseridos na esfera, outrora privada, do intercâmbio de mercadorias; quanto maior se tornou a sua eficácia jornalístico-publicitária, tanto mais vulneráveis se tornaram à pressão de determinados interesses privados, seja individuais, seja coletivos. (HABERMAS, 2003, p.221).

Logo, com o surgimento dos meios de comunicação de massa, a esfera pública burguesa deixa de ser a instância que reúne as consciências livres e lúcidas num ambiente dialógico, vocacionada à recepção e emissão de opiniões. Enquanto a imprensa do século XIX eram produto da iniciativa dos cidadãos, os *massa media* do século XX são um produto do mercado, instados não pela necessidade política do público, mas pelo interesse econômico. A alteração da esfera pública implicou a transformação histórica e estrutural também da democracia, na qual a imprensa, concebida como representante da opinião pública e subordinada apenas ao interesse público, passa a obedecer o mercado (BUCCI, 2000).

Essa nova dinâmica dos meios de comunicação de massa alterou o próprio conceito de publicidade, que antes objetava a política do segredo praticado pelos monarcas, a fim de submeter a questão ao julgamento público, tornando as decisões políticas sujeitas à revisão perante a opinião pública mediante a exposição discursiva de posições num debate acessível a todos os interessados e conduzido com razoabilidade. Para Habermas (2003, p.235) a publicidade passou a ser instrumento “de uma secreta política de interesses: ela consegue prestígio público para uma pessoa ou questão e, através disso, torna-se altamente aclamável num clima de opinião não-pública”. Daí o surgimento de expressões como “trabalhar ou fabricar a esfera pública”, pois o objetivo é buscar formas concretas de adesão, através de um convencimento que dispensa a discussão racional e se utiliza de simpatia e boa vontade para seduzir a opinião do maior número possível de pessoas, que porém não poderá classificada como pública, uma vez que não foi resultado da discussão pública, sendo apenas encenada e, tal qual a propaganda, se encerra na difusão deliberada e sistemática de mensagens destinadas a um determinado auditório, com o objetivo de criar uma imagem positiva ou negativa de determinados fenômenos (pessoas, movimentos, acontecimentos, instituições, etc.) e estimular determinados comportamentos através do emprego de elementos puramente emotivos e estereótipos, artifícios esses responsáveis pela conotação negativa dessa forma de publicidade que sectariamente expõe apenas certos aspectos da questão – própria dos regimes totalitários (BOBBIO, 1998).

À semelhança da esfera pública burguesa a propaganda, que adquiriu no século XX uma enorme importância, tem origem em vários acontecimentos do século XIX: a duplicação da população mundial entre 1800 e 1900, a urbanização de grandes massas com a Revolução Industrial, o constante progresso da tecnologia das comunicações, a crescente difusão da

imprensa entre todas as camadas sociais, o surgimento de movimentos políticos de massa, sobretudo o socialismo, a maior importância que a partir da Revolução Francesa foi dada à ideologia como premissa ou justificação da ação e, finalmente, a transformação das características da guerra que, de atividade reservada a mercenários ou especialistas, tende a converter-se cada vez mais em guerra total, ou seja, a envolver toda a população (BOBBIO, 1998).

Portanto, sendo os meios de comunicação em massa ordenados segundo os princípios da persuasão e sedução – ínsitos à propaganda – a esfera pública política neles desenvolvida igualmente será marcada por esforço na construção e gestão de imagens e pela produção da opinião pública predominante, cada vez mais alheia à argumentação racional e demonstrativa:

A propaganda é outra função que uma esfera pública dominada por mídias assumiu. Os partidos e as suas organizações auxiliares veem-se, por isso, obrigados, a influenciar as decisões eleitorais de modo publicitário, de um modo bem análogo à pressão dos comerciais sobre as decisões de compra: surge o negócio do marketing político. Os agitadores partidários e os propagandistas ao velho estilo dão lugar a especialistas em publicidade, neutros em matéria de política partidária e que são contratados para vender política apoliticamente (HABERMAS, 2003, p.252)

A esfera pública moderna corresponde assim “à esfera da representação pública dos interesses privados, que não ousam assumir tal condição” (GOMES, 2008, p.52) e para tanto recebem uma expressão de interesse público, passando a operar de acordo com a lógica do mercado através de negociações, barganhas, favorecimentos e compensações obscuras entre as forças do Estado e os grupos de interesse fora da esfera pública nos chamados “bastidores”, remetendo a discursividade apenas para o momento da cerimoniosa decisão a fim de legitimá-la como sujeita à opinião pública e por ela aprovada no “palco” montado pela mídia, onde o jogo de cena é representado para o povo em geral, apenas com o objetivo de distrair a plateia e manter a estabilidade do sistema, perpetuando o mito da democracia como “governo do povo” (MIGUEL, 2014).

A função de produção de decisões legítimas – porque submetidas à racionalidade argumentativa do debate público – antes a cargo exclusivamente da esfera pública, foi a partir da consolidação do Estado de Direito cindida: a produção das decisões compete apenas à esfera pública institucionalizada (parlamentos, congressos e assembleias nacionais) que age furtivamente através de representantes mas sob a influência de particulares (partidos, organizações e grupos constituídos) longe do conhecimento público, ao passo que a legitimação é feita pela esfera pública midiática que, aliada ao sistema político, faz com que as decisões ou

opiniões produzidas à revelia do público aflorem publicamente de modo a obter dos cidadãos assentimento, adesão ou, no mínimo, uma simpática tolerância, ou seja, uma esfera de representação pública de posições geradas de forma não-pública. Nessa dinâmica a discursividade busca apenas a anuência do público, enquanto que a visibilidade limita-se à exibição.

Não se procura obter o próprio reconhecimento na esfera pública e sim conquistá-lo através desta, considerando que as posições não são apresentadas pelos seus próprios fundamentos com vistas ao confronto de ideias, mas somente expostas a título publicitário, perdendo-se “a dimensão social da exposição argumentativa de questões referentes ao bem comum para ser a dimensão social da exibição discursiva midiática de posições privadas que querem valer publicamente e, para isso, precisam de uma concordância plebiscitária do público” (GOMES, 2008, p.54).

Resta à esfera pública – em verdade somente uma esfera encenada, de exibição ao público – a função simbólica de ungir como questão de interesse público demandas privadas de sujeitos organizados em grupos de interesses, reforçando o prestígio da posição que se tem, sem submetê-la à discussão pública. Nesse sentido a opinião resultante desse processo não é gerada publicamente, carecendo portanto de racionalidade, coerência ou razoabilidade, mas apenas capaz de angariar a adesão pública, tendo o mercado de comunicação de massa papel decisivo nessa nova dinâmica destinada a trabalhar a esfera pública segundo os princípios e técnicas de administração de negócios, bem como estratégias persuasivas não-dialógicas, em prejuízo para a vida pública democrática (GOMES, 2008).

#### 1.4 - ESFERA PÚBLICA MIDIÁTICA E A DEMOCRACIA MODERNA

Mesmo com a mudança apontada por Habermas quanto a natureza da esfera pública, a noção liberal de democracia permanece exigindo que as questões relativas ao bem comum sejam decididas de forma negociada ante o conjunto dos cidadãos, numa disputa argumentativa conduzida com racionalidade, cujo resultado será uma posição teórica e prática em face da questão posta, isto é, a opinião pública, a fim de distingui-la dos regimes autocráticos, nos quais aquelas questões são resolvidas pelo arbítrio do déspota segundo seus critérios pessoais. Por isso esse novo modelo de esfera pública, distante do ideário iluminista, ainda subsiste normativamente e permanece indissociável à noção de democracia, enquanto fonte de legitimação social das decisões relativos ao bem comum.

Ocorre que essa esfera pública, nas democracias contemporâneas, eminentemente representativas, foi transferida para dentro da esfera de decisão política que por sua vez é separada da esfera civil, sendo ocupada por representantes eletivos autorizados a governar e a legislar em nome do povo. Ou seja, a esfera pública iluminista inspirada no princípio da discussão democrática clássica, que era exclusivamente civil, pois situada à margem da esfera de decisão política própria da aristocracia, foi deslocada para dentro da esfera especializada em decisão política, na qual se dará a discussão aberta, justa e argumentada dos negócios públicos como método deliberativo, uma vez que a arquitetura de Estado implementada pelas revoluções burguesas foi baseada no recurso da representação política dos cidadãos e não no exercício direto e universal da decisão política tal qual o modelo da *polis* grega (GOMES, 2008).

Todavia o método adotado para escolha dos representantes – a eleição – ao invés do sistema de sorteio característico da democracia grega em obediência à premissa fundamental da igualdade, relaciona-se ao “princípio da distinção” aristocrático, implicando necessariamente a redução da presença popular na esfera pública institucionalizada, que é ocupado por indivíduos supostamente mais bem preparados, oriundos da aristocracia (MIGUEL, 2014).

Esse deslocamento traz prejuízos à soberania popular quando restringe quase que por completo o poder da cidadania à escolha dos governantes e debilita a influência da opinião pública na produção da decisão política; porém essa reestruturação da esfera pública “é muito mais resultado histórico do seu êxito (a conquista de Estados liberais) do que uma decorrência da intromissão de algum princípio estranho ao sistema, como a comunicação de massa” (GOMES, 2008, p.65).

Para Wilson da Silva Gomes, trinta anos após defender em “Mudança estrutural da esfera pública” que a comunicação de massa era uma adversária em potencial da deliberação pública, em “Direito e Democracia” Habermas (2008, p.107) admite a capacidade dos *massa media* levar a prática política – tanto aquela do sistema político quanto aquela dos cidadãos – ao máximo histórico de discutibilidade e visibilidade:

Mudança estrutural tratava da decadência da esfera pública, sobretudo em virtude do seu controle e de sua manipulação por parte dos meios de massa. A esfera pública contemporânea seria um falseamento, além de tudo antidemocrático, daquela esfera burguesa. Em Direito e democracia, a esfera pública atual é parte constitutiva da engrenagem que faz funcionar, para o bem da democracia, encaixes entre a esfera civil e a esfera política do Estado.

“Direito e Democracia” defende a necessidade da opinião e da vontade – fórmula para designar a construção da opinião pública e da decisão política – serem geradas a partir de processos discursivos coletivos ou públicos, segundo a tradição republicana, pelos menos oportunizando em igualdade de condições a participação de todos os potencialmente afetados pelo resultado, o que as torna democraticamente justificada e legítima a produção da decisão política em geral, da lei e das políticas públicas em particular (GOMES, 2008).

Essa fórmula permite a junção da dimensão factual e normativa da lei, pois enquanto o Direito, que surge de um processo coletivo de produção, é pré-condição, demandada e aceita pelos membros de uma comunidade política para o exercício da democracia; a democracia corresponde ao meio pelo qual o cidadão exerce sua autonomia política mediante a participação plena no processo de formação da opinião e vontade materializadas no direito (GOMES, 2008).

A formação discursiva da opinião e da vontade pode ser concretizada institucionalmente através dos corpos parlamentares, tendo por resultado a lei e programas políticos, ou de forma não institucional, informal ou autônoma por meio de um espaço abstrato de comunicação onde transitam ideias, argumentos, pontos de vista, problemas, contribuições e informações, produzindo democraticamente a opinião e vontade públicas (GOMES, 2008).

Porém, diante da esfera pública midiática, a mobilização da opinião pública para fins de legitimação da conduta política e das intervenções na estrutura institucional democrática passou a exigir dos agentes políticos uma razoável competência comunicativa, pois atualmente se “considera tão ou mais importante que o desempenho ‘real’ das instituições a percepção desse desempenho e do compromisso dos mandatários com os interesses dos representados” (PRUDENCIO, 2010, p.263).

Esse impacto dos meios de comunicação de massa, que altera substancialmente as práticas políticas, é dividido por MIGUEL e BIROLI (2010) em quatro aspectos distintos: 1) a mídia tornou-se o principal instrumento de contato entre a elite política e os cidadãos comuns, inclusive diminuindo o peso dos partidos políticos que tradicionalmente tinham a função de mobilizar suas bases e receber as demandas da população; 2) o discurso político foi adaptado às formas exigidas pelos meios de comunicação de massa; 3) a definição da agenda pública passa a ser estabelecida de acordo com a visibilidade dos temas na mídia, direcionando e obrigando os líderes políticos e a própria máquina pública; e 4) a gestão da visibilidade como forma de produção de capital político passa a ser prioridade para a classe política, inclusive em função dos escândalos relativos à esfera privada.

A opinião pública corresponde ao resultado da interação de grupos funcionais, ou seja, organizações portadoras de interesses especiais, diferenciadas de acordo com sua posição, prestígio e poder na sociedade, que atuam sobre os chamados “indivíduos-chave”, aos quais cabe decidir de acordo com as diversas influências, demandas, urgências que lhe são apresentadas. Assim, de acordo com essa interação e confronto dos diversos pontos de vista e posturas dos grupos é formada a opinião pública (PRUDENCIO, 2010).

Dentre esses grupos funcionais, a mídia assume na contemporaneidade uma função medular, haja vista o aumento do tempo de seu consumo bem como a ampliação exponencial do conteúdo transmitido, alternado as fronteiras entre diferentes espaços e grupos sociais, redesenhando o exercício da autoridade e fragmentando as representações mentais do mundo de que de servem as pessoas para nele se situarem (MIGUEL, 2010).

O próprio crescimento populacional tornou a mídia a instituição mediadora por excelência dos discursos dos outros grupos, razão pela qual a agenda pública – lista sobre o que é necessário se discutir e que influencia a compreensão que as pessoas têm de grande parte da realidade social – hoje se confunde com a agenda da mídia, que tem como norte, não necessariamente o bem público, mas a potencialidade do fato transforma-se em acontecimento, ou seja, critérios de noticiabilidade de acordo com sua capacidade de retenção da audiência e novidade (PRUDENCIO, 2010).

Venício A. de Lima e Juarez Guimarães (2013) também destacam que a interação constitutiva entre mídia e política reflete-se em todas as etapas do processo democrático, começando com a formatação da agenda, mediante a seleção das informações publicadas, destaque de opiniões, ênfase e dramatização de determinados temas; passando pela visibilidade dos próprios atores políticos em diferentes graus e formas de apresentação, com evidente reflexo no pluralismo e assimetria da disputa política; e nível de exposição e crítica das gestões públicas em curso, que será decisivo para a construção dos juízos de aprovação ou reprovação popular.

Na primeira dimensão da representação política está o voto que, como método de escolha dos governantes e parlamentares, é ao mesmo tempo o episódio fundador da relação entre representantes e representados, que autoriza os primeiros a decidirem em nome do povo, titular da soberania, e também a meta orientadora daquela outorga, que reflete a avaliação do mandato recebido. Já a formação da agenda pública debatida na eleição e norteadora das ações políticas corresponde à segunda dimensão da representação, pois condicionará os parâmetros da escolha esclarecida do eleitor. Dentre os diversos grupos de interesses responsáveis pela

produção da agenda pública os meios de comunicação de massa têm absoluta proeminência na capacidade de formular as preocupações públicas:

Os diversos grupos de interesses presentes na sociedade disputam a inclusão ou exclusão de temas na agenda, bem como sua hierarquização, mas quem ocupa a posição central são os meios de comunicação de massa, conforme tem demonstrado a ampla literatura sobre a chamada agenda-setting (definição da agenda). A mídia é, de longe, o principal mecanismo de difusão de conteúdos simbólicos nas sociedades contemporâneas e, uma vez que inclui o jornalismo, cumpre o papel de reunir e difundir as informações consideradas socialmente relevantes. Todos os outros ficam reduzidos à condição de consumidores de informação. Não é difícil perceber que a pauta de questões relevantes, postas para a deliberação pública, deve ser em grande parte condicionada pela visibilidade de cada questão nos meios de comunicação (MIGUEL, 2014, p.119)

O alargamento do papel da mídia na estrutura social como intermediária fundamental do debate público e da produção da agenda política lhe valeu a sempre lembrada designação de “Quarto Poder”, que segundo Afonso de Albuquerque (2010) pode representar três definições distintas de acordo com o tipo de relação que a imprensa mantém com o poder público.

Inicialmente há o modelo do *Fourth Estate* (Quarto Estado), derivado da tradição liberal britânica do século XIX (Thomas B. Macaulay e Thomas Carlyle), que explica a imprensa como um contrapoder, com a atribuição de realizar um controle externo do governo através da publicização de temas em nome do interesse dos cidadãos, tal qual um cão de guarda (*watchdog*), expressão esta mais recente. Nesse sentido, assentado na galeria dos repórteres, o Quarto Estado – o primeiro era o Clero, o segundo a Nobreza e o terceiro os Comuns – representaria os interesses da sociedade como um todo no Parlamento, sendo imprescindível a essa missão adotar uma postura independente em relação aos grupos dominantes, sob pena de figurar como um cão submisso (*lapdog*) (ALBUQUERQUE, 2010).

Já o conceito de *Fourth Branch* (Quarto Ramo, Douglas Cater) diz respeito à original divisão de poderes independentes de Montesquieu, reinterpretada pelo sistema americano de *check and balances*, através do qual o legislativo, executivo e judiciário são interdependentes e se controlam reciprocamente, atribuindo à imprensa um papel de instituição do governo por intermediar a comunicação entre eles, sobretudo entre o Executivo e o Legislativo americanos, e com o público em geral. Todavia, para o perfeito equilíbrio desse sistema, a imprensa deve ser neutra e politicamente desinteressada (ALBUQUERQUE, 2010).

Uma terceira corrente, integrada pelo próprio Afonso de Albuquerque (2010) encara a imprensa como um “Poder Moderador”, tal qual a concepção de Benjamin Constant (*pouvoir*



*royal*), uma espécie de superpoder, neutro, responsável pela arbitragem dos conflitos que se estabelecem entre os demais – pois a simples separação entre eles não bastava para garantir a ordem política – e pela defesa do interesse público para além deles. Para o autor a imprensa no Brasil reinterpreta os dois modelos anteriores à luz das características da cultura política nacional, alinhando-se ao conceito liberal do “Quarto Estado” quando reivindica uma autonomia sem limites e que encara qualquer crítica à sua atuação como uma ameaça à liberdade de imprensa, e se aproxima do modelo do “Quarto Ramo” ao enfatizar sua responsabilidade na manutenção do equilíbrio do sistema, resultando dessa combinação a proposta do jornalismo como o “Poder Moderador”, na qual “a imprensa brasileira reivindica o papel de árbitro transcendente dos conflitos políticos e intérprete por excelência dos interesses nacionais” (ALBUQUERQUE, 2010, p.102).

Destarte, em que pese esse protagonismo da mídia na atual esfera pública, responsável pela formação do conhecimento que fundamenta as mais elementares decisões humanas, e considerando que a política nos regimes democráticos impõe-se necessariamente pública e visível, cabendo exclusivamente à mídia determinar o que é público, Juarez Guimarães e Venício A. de Lima (2013, p.10) chamam a atenção para a ausência de reflexão na maioria das atuais teorias democráticas e da comunicação quanto “as condições comunicativas democráticas na sua prática política nem as condições públicas democráticas de seu exercício comunicativo”.

Essa percepção também é compartilhada por Luis Felipe Miguel (2000), para quem dentre as muitas concepções concorrentes de democracia – um significante que parece poder ser preenchido com qualquer significado – quase nenhuma atenção é dispensada aos meios de comunicação, em detrimento de sua onipresença nas sociedades contemporâneas, que no discurso político redimensionou a relação entre representantes e representados e o acesso do cidadão comum aos campos de poder.

A partir da constatação desse déficit teórico estrutural, denominado pelo autor de ponto cego, ele agrupou as concepções hegemônicas de democracia desenvolvidas durante o período entre guerras e o imediato pós-guerra em três categorias: a) “democracia limitada”, expõe as concepções liberais hegemônicas segundo as quais a democracia se limita a uma fórmula de escolha de governantes e consideram inviável qualquer presença popular mais efetiva na tomada de decisões políticas; b) “democracia republicana”, refere-se aos teóricos que julgam que a evolução dos cidadãos enquanto seres humanos é uma faceta importante, não negligenciável, da participação política (“desenvolvimentistas”) ou que enfatizam o caráter

cívico desta participação (“comunitaristas”); e c) “democracia deliberativa”, reuni as concepções que destacam a discussão pública no projeto democrático (MIGUEL, 2000).

No âmbito da chamada “democracia limitada” estariam as teorias que defendem o “livre mercado de ideias”, inspiradas no pensamento liberal de autores como John Milton e Stuart Mill que entre os séculos XVII e XIX tinha na censura judicial o obstáculo mais palpável à liberdade de expressão e hoje entende que os mecanismos de mercado são suficientes para proteger o direito dos cidadãos à informação ampla e variada, uma vez que na condição de empresas capitalistas dirigidas pela busca do lucro, as empresas jornalísticas e de televisão procurariam apresentar o melhor produto possível e se controlariam recíproca e concorrencialmente – um jornal que omitisse ou falsificasse uma informação seria denunciado por seus concorrentes. Essa concepção, presente nas obras de Schumpeter, Dahl, Sartori, dentre outros, ignora o predomínio dos interesses corporativos na esfera da comunicação, a baixa competitividade do setor que beira o monopólio e o diminuto pluralismo. Além disso, reduz a noção de comunicação social apenas ao aspecto da informação, ou seja, provimento de dados acurados sobre a realidade, bem como o conceito de política democrática a um processo de escolha, desprezando a construção das vontades e identidades coletivas e, por conseguinte, esvaziando o aspecto comunicativo da atividade política (MIGUEL, 2000).

Já a sociedade para os “democratas republicanos”, ao contrário dos liberais que nela veem apenas uma mera agregação para a realização de interesses privados, representa uma associação, guiada não pela busca do bem individual ou pela expressão de um interesse majoritário resultante da soma de vontades particulares e opiniões pessoais, mas pela vontade geral pensada por Rousseau, enquanto vontade do todo social, do “eu-comum” que nasce com a associação. Nesse sentido a opinião pública é decisiva para a promoção da coesão social encarnada na soberania popular, condensando a dimensão política de estabelecer controles ao exercício do poder através do estabelecimento de leis legítimas, que pressupõe sua aprovação pela vontade geral, e a dimensão social com o desafio de construir condições de promover a autonomia no processo de formação da coletividade. Nesse sentido a construção de um Estado livre aposta na manutenção da plenitude do indivíduo mesmo enquanto cidadão, de modo que o corpo político possa assimilar suas individualidades (GUIMARÃES; AMORIM, 2013).

Entrementes, a partir de uma noção da vontade geral (ou o bem comum) preexistente, os republicanos ignoram que esse consenso não se trata de construções neutras, mas que estão vinculadas a interesses de determinadas camadas dada a seletividade das instituições. Ademais, Pateman, Bobbio e Sandel procuram reduzir o âmbito das decisões políticas, de forma a permitir

a participação direta de todos os envolvidos através da diluição das instâncias decisórias ou utilização da tecnologia, olvidando-se das limitações práticas desse modelo (MIGUEL, 2000).

Por fim os democratas deliberativos destacam a necessidade de discussão política para a formação das preferências coletivas, identificando corretamente os mecanismos discursivos de construção das vontades coletivas e a afirmação da participação ampla e equitativa no debate como critério de legitimidade na esteira do pensamento de Habermas, Cohen e Bernard Manin. Porém subestimam a dimensão que o conflito entre valores divergentes tem na modernidade, irreduzíveis uns aos outros, sem que haja uma maneira objetiva de determinar qual valor é o mais elevado, ao imaginar que a “livre discussão pública” pode resolvê-lo, situando-se num “nível de generalidade” tamanho que seus postulados pouco servem no mundo político real, haja vista elementos como a desigualdade social, o conflito irreduzível de interesses e de valores, a inevitabilidade da representação política e, é claro, o caráter mediado de boa parte dos processos comunicativos (MIGUEL, 2000).

É necessário esclarecer que democracia é conflito. A maturidade de uma democracia política é aferida exatamente pela capacidade de seu sistema constitucional em resolver os conflitos sem que tal resolução venha a seduzir setores da mesma sociedade a pensarem em alternativas fora da democracia, fora da disputa política legitimada pelo poder constituinte, como é o caso do Brasil e de sua constituição dirigente. (BERCOVICI; LIMA, 2013, p.787)

Para Juarez Guimarães e Ana Paula Amorim (2013) esse déficit estrutural nas teorias democráticas quanto a relação entre liberdade de expressão e democracia se deve em grande parte ao predomínio da visão liberal, sobretudo de sua corrente elitista democrática, no estudo da ciência política a partir da definição do Estado de suas instituições, incluídos os partidos políticos, como canais entre a sociedade e o poder político, remetendo a liberdade de expressão a um campo privado da opinião, a salvo da intervenção e regulação estatal, enquanto pressuposto ou tema externo, que servia apenas para o exercício cidadão da vigilância, do controle e da crítica aos governos. Todavia, advertem os autores que a liberdade de expressão está no substrato da formação da soberania popular, da afirmação democrática do conflito e do pluralismo, e da superação do patriarcalismo, do racismo e das condições socioeconômicas que minam e obstruem a autonomia do cidadão.

A postura acrítica da moderna esfera pública diante da ascensão da globalização nos anos 1990 sobre as ideias e ações do Estado e da sociedade coincidiu com o surgimento do constitucionalismo dirigente na América Latina, este sim objeto de contestação, considerando os propósitos intervencionistas na economia, relevando claramente os interesses privados que dirigem a liberdade imprensa:

O aprofundamento da globalização e a crítica ao constitucionalismo dirigente são reveladores de uma mesma postura. O primeiro episódio faz com que parte considerável de análises constitucionalistas e políticas identifiquem democracia como sociedades e estado que aceitam a economia de mercado. Neste primeiro instante, a crítica sobre a qualidade dessa democracia, os questionamentos a respeito da influência do poder econômico na construção de tais governabilidades tem merecido pouca atenção, quando não inexistente, de maneira toda especial por parte da esfera pública, notadamente a imprensa. Não sem razão adverte Ellen M. Woods que a liberdade de imprensa na atualidade resume-se à garantia de que as empresas de comunicação sejam de propriedade privada e seja o capital igualmente livre para lucrar com ela. “A imprensa é livre quando é privada, mesmo quando seja uma fábrica de consenso”. (LIMA; LEITÃO, 2006, p.83)

Em face de tantas possibilidades conceituais e considerando que democracia e democrático são termos com alta rentabilidade simbólica, seu uso indiscriminado serve tanto para qualquer fenômeno político relacionado ao modo como se disputa, acumula e reparte-se o poder político, como para os fenômenos propriamente relacionados ao método democrático de governo e vida cívica (GOMES, 2008). Porém, uma teoria democrática válida deve primordialmente servir para a compreensão da arena política nas sociedades de massa, marcadas por desigualdades e multiculturalismo, nas quais não se governa sem representantes, mas que considere o problema da representação, do vínculo entre representante e representado, para além do aspecto eleitoral, abordando os diversos mecanismos representativos que permeiam toda a vida social, notadamente os meios de comunicação social, que substituíram em grande parte algumas das funções tradicionalmente atribuídas aos partidos, como a verbalização de reivindicações de grupos sociais, pois como já advertia Habermas (2003, p.253) em 1961, as reuniões partidárias estão sendo utilizadas apenas para emitir palavras de ordem a um pequeno séquito de adeptos e fieis, servindo “como manifestações publicitárias, nas quais os presentes, se é que isso chega a importar, podem ser coadjuvantes, figurantes gratuitos, para as transmissões de televisão”. Nesse salto de uma democracia partidária para uma democracia de audiência, determinada pelo contato direto, através da mídia, entre líderes carismáticos e eleitores, as estratégias de construção de imagem dos políticos pelos meios eletrônicos de comunicação serão decisivas.

Essa tensão, própria da democracia representativa, que tentar conciliar um ideal de igualdade política entre todos os cidadãos com a indispensável distinção entre os que decidem (representantes) e aqueles se submetem às decisões (representados), é estampada no distanciamento entre as ações dos representantes e as vontades dos representados (MIGUEL, 2014).

Por isso, além de observar que a comunicação social é um elemento crucial nas democracias modernas para minimização daquele afastamento, tanto quanto a representação é inevitável, como faz a corrente democrática deliberativa, é preciso admitir os constrangimentos concretos sofridos pelos processos comunicativos através da mídia, cujo acesso limitado a poucos monopoliza a capacidade de intervenção no debate público assim como os representantes eleitos monopolizam a tomada de decisões políticas, sendo considerado um dos principais pontos de estrangulamento das democracias contemporâneas e, portanto, como um dos principais desafios àqueles que se dispõem não apenas a compreender o funcionamento das sociedades democráticas, mas também a aprimorá-lo (MIGUEL, 2000).

“A relação entre liberdade de expressão e democracia fica comprometida por conta das dificuldades de tratar um direito individual do ponto de vista de sua dimensão pública” (AMORIM, 2013, p.65). Isso é facilmente perceptível nas leituras liberais da definição da opinião pública, sendo “opinião” compreendida como a dimensão individual em oposição à “pública”, coletiva. Um conceito democrático de opinião pública deve assegurar que a expressão dos pensamentos de um cidadão não signifique eliminação da opinião alheia, de modo que o outro ouça e seja ouvido, formando-se o público a partir das particularidades de cada um. Em suma, em vez de um método excludente, deve-se buscar um mecanismo de compatibilização entre o indivíduo e o público na formação da cidadania.

Para tanto, devem ser asseguradas duas condições básicas: instrumentos e oportunidades para a formação e intensificação de arenas discursivas no coração da esfera civil e à margem do sistema político, bem como a assimilação pela esfera de decisão política do Estado das críticas, agenda, proposições e normas produzidas pela esfera pública. Nesse sentido cabe à comunicação de massa: integrar-se, favoravelmente, na constituição de uma esfera pública política forte, extensa, efetiva, definitivamente arraigada na esfera civil e abrir espaço no sistema político para a influência da vontade e da opinião públicas. Ou seja, viabilizar um conjunto de oportunidades para a existência de uma esfera pública qualificada que intensifique a visibilidade ao mesmo tempo em que preserve níveis pregnantes de debate público, proporcione informação política qualificada para a comunicação pública e colabore na mobilização ou na formatação de questões sociais relevantes no e para o debate público (constituição da esfera pública) e de instrumentos para que a esfera pública se faça valer nas esferas da decisão política (governo da opinião pública) (GOMES, 2008).

Se a estatização da formação da opinião pública – a repressão à liberdade de expressão em nome da ortodoxia de um fundamento da ordem, a legitimidade da censura oficial como autoposta pelos fundamentos autocráticos da própria

ordem política, a narrativa histórica das brutais perseguições às vozes heréticas – constitui a pré-história da liberdade de expressão, a sua história contemporânea parece se centralizar no fenômeno da sua corrupção, isto é, da sua privatização mercantil, da sobreposição das vozes particularistas, mas poderosas em detrimento das vozes cidadãs instauradoras do interesse público. O público não pode ser o mercado, a desigualdade estrutural reproduz o bem chamado “efeito silenciador do discurso”, a heteronímia e a autocracia se reproduzem ali onde o direito público à voz não se faz cidadão (GUIMARÃES, 2013, p.84).

Após o direito ao voto concentrar as lutas democráticas de meados do século XIX a meados do século XX, no século XXI é o clamor pelo direito público à expressão – falar e ser ouvido – que estará no cerne dos debates democráticos, com potencialidade suficiente para superar a crise de representação nas democracias contemporâneas em grande parte resultado de uma formação de opinião pública deficiente e deflagrada pela crescente deterioração da confiança em relação às instituições que deveriam efetivá-la, conforme se infere do índice 19,4% de abstenção no primeiro turno das eleições de 2014, sendo o maior desde 1998 (BULLA, 2014) e da drástica redução da taxa de crescimento das filiações a partidos políticos, que passou de 22% em 2009 para 0,9% em 2013 (NO ANO, 2014).

## 1.5 - CONDICIONANTES DEMOCRÁTICAS DA COMUNICAÇÃO SOCIAL A PARTIR DO DELIBERACIONISMO

Apesar das lacunas nas teorias democráticas relativamente à qualificação da esfera pública midiática, a democracia deliberativa é a que mais se aproxima dessa realidade ao procurar compatibilizar as exigências da comunicação pública política do modelo republicano para preservá-la da dominação estatal e das estruturas do mercado, com a ideia liberal de não institucionalização da opinião pública, a fim de permitir que as formas estatais de deliberação se relacionem com a construção informal de opinião que se dá na esfera pública, preservando-se a distinção entre Estado e sociedade, porém aumentando o número de canais e fluxos de comunicação entre os dois, bem como otimizando os procedimentos e os pressupostos comunicativos desse processo para a racionalização discursiva das decisões políticas (GOMES, 2008).

Tendo por pressuposto cidadãos com capacidade e iguais oportunidades de deliberar racional e publicamente sobre as decisões coletivas que os afetam e importam, a democracia deliberativa surge a partir dos anos 90 do século XX ladeando-se entre os modelos liberais e republicanos. Em lugar de uma produção exclusivamente privada de decisões, como nas

democracias eleitorais, defende a práxis coletiva da troca pública de argumentos, por entender que a legitimidade do estado democrático decorre em grande parte do modo como o centro produtor de decisão política – independentemente de ser ocupado diretamente pela esfera civil ou por representantes – se relaciona e se vincula ao corpo da sociedade civil, que se expressa através das chamadas arenas discursivas públicas enquanto formadoras de uma opinião pública política construída coletivamente e testada por meio de procedimentos argumentativos abertos, que refletem os interesses e preferências representados no corpo da sociedade. (GOMES, 2008)

Segundo o deliberacionismo, independentemente da esfera civil ocupar diretamente ou por representantes o centro do sistema político, qualquer decisão deverá atentar para os fluxos de comunicação que transitam nas arenas discursivas públicas, nas quais os problemas sociais são percebidos, formulados e discutidos, e questões sobre o estado da *res publica* são enunciados e examinados. Assim sendo, as arenas discursivas concretizam a esfera pública política, que por sua vez é a premissa indispensável à formação de uma opinião pública política construída coletivamente e testada em processos argumentativos abertos (GOMES, 2008).

A corrente deliberativa opõe-se à noção elitista de democracia como simples método de agregação de opiniões individuais já formadas, pois entende que as preferências são construídas e reconstruídas por meio da discussão entre os envolvidos, assegurando-se a igualdade de participação e tendo a autonomia como valor fundamental (MIGUEL, 2014).

O modelo de democracia deliberativa apresenta uma estrutura circulante de poder composta por dois eixos. Numa extremidade a influência gerada na esfera pública converte-se em poder comunicativo através de procedimentos democráticos de debates públicos, de eleições e da opinião parlamentar ou da vontade política; e quando é incorporado aos programas legais e de políticas públicas nos corpos parlamentares e executivos, aquele poder comunicativo transforma-se em poder administrativo. Na outra ponta a estrutura legal do estado constitucional e os programas administrativos viabilizam as associações voluntárias dentro da sociedade civil, criando uma esfera pública vibrante (MAIA, 2008).

Elemento de destaque nessa teoria, a esfera pública corresponde aos centros formadores de opiniões não individuais, funcionando ao mesmo tempo, como ocasião e condição em que se gera a opinião pública, sendo aquela descrita por Jürgen Habermas como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (1997, p.92).

Para tanto, a estrutura institucional deve viabilizar a formação de arenas discursivas fortes, extensas e eficazes no centro da esfera civil e distante da esfera decisória dos poderes instituídos (constituição da esfera pública), bem como garantir que o produto das arenas discursivas penetre e seja considerado efetivamente pelas decisões políticas do Estado (governo da opinião pública), tendo a comunicação social, notadamente os meios de comunicação de massa, papel decisivo em ambas as demandas (GOMES, 2008).

Em que pese as notórias contribuições da democracia deliberativa para a compreensão da dinâmica política, notadamente a produção das preferências, que as torna a principal alternativa à vertente elitista, o deliberacionismo se ressentia de uma análise mais realista quanto ao peso das desigualdades sociais na democracia, que são decisivas para o acesso desequilibrado à mídia, a quem incumbe precipuamente nos dias de hoje o controle do fluxo de informações e a difusão de representações do mundo social, prejudicando de sobremaneira o cumprimento dos cânones democráticos fundamentais: governo do povo, igualdade política e participação dos cidadãos na tomada de decisões (MIGUEL, 2014).

A idealização da esfera pública burguesa possui um grau de abstração tal que ignora a exclusão de grupos sociais das arenas discursivas, própria da tensão social resultante da desigual distribuição de riquezas, ignorando a linha divisória entre o mundo da econômica (desigual) e o da política (igualitário) e reproduzindo as premissas teórico liberais do contrato social para as quais a igualdade substantiva não é importante, “uma vez que todos podem discutir como se fossem iguais, isto é, a produção de direitos formais de cidadania surge como condição suficiente para a efetivação do debate público ideal” (MIGUEL, 2014, p.69).

No modelo utópico de fala ideal habermasiano a exclusão por definição não pode ocorrer, haja vista as três regras principais do padrão proposto: “(1) qualquer contribuição pertinente ao debate pode ser apresentada; (2) apenas a argumentação racional é levada em conta; e (3) os participantes procuram atingir o consenso” (MIGUEL, 2014, p.72). Especificamente na segunda estaria resguardada a igualdade, pois se somente o argumento racional será levado em consideração, opiniões subsidiadas na riqueza ou na posição social do indivíduo ou grupo não seriam aptas a participar do debate. “É claro que isto nunca ocorre: no mundo real, os debates sempre são desvirtuados por diferenciais de poder, de autoridade e mesmo de acesso à fala” (MIGUEL, 2014, p.73).

Portanto, apesar da neutralidade ideal da democracia liberal atender ao modelo dialógico de construção de identidades coletivas e formulação de preferências, os mecanismos de deliberação pública, na prática, privilegiam determinados interesses expressos nas classes mais



unívocas, haja vista as desigualdades estruturais que sempre desequilibram as interações entre os diferentes agentes sociais, manifestadas em três dimensões: “(1) capacidade de identificação dos próprios interesses; (2) capacidade de utilização das ferramentas discursivas; e (3) capacidade de universalização dos próprios interesses” (MIGUEL, 2014, p.86). A segunda dimensão corresponde aos espaços de produção social de sentido, notadamente os meios de comunicação de massa, de raro acesso à maioria da população, a qual resta enxergar o mundo através de conceitos emprestados, alheios, que não traduzem sua realidade e necessidade.

Os aspectos comunicativos da interação política e da formação de preferências na teoria deliberativa refletem a constituição de uma esfera pública ideal, própria de um Estado democrático, na qual cabe aos meios de comunicação de massa expandi-la, potencializar sua visibilidade, preservar a percepção do debate público, oferecer informação política qualificada, contribuir na incitação e formatação de questões sociais relevantes no e para o debate público e garantir que este se desenvolva mediante argumentos apropriados, tendo por resultado posições e opiniões políticas públicas racionalmente motivadas.

Considerando que nenhuma teoria crítica da democracia comprometida com o resgate do valor da autonomia (capacidade de produção coletiva de regras sociais) pode ignorar a organização do mundo material, a partir da atual estrutura dos meios de comunicação de massa que reproduz a dificuldade de articular a igualdade política com a desigualdade econômica, observa Wilson Gomes dois entraves à constituição de uma esfera pública que realmente produza decisões coletivas legítimas – por incluir todos os envolvidos em condições de igualdade substancial:

(a) o problema relacionado à qualidade argumentativa da esfera pública mediada pelos meios de massa: os meios de massa fazem parte de grandes indústrias provedoras, ao mesmo tempo, de informação e entretenimento. Este fato não seria de princípio incompatível com demandas de trocas de razões políticas públicas, típicas de um modelo de democracia apoiado em debates públicos racionais? (b) o problema relacionado à representatividade das posições no debate público midiático: os debates mediados pelos meios de massa poderiam ou podem, de fato, dar voz à pluralidade e à autenticidade dos interesses, vontades e posições sociais representados no corpo da sociedade civil? (GOMES, 2008, p.19)

A qualidade argumentativa relaciona-se à dimensão de discutibilidade racional que em grande medida vem sendo substituída pelo conteúdo dos jornais e noticiários, pois aos mesmo tempo que elegem temas específicos e apresentam os fatos relevantes para a compreensão de tais temas, num processo mais complexo e em longo prazo, ajudam a estabelecer os valores que presidirão a apreciação dessa realidade construída (MIGUEL, 2014).

Imprescindível à discursividade, a autonomia dos meios de comunicação é permanentemente tensionada por sua inserção no campo econômico que exige a maximização do faturamento e do lucro em detrimento dos parâmetros de qualidade estética e da credibilidade jornalística, sendo os altos índices de popularidade os objetivos precípuos dessas empresas, ainda que para isso tenham que reduzir o nível cultural e artístico das produções, permitir a interferência abusiva dos anunciantes públicos e privados sobre o conteúdo dos programas e praticar um jornalismo apelativo, sensacionalista, sintético, superficial e alheio aos ditames democráticos, conforme reconhece o jornalista Eugênio Bucci (2000, p.71):

Anunciantes de muito peso acabam falando como sócios, adquirem condições de chantagear um órgão de imprensa – o que, não se duvide, acontece mesmo, principalmente com pequenos jornais e emissoras de rádio cujas receitas publicitárias vêm em peso dos governos municipal, estadual ou federal.

Porém a forma mercantil dos atuais conglomerados de comunicação torna-os autônomos diante da esfera civil, permitindo que se questione até que ponto a ingerência exercida pelos meios de comunicação e pela opinião que publicam sobre o sistema político “pode ser creditada efetivamente como influência da esfera pública sobre a esfera da decisão política ou simplesmente como a influência do campo profissional do jornalismo e da indústria da informação?” (GOMES, 2008, p.19).

De acordo com o modelo de mercado, tradicionalmente a autonomia dos meios de comunicação se confundia com a independência jornalística em relação a seus anunciantes e aos governos, ou seja, bastava que o veículo não dependesse exclusivamente das forças econômicas externas a ele para gozar de ampla liberdade. Porém, com a fusão dos grupos de entretenimento e jornalismo em um mesmo conglomerado econômico com grandes concentrações de capital financeiro, a pressão, velada ou explícita, parte do interior das próprias organizações, cujas ambições raramente se confundem com o interesse público de bem informar (BUCCI, 2000).

É inerente aos atuais mecanismos de funcionamento dos meios de comunicação de massa o relacionamento com o sistema político, seja através de modalidades de cooperação, a fim de fortalecer a legitimidade, seja por meio da potencialização das divergências e dos antagonismos, num padrão complexo de interações que segue graus distintos de autonomia e afasta a romântica proposta dos pensadores liberais de uma imprensa livre e autêntica, no papel de vigilante ou fórum neutro para o debate pluralista:

Diversas relações de interesses se estabelecem entre os atores políticos e os profissionais da mídia, os quais possuem recursos diversos para filtrar, fazer cortes e edições, seja para criar um enquadramento para os eventos, seja para favorecer intencionalmente determinados atores. Mais que isso, sabemos bem o modo pelo qual a informação é controlada pelas elites, e como os agentes da mídia gozam da prerrogativa de esconder informações políticas relevantes, mantendo fora do domínio público questões de interesse coletivo (MAIA, 2008, p.176)

Não se trata contudo de concluir que o influxo da mídia sobre o campo político chegou ao ponto dos meios de comunicação dominarem a política, pois os efeitos dessa relação variam de acordo com as conveniências de situações específicas e sofrem ações de contratendências e resistências segundo a posição dos agentes no campo político, o tema em debate, os cargos públicos já ocupados ou a ocupar pelo mandatário, etc. “Decretar que a política se ‘curvou’ à mídia é tão estéril quanto negar a influência desta sobre a primeira” (MIGUEL, 2014, p.169).

Para Venício A. de Lima (2013, p.13), a partir do momento que a imprensa se converte em empresa capitalista integrante de organizações globais de comunicação e entretenimento com recursos econômicos superiores a muitos países, sua ligação estreita com a liberdade de expressão deixa de existir pois, operando dentro da lógica do capital, passam a concorrer com outras instituições na busca por poder, notadamente o sistema político. Daí porque essa relação mídia/política não pode prescindir do exame da expressão empresas de comunicação/política:

(...) cujo vínculo não é de exterioridade, mas de compenetração, organicidade e até simbiose, conformando redes doutrinárias e de interesses entre o sistema político e o sistema de mídia. Assim, fenômenos de partidização, parcialidade, estreitamento de pluralismo ou até censura sistemática a informações e opiniões antagônicas não parecem ser fenômenos extraordinários e sim recorrentes e típicos.

Assim, a influência conjunta dos campos político e econômico junto à mídia torna uma quimera a pretensão de autonomia, que no âmbito da imprensa se materializa na independência editorial, sendo comum a utilização dos meios de comunicação como forma de pressão política em busca de objetivos econômicos, quando os veículos estão a serviço de empreiteiras ou outros contratados pelo poder público, que inevitavelmente contribuem para campanhas eleitorais. “Neste caso, a colonização da empresa de mídia pela lógica econômica não ocorre na forma da luta pelo mercado, mas da perseguição deliberada de determinados resultados políticos” (MIGUEL, 2014, p.170).

Já a representatividade diz respeito à dimensão de visibilidade, que engloba as noções de pluralismo e diversidade, uma vez que importa ao modelo deliberacionista não apenas a

simples agregação das preferências dos cidadãos, mas igualmente a forma pela qual as posições e preferências políticas surgem e são debatidas na esfera pública, numa concepção ampliada de política que agregue à deliberação, além do produto das instâncias formais de discussão, os contextos práticos da vida ordinária que atravessam o todo social e as configurações da sociedade civil, assim como as complexas trocas que se estabelecem entre os domínios privados e públicos.

Essa representatividade necessária aos meios de comunicação é sinônimo do sistema de representação do atual modelo democrático de separação entre governantes – reunidos em uma classe elitizada distante da massa da população – e governados, no qual sempre residirá a contradição “de um governo do povo no qual o povo não está presente no processo de tomada de decisões” (MIGUEL, 2014, p.13), e reproduz os desafios da construção de qualquer ordem democrática: a mediação entre os interesses dos indivíduos e grupos em uma sociedade e uma imaginária vontade coletiva, permitindo a livre expressão dos interesses em conflito e ao mesmo tempo preservando uma unidade mínima; a consideração das formas assimétricas de manifestação de preferências e interesses, segundo a capacidade cognitiva, os recursos e a posição social de cada indivíduo; e, por fim, a possibilidade de manipulação da determinação da vontade coletiva e a ruptura entre esta e a vontade dos representantes (MIGUEL, 2014).

Considerando que o foco da definição das notícias centra-se na política institucional-formal e em falas de autoridades, o espaço para inserção de notícias nos meios de comunicação de massa é cada vez mais reduzido, obedecendo a regras, estruturas e critérios próprios dos veículos, como a noticiabilidade, o potencial de despertar a atenção do público, os graus de importância, de impacto e de atualidade da matéria, a existência ou não do caráter espetacular ou chocante (MAIA, 2008).

Resta assim à sociedade civil desmobilizada e sem recursos financeiros e logísticos fazer-se notícia através da produção de fatos noticiosos com recurso à violência ou à desobediência civil, como passeatas, invasões, interrupção de vias, etc., a fim de receber um mínimo espaço nos meios de comunicação para suas questões, não necessariamente positivo às demandas apresentadas e com significativa perda de legitimidade (MAIA, 2008).

O valor da publicidade é imprescindível para qualquer concepção de democracia, seja liberal ou republicana, podendo ser conceituada a grosso modo como a qualidade do que é público ou a propriedade das coisas enquanto visíveis e disponíveis para o conhecimento comum. Num sentido fraco diz respeito à visibilidade, mera publicização social de acontecimentos, planos, desejos e atualidades, contrapondo-se ao segredo. Porém numa noção

forte, suplanta a trivial exposição pública de fatos ou posições, significando o conjunto de regras que balizam o debate e a negociação dos entendimentos coletivos, enquanto juízo público, para tanto, além de mobilizar a atenção de todos, é necessário satisfazer regras pragmáticas que viabilizam a discussão argumentativa (MAIA, 2008).

A preponderância dos meios de comunicação de massa na estruturação e funcionamento da esfera pública contemporânea já havia sido destacada desde 1961 com “Mudança estrutural da esfera pública”, de Jürgen Habermas (2003, p.270), porém num sentido que os responsabilizava pelo desvirtuamento do conceito original do autor alemão, inobstante o abismo que separa os mais de cinquenta anos de avanços tecnológicos no setor. Especificamente quanto a publicidade destacou o autor alemão:

A esfera pública política do Estado da social-democracia está marcada por duas tendências divergentes. Enquanto configuração decadente da esfera pública burguesa, dá espaço a uma publicidade demonstrativa e manipulativa desenvolvida por sobre as cabeças do público aí intermediado. Por outro lado, o Estado da social-democracia burguesa, à medida que resguarda a sua continuidade com o Estado liberal de Direito, ele se fixa no mandamento de uma esfera pública politicamente ativa, em decorrência da qual o público mediatizado por organizações deveria colocar em movimento, através delas mesmas, um processo crítico de comunicação pública. Na realidade constitucional do Estado da social-democracia (capitalista), há uma disputa dessa figura da “publicidade” crítica com aquela publicidade que é organizada apenas com fins manipulativos; a escala em que ela se impõe indica o grau de democratização de uma sociedade industrial estruturada como social-democracia – ou seja, racionalização do exercício do poder social e político.

Além da visão pessimista habermasiana, Rousiley C. M. Maia (2008, p.201) vislumbra uma possibilidade positiva no papel dos *media* no debate político ao acatar uma premissa ambígua na publicidade da esfera pública a partir da própria desigualdade de acesso dos atores sociais:

Em determinadas situações, os agentes midiáticos podem mobilizar não apenas questões política relevantes, mais, ainda, as informações requeridas e as contribuições apropriadas para um debate público eficaz. Em outras situações, eles podem, em igual medida, ignorar ou banalizar questões políticas importantes, obnubilar ou distorcer informações, excluir ou deslegitimar a voz de certos atores à medida que favorecem e advogam em benefício de outros.

A constatação dessa ambiguidade, reflexo da própria assimetria na distribuição do poder econômico e político entre os personagens do debate público e, por conseguinte, da capacidade de transacionar com os agentes dos *media*, afasta concepções prévias quanto ao funcionamento

homogêneo dos meios de comunicação, “seguindo uma lógica geral, determinista, seja para estimular a ignorância e a apatia da população em relação à vida pública, seja para atuar como escola de civismo ou agente de mobilização” (MAIA, 2008, p.202). Todavia, sem pluralidade de meios, a possibilidade da concepção positiva é deveras reduzida.

Outrossim, a visibilidade midiática se dá por mecanismos dos mais variados matizes tecnológicos, daí porque se pode falar em diferentes tipos de mídia, com formatos distintos de organização, funcionamento e regulamentação, que apresentam especificidades irreduzíveis, resultando em produtos diversificados e descentralizados. Além disso uma infinidade de conteúdo pode ser materializada no espaço midiático: temas culturais e artísticos, entretenimento, jornalismo de variados formatos, documentários, peças publicitárias, etc. Também são inúmeras as categorias de agentes da comunicação e espectadores, assim como o modo como estes últimos receberam e utilizaram o produto midiático (MAIA, 2008).

Por isso é próprio do pluralismo, avesso ao individualismo liberal, a competição justa entre os grupos, com oportunidades iguais de todos expressarem seus posicionamentos e se fazer representar, e não o controle da atividade por um sujeito ou grupo singular, tal como se dá no monopólio de grandes conglomerados dos meios de comunicação, que torna profundamente desigual o acesso aos canais da *media*:

Os meios de comunicação não oferecem um espaço equânime para os atores sociais divulgarem suas causas. Esse é um espaço de acesso restrito, que sofre forte pressão de anunciantes, segue regras impessoais do mercado e está sob crescente controle dos profissionais da mídia. Mesmo a cobertura jornalística diária está, como rotina, estreitamente relacionada ao centro do sistema político, e os grupos de interesses políticos ou econômicos e representantes do aparato estatal administrativo têm maiores oportunidades de propor uma “agenda governamental” nos media (MAIA, 2008, p.180).

Se é incontestável a função representativa exercida pelos meios de comunicação de massa, que diariamente, sobretudo através do jornalismo, realizam o recorte dos fatos relevantes, das interpretações desses fatos e das alternativas postas, seu adequado funcionamento deverá obedecer ao cânone constitucional do pluralismo político, oportunizando a apresentação das vozes de vários agrupamentos políticos, visões de diferentes posições e “permitindo que o cidadão, em sua condição de consumidor de informação, tenha acesso aos valores, argumentos e fatos que instruem as correntes políticas em competição, e posso formar, de modo abalizado, sua própria opinião política” (MIGUEL, 2014, p.122). Destarte, os interesses dos proprietários das concentradas empresas de comunicação e a influência dos

grandes anunciantes, operando dentro da lógica da concorrência mercantil e da utopia do “livre mercado de ideias”, impedem a representação das diferentes vozes no debate público, realizado precipuamente na mídia, que se torna um mecanismo imperativo diante da extensão e complexidade das sociedades contemporâneas.

Em março de 2013, durante evento realizado em Brasília, o relator da Organização das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão, o guatemalteco Frank William La Rue, afirmou que “a concentração de mídias traz concentração de poder político e isso atenta não só contra o direito à diversidade, mas também contra a democracia”. Especificamente quanto a ausência de pluralismo nos meios de comunicação da América Latina considerou o representante da ONU que há uma visão excessivamente comercial da comunicação e isso faz mal para a sociedade: “em outros lugares, a comunicação é prioritariamente pública com diversidade etno-social (...) a mídia comercial é legítima, sem problemas, mas não deve prevalecer de forma absoluta. O direito à comunicação deve ser de todos” (SANTINI, 2013).

Relativamente à regulamentação da mídia, Frank William La Rue defendeu conselhos reguladores compostos por diferentes setores da sociedade: “Me dói dizer isso, minha função é defender a amplitude [da liberdade de imprensa], mas há casos extremos em que se deve intervir. São necessários órgãos reguladores independentes” (SANTINI, 2013), ressaltando ainda que “a desinformação pode provocar uma epidemia se a liberdade de expressão for mal utilizada. É claro que são exceções, mas é preciso intervir” (SANTINI, 2013).

Ele destacou que tal regulação deve ser prévia e não posterior, e composta de limitações de conteúdo (como a proibição de incitação a crimes de ódio ou de intolerância religiosa, por exemplo) e de restrições diretas (como o impedimento da exibição de conteúdo classificado como inadequado em horários em que crianças assistem à programação).

A concentração e nova configuração da mídia em nível mundial também foram destacadas no mesmo evento por Divina Frau-Meigs, assessora do Conselho da Europa e da Unesco e professora da Universidade da Sorbonne Nouvelle, da França, que apresentou o conceito de *Hollyweb*, em que seis das maiores companhias mundiais de mídia (GE, Disney, Time Warner, News Corp, Viacom e CBS) se aproximam das seis gigantes da internet (Apple, Microsoft, Cisco, Google, Yahoo e Facebook).

No caso brasileiro impera o monopólio da TV Comercial em detrimento do sucateamento das emissoras públicas, ao contrário do que ocorre em outros países onde as primeiras e principais emissoras são públicas: a *British Broadcasting Corporation* (BBC), considerada a melhor televisão do mundo, foi fundada em 1922; a *Radiotelevision Italiana*

(RAI) surgiu em 1924; a *France Télévision* é de 1963; a *Deutsche Welle* (ADR), alemã, está no ar desde 1953; já a *Nippon Hoso Kyokai* (NHK), japonesa, foi criada em 1925 e nos Estados Unidos as TVs públicas estão presentes desde 1960 (CARRATO, 2013, p.111).

A ausência de pluralismo nos meios associada ao isolamento gerado pelo individualismo da tradição liberal se traduz em uma opinião pública frágil, resultado da simples soma de opiniões pessoais, o que dividiu os próprios liberais, conforme se infere do pensamento do inglês Stuart Mill que ultrapassa a discussão que associa a liberdade de imprensa à necessidade de limitação dos governos e controle da corrupção através do reconhecimento de liberdades e direitos políticos, dando-lhe sentido de prerrogativa civil e não apenas de livre arbítrio, discutindo seus limites entre a independência individual e a legítima interferência, não apenas do Estado, mas da autoridade social, pois a nação pode se auto oprimir considerando que vontade do povo corresponde não à vontade de todos, mas a de uma minoria ativa que se reivindica constantemente maioria por supostamente representá-la e estatiza a opinião e o sentimento dominante via manipulação do conjunto da sociedade e exclusão dos que não partilham dessa vontade determinada arbitrariamente, fruto dos interesses e ideais daquela minoria ativa:

Percebia-se agora que frases tais como “self-government” e “poder do povo sobre si próprio” não exprimiam o verdadeiro estado de coisas. O povo que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, e o falado “self-government” não é o governo de cada qual por si mesmo, mas o de cada qual por todo o resto. Ademais, a vontade do povo significa praticamente a vontade da mais numerosa e ativa parte do povo – a maioria, ou aqueles que logram êxito em se fazerem aceitar como a maioria. (MILL, 2006, p.25)

Para Stuart Mill (2006) o “reino da opinião pública” reproduz o conformismo majoritário que se impõe como a única atitude pertinente e tolerável, capaz de sufocar a autonomia de pensamento dos indivíduos e, por conseguinte, a própria noção de individualidade; devendo ser enfrentado a partir de três máximas liberais: valorização do indivíduo; inserção do homem na diversidade do mundo fenomênico e a crença numa razão iluminista emancipadora.

Portanto, a visão clássica do liberalismo tendo como ponto de referência o indivíduo e a ideia de limitar a esfera pública – uma vez que é na esfera privada que ele tem plenas possibilidades de exercício de sua liberdade, seja ela religiosa, econômica, política ou de expressão – deve ser retraduzida segundo as atuais estruturas mercantis de produção em massa



das comunicações, cuja intervenção na liberdade de expressão é evidente pois a concentração das propriedades dos meios de comunicação de massa limita estruturalmente o acesso à voz nas democracias; a organização dos bens e serviços da comunicação voltada para o lucro os direciona para agendas e conteúdos contrários ao interesse público; a dependência das empresas de comunicação em relação aos anunciantes interfere sistematicamente em seu pluralismo de informações e de opiniões; a mercantilização dos bens e serviços de comunicação sobrepõe o valor de troca ao valor de uso, estimulando a segmentação e a não universalidade do acesso; a inserção funcional das redes de comunicação no sistema capitalista cria uma solidariedade de interesses mercantis alheia ao controle democrático das sociedades.

A criação de esferas públicas concorrentes no âmbito da comunicação de massa deve ter por norte o direito de expressão como liberdade positiva, enquanto capacidade de prover informações, dissociado da posse do poder econômico, através de mecanismos como o direito de antena, o incentivo ao jornalismo, rádio e televisão comunitários e o financiamento público para estimular a expressão de grupos hipossuficientes em termo de comunicação (MIGUEL, 2014).

Uma verdadeira opinião pública democrática será materializada quando as vozes dos cidadãos sejam ouvidas e tenham efeitos concretos, através do fortalecimento da pluralidade e diversidade dos mecanismos de representação, bem como da ampliação de instituições diretamente participativas. Além disso será indispensável assegurar as condições objetivas de autonomia das vozes que compõem o discurso, mediante o reconhecimento de um regime público da comunicação que contemple instrumentos de proteção e promoção da liberdade de expressão e cuide da organização do sistema de mídia, o que não implica vetar a exploração privada dos meios de comunicação de massa, mas reconhecer que a relação comercial do setor deve obedecer critérios públicos, pois “não é a oferta de uma estrutura privada, por si só amparada pela defesa da livre iniciativa, que combate a instrumentalização estatal da opinião pública, mas é a organização pública do sistema de exploração como um todo” (AMORIM, 2013, p.78).

Quanto a realização do governo da opinião pública, os *mass media* garantem a efetividade da esfera pública em face do sistema político quando exercem influência sobre a produção de políticas e normas em conformidade com a pauta da discussão pública, considerando que somente a ação de partidos políticos e a existência de eleições periódicas e livres mostraram-se insuficientes para garantir que as decisões dos representantes na condução da vida pública e a produção de leis sejam legitimamente democráticos.

Evidentemente qualquer parlamentar ou governante tem ampla discricionariedade na escolha dos projetos que apresenta ou das políticas que implementa, porém é inegável a vinculação das iniciativas legislativas e das ações do executivo a temas apresentados na mídia, uma vez que sua visibilidade efetiva atrai maiores dividendos ao parlamentar e ao estadista, que é considerado mais atuante, de modo que a pauta de questões relevantes, postas para deliberação pública, é em grande medida condicionada pela evidência de cada questão nos meios de comunicação (MIGUEL, 2014).

## **CAPÍTULO II - DIMENSÃO JURÍDICA DA COMUNICAÇÃO SOCIAL**

### **2.1 - DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Sendo o direito um sistema – e portanto não pode ser reduzido a uma das partes que o compõe – formado por um conjunto de conhecimentos coerente e hierarquicamente ordenados segundo princípios e teleologicamente voltados para a resolução de problemas, que desenvolve outros subsistemas a fim de regular relações específicas, a análise do regime jurídico do subsistema da comunicação social deve se dá a partir do elemento situado no ápice do ordenamento – a constituição.

Segundo uma concepção jurídico-normativa (Hans Kelsen e Konrad Hesse), o termo constituição designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (‘constituição escrita’, ‘constituição formal’) que tem na superioridade hierárquico-normativa relativamente às outras do ordenamento jurídico sua principal característica, em razão da qual serve de instrumento para integração de todo o ordenamento jurídico ao funcionar como parâmetro material e formal nos momentos de produção e aplicação daquelas. Para Canotilho (2003, p.1147) esta ascendência pode ser traduzida em três expressões:

(1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

Apesar da supremacia normativo-hierárquica abranger toda a constituição, algumas normas se apresentam na base estruturante do próprio Estado de Direito sedimentando o estatuto jurídico dos indivíduos a partir dos direitos fundamentais (ordenação subjetiva) e estatutando o princípio da divisão de poderes (ordenação objetiva), sendo assim dotadas de uma maior primazia dentro do texto constitucional.

No caso dos direitos e garantias individuais, a decisão de fundamentar o Estado segundo a dignidade da pessoa humana com vistas à afirmação e realização em concreto da autonomia racional e moral de cada indivíduo, outorgou-lhes uma posição de supremacia, configurando

positiva e negativamente todo o ordenamento, seja limitando axiologicamente o poder constituinte, seja fixando um padrão valorativo das atividades de criação, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Nesse sentido Jónatas E. M. Machado (2002, p.358-359 e 370) conceitua a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais:

A dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos tecnológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política.

Os direitos fundamentais constituem perímetros de desenvolvimento pessoal e autodeterminação reconhecidos pela Constituição à generalidade dos indivíduos, ou por referência à posse de certos atributos ou à participação em determinados procedimentos e instituições (direitos de liberdade especiais) tendo em vista uma existência humanamente digna (livre e responsável), nos planos individual e coletivo.

Ao contrário das normas de direitos fundamentais objetivas, caracterizadas por veicularem deveres que não guardam relação com qualquer titular concreto, as normas de direito fundamental que consagram direitos subjetivos, asseguram que o seu titular tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato (CANOTILHO, 2003).

Para J. J. Gomes Canotilho (2003) os direitos fundamentais subjetivos garantem posições e relações jurídicas através de quatro estruturas distintas – direitos a atos negativos, a ações positivas, a liberdades e competências. Sob a forma de atos negativos os direitos fundamentais podem se apresentar como o direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos, o direito a não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas ou o direito a não eliminação de posições jurídicas. Na estrutura de ações positivas as normas consagram direitos a prestações fáticas e a prestações normativas. Através das liberdades identificam-se direitos cujo traço específico é a alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Por fim, pelas competências veicula-se um poder jurídico, um direito de conformação.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011) entende os direitos fundamentais em três grandes categorias a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – liberdades, poderes e garantias. As liberdades públicas, também chamadas de liberdades autonomia e direitos negativos, correspondem aos direitos do homem em detrimento dos

direitos dos cidadãos (homem enquanto ser social), sendo o núcleo dos direitos fundamentais, ou seja, poderes de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado, por isso o *status* negativo, uma vez que através delas impede-se a intervenção do Estado, seriam nas palavras de Benjamin Constant as “liberdades dos modernos”. Por sua vez os poderes, ou direitos políticos, direitos do cidadão ou ainda liberdades de participação, são a expressão moderna da “liberdade dos antigos”, constituindo meios de participação ativa nos negócios públicos. Outrossim, as garantias se subdividem em quatro acepções, todas voltadas à salvaguarda dos direitos fundamentais, dos quais elas próprias fazem parte. Num sentido amplíssimo são as providências insertas na própria constituição a fim de garantir a harmonia dos poderes (garantia-sistema), numa definição ampla são a estrutura institucional organizada que se volta à defesa de direitos (garantia institucional), em sentido restrito constituem proibições que visam prevenir a violação a direito (garantia-defesa ou garantia-limite) e numa definição restritíssima as garantias são instrumentos ou meios de defender direitos específicos (garantia instrumental ou remédios).

Quanto a disciplina do exercício dessas liberdades identifica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011) dois regimes. O regime repressivo, que é o normal às liberdades, se caracteriza por franquear ao titular “o direito livre e incondicionado para exercê-lo – dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição ou pela lei – sujeitando-o a sanções, todavia, pelas violações a esses limites, e mesmo pelos abusos que cometer” (p.53). Por outro lado o regime preventivo condiciona o exercício de um direito a uma comunicação prévia à autoridade ou sua autorização, objetivando evitar uma colisão de direitos ou violação aos limites constitucionais ou legais, podendo em caso de negativa o interessado recorrer administrativa ou judicialmente. Há ainda a possibilidade de um regime excepcional, em casos de grave crise ou ameaça.

## 2.2 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL “MÃE”

Apesar da variedade de direitos relacionados à liberdade comunicativa, ora tratados como sinônimos (liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, art.5º, incisos IV e IX da CF/88), ora como pressupostos (liberdade de consciência e de crença, convicção filosófica ou política, acesso à informação, art.5º, incisos VI, VIII e XIV da CF/88), é certo que a liberdade de expressão é direito genérico que abrange inúmeras formas e direitos correlatos, costumeiramente utilizada para designar a liberdade de se externar o pensamento a outrem, daí porque pode-se falar em liberdades da comunicação.

Dentre todas as denominações a liberdade de pensamento – de idealizar uma convicção pessoal, ainda que inconformista – é considerada a liberdade primária, que reuniria todas as demais direcionadas à conservação da independência ou autonomia do espírito da pessoa nos diversos âmbitos da vida, sendo identificada como liberdade de opinião e consciência que impede qualquer restrição ou discriminação pela adoção de determinada ideia ou crença, estando relacionada à liberdade interna ou subjetiva, ou seja o livre arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem; por isso é chamada igualmente de liberdade do querer, “como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior” (2003, p.240). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p.325):

A propósito da liberdade de pensamento, deve-se, de pronto, distinguir duas facetas: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento. A primeira é a liberdade de foro íntimo. Enquanto não manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre, já que ninguém pode ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Essa liberdade de consciência e de crença a Constituição declara inviolável.

Quando porém o resultado da liberdade de pensamento é exposto temos a liberdade de manifestação e comunicação, também denominada liberdade externa ou objetiva consistente na expressão externa do querer individual, que implica o afastamento de obstáculos ou de coação, de modo que o homem possa agir livremente, seja no plano religioso (liberdade de culto), educativo e de pesquisa (liberdade de ensino e científica), cultural (liberdade artística) ou no plano público (liberdade de expressão), podendo esta última variar de acordo com a técnica utilizada para exercê-la: liberdade de reunião, concentração, imprensa, radiodifusão e televisão, do teatro, do cinema, etc. (SILVA, 2000).

Em função dessa variedade terminológica, Jónatas M. E. Machado (2002) ressalta a associação íntima ou conexão interna que se estabelece entre a liberdade de expressão enquanto direito mãe e a generalidade das liberdades da comunicação, funcionando a primeira como ideia-força da interpretação constitucional que, no processo de concretização das diversas liberdades comunicativas, deve objetivar as finalidades substantivas que historicamente foram atribuídas à liberdade de expressão.

Logo, ressalvadas as dificuldades que a complexidade social e a volatilidade tecnológica oferecem, doutrinariamente o direito à liberdade de expressão é considerado em sentido amplo um superconceito que abrange um conjunto de direitos fundamentais reunidos na categoria genérica “liberdades comunicativas” ou “liberdades da comunicação”, ao passo que em sentido

estrito e residual, o direito à liberdade de expressão significa a liberdade de opinião, liberdade de informação (direito de informar, se informar e de ser informado), liberdade de imprensa, direito dos jornalistas, direito de resposta, direito ao sigilo da fonte, liberdade de radiodifusão e liberdade de comunicação social (MACHADO, 2002).

Outrossim, ao lado das liberdades comunicativas que limitam a intervenção do Estado na seara da comunicação, a liberdade de expressão em sentido amplo se interliga com todos os direitos fundamentais que positivam a autonomia individual e garantem sua inserção ativa, competitiva e comunicativa nos seus vários planos e diferentes subsistemas de ação social, que podem assim ser compreendidos como liberdades de comunicação em sentido amplíssimo, como a liberdade de consciência, que pressupõe uma independência e integridade racional, moral-prática e comunicativa dos indivíduos, a liberdade religiosa, cuja afirmação através da separação das confissões religiosas do Estado promoveu a liberdade de expressão e de informação apoiada numa estrutura descentralizada de comunicação, a liberdade de criação artística, a liberdade de profissão, o direito de propriedade, as liberdades de reunião, manifestação e associação, dentre outras (MACHADO, 2002).

Assim como ocorre em todos os direitos fundamentais, o substrato das liberdades comunicativas pode ser analisado a partir de duas dimensões. Subjetivamente diz respeito à importância da norma consagradora da liberdade comunicativa para a pessoa individualmente considerada, sua própria vida, o desenvolvimento da sua personalidade, interesses e ideias. Já de acordo com a fundamentação objetiva importa o significado do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, através de qualquer meio, para o interesse público, para a vida em comunidade, enquanto um valor geral, uma liberdade institucional (CANOTILHO, 2003).

Para Jonatas E. M. Machado, esse caráter duplo do direito à liberdade de expressão manifesta-se em duas ordens de direitos. Do ponto de vista da ordem jurídico-subjetiva é ressaltada a defesa do indivíduo contra interferências externas, atribuindo ao Estado os deveres de abstenção e proteção. Através do primeiro, de viés eminentemente negativo, se busca “garantir um perímetro de liberdade ao titular do direito, que o Estado só excepcionalmente, e de acordo com um conjunto apertado de pressupostos materiais, formais e metódicos pode vulnerar” (MACHADO, 2002, p.379). Já o dever de proteção, próprio do contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais, obriga o Estado a tutelar a liberdade de expressão contra agressões de terceiros e assegurando o direito de participação e acesso aos meios de comunicação, exigindo prestações positivas veiculadas por normas organizadoras e reguladoras que efetivem a funcionalidade e a equidade das estruturas da comunicação.

Já a ordem jurídico-objetiva enfatiza a força normativa da liberdade de expressão perante os poderes públicos e os poderes sociais com vistas à otimização do debate público, destacando a função democrática das liberdades comunicativas para a “formação da opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e na garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista” (MACHADO, 2002, p.384).

A inclusão das liberdades comunicativas no rol dos direitos fundamentais decorre da luta histórica pela sua afirmação perante o Estado, devido à sua natureza eminentemente negativa e defensiva, que impôs a criação de liberdades indisponíveis diante de eventuais maiorias políticas, considerando que seu elevado grau de importância para os domínios da vida e do comportamento humano, individual ou coletivo, inclusive enquanto pré-requisito da democracia, impede que mesmo órgãos democraticamente eleitos como representantes da comunidade política possam livremente regulamentar ou restringir essas garantias (MACHADO, 2002).

Apesar de apresentar-se de maneira mais enfática na corrente democrática deliberativa, que aborda os mecanismos discursivos de construção das vontades coletivas e a afirmação da participação ampla e equitativa no debate como critério de legitimidade, a linguagem discursiva – mensagem refletida, formulando uma ideia ou um juízo com agrupamentos vocabulares conscientemente selecionados e ordenados – é elemento basilar de qualquer teoria política desde o surgimento da *polis*, pois toda comunicação se estabelece dentro de relações políticas e toda ação política se concretiza em práticas comunicativas:

Na experiência da polis que, com alguma razão, tem sido considerada o mais loquaz dos corpos político, e mais ainda na filosofia política que dela surgiu, a ação e o discurso separaram-se e tornaram-se atividades cada vez mais independentes. A ênfase passou da ação para o discurso, e para o discurso como meio de persuasão não como forma especificamente humana de responder, replicar e enfrentar o que acontece ou o que é feito. O ser político, o viver numa polis, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência. (ARENDT, 2007, p.35)

No caso da democracia as noções de *isegoria* (*iso* – igualdade, *ágora* – assembleia política) e *parresia* (*pan* – tudo, *rema* – fala) vinculam desde a antiguidade o regime da igualdade política à liberdade de fala ou direito de todos para expor suas opiniões, vê-las discutidas, aceitas ou recusadas em público, de sorte que ninguém estava sujeito à liderança alheia pois a todos era garantido equanimemente o direito à voz (falar e ser ouvido) no espaço decisório. “Mais do que uma forma de liberdade de expressão, tal como entendemos hoje, ou



seja, como mera liberdade negativa, a *isegoria* representava o direito de ser escutado durante o processo de tomada de decisão” (MIGUEL, 2014, p.29).

Não por outra razão, todas as doutrinas emancipatórias citadas no capítulo primeiro trazem em seu conteúdo *standarts* como a maximização da possibilidade do povo ser ouvido, liberdade de expressão e de pensamento como componentes característicos de uma democracia, liberdade de imprensa, opinião formada o mais livremente possível, debate democrático público, etc.

Toda teoria que se pretende democrática, mas que não pensa as dimensões públicas da liberdade de expressão, as relações instituintes entre a constituição da cidadania e o direito à voz pública, esbarrará em impasses ou antinomias centrais. Toda teoria da comunicação que despolitiza o seu objeto, negando ou marginalizando as fundações políticas da comunicação que se faz em sociedade, está na verdade optando por conceber a liberdade de expressão como um direito que se privatiza ou que se realiza na ordem do privado, em geral mercantil (LIMA, p.10-11).

Para a democracia a livre expressão é um patrimônio fundante da própria liberdade e da construção dos interesses públicos, cujo conceito multidimensional, enquanto direito público de cidadãos livres falarem e serem ouvidos, dá concretude a autonomia do sujeito da voz no princípio do autogoverno (GUIMARÃES, 2013).

Assim, a liberdade de expressão respeita a premissa que edifica as sociedades liberais e democráticas quanto à ausência de monopólio da verdade e a presença de discordâncias, diferenças e antinomias, tendo papel estrutural na constituição daquelas por ser condição *sine qua non* para o legítimo processo coletivo de decisão, ou seja, a discussão pública, que abrange a perspectiva não só do emitente da mensagem, como também do seu destinatário. Dessa discussão advém a opinião pública que, igualmente idealizada pelo liberalismo, estaria acima das opiniões particulares, com capacidade de superar o preconceito – enquanto perpetuação do erro como verdade – pela força racional do esclarecimento, resultado do livre debate de ideias. “Segundo essa razão iluminista, a verdade irá se desvelar numa epifania, coroando como uma apoteose o exercício do debate” (BUCCI, 2000, p.169).

## 2.3 - DIMENSÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A essencialidade da liberdade de expressão para os regimes democráticos é expressa em suas mais emblemáticas cartas políticas ou declarações de direito, inserta em uma prática de

comunicação social que organiza o espaço público, o Estado e a iniciativa privada segundo a primazia dos direitos do cidadão: Declaração de Virgínia de 1776 (art.14), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (arts.10 e 11), Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América de 1791, Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 (art.19), Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (art.10, §1º), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art.19), Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (art.13), a Declaração de Chapultepec de 1994 e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão de 2000.

Em grande parte desses documentos a liberdade de expressão sempre integra o rol dos direitos fundamentais em razão de sua própria substância, por garantir a autossatisfação individual como elemento fundamental e constitutivo da personalidade humana durante todo o seu desenvolvimento, ou pela sua importância instrumental, enquanto meio para a realização de outros fins mais importantes, dentre eles, permitir o avanço do conhecimento com a descoberta da verdade e possibilitar a participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas (CHEQUER, 2011).

Nesse sentido podemos inferir que a liberdade do uso da linguagem no espaço público apresenta duas dimensões: a dimensão substantiva que compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la; e a dimensão instrumental, traduzida na possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (MACHADO, 2002).

Na dimensão substantiva é ressaltada a autodeterminação do indivíduo, atuando a liberdade de expressão na manutenção da independência ou autonomia do espírito da pessoa a salvaguardar suas opções de conduta em todos os âmbitos da vida, inclusive no campo das ideias, em se permitindo a busca individual da verdade e em se favorecendo a diversidade, a inovação e a emancipação do homem da ignorância e opressão, pois para a total formação da personalidade do cidadão é imprescindível o conhecimento da realidade e as suas interpretações e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes, sendo a liberdade de expressão em última instância, num argumento humanista, corolário da dignidade humana (BRANCO, 2010).

De acordo com o âmbito constitutivo, a liberdade de expressão é importante por si só, independentemente das consequências para outros direitos, e se justifica como direito fundamental com base na premissa própria do mundo ocidental segundo a qual o indivíduo encontra-se na busca da realização de suas características e potencialidades como ser humano,

sendo algo imprescindível para sua autossatisfação, representando um valor intrínseco, um bem autônomo, um fim (CHEQUER, 2011).

Esse acontecimento individual e personalíssimo, inerente ao desenvolvimento da sua personalidade, estabelecerá as opiniões, crenças, pensamentos, perspectivas, posições, juízos e ideias próprios de cada homem, dando corpo a uma autoafirmação que é essencial à natureza humana e, por conseguinte, à sua dignidade, estando portanto no centro da ordem jurídica como bem objetivado por Chequer (2011, p.20):

Em apertada síntese, podemos afirmar que a teoria da autorrealização (ou autossatisfação) entende que a liberdade de expressão é instrumento para a autorrealização das pessoas. Se elas não tiverem amplo acesso a todas as ideias, não poderão imaginar a total extensão de possibilidades em suas vidas, por outro lado, a restrição da expressão também confirma a habilidade de escritores e artistas para expressar suas perspectivas, empobrecendo a cultural nacional.

Já no âmbito da dimensão instrumental a liberdade de expressão compreende a possibilidade de escolher livremente o suporte físico ou técnico que se considere adequado à comunicação que se pretende realizar, de acordo com as amplas possibilidades apresentadas pelo desenvolvimento tecnológico, cujos produtos nominam as diversas liberdades comunicativas, como liberdade de rádio, de televisão, literária, jornalística, eletrônica, etc., que são reunidas no termo “comunicação de massa” ou “comunicação social”, atribuídos portanto ao instrumento de veiculação da expressão para além da comunicação pessoal (de pessoa a pessoa) e independentemente do retorno imediato do receptor, com grande abrangência e realizado através de estruturas especializadas, ou seja, os meios de comunicação ou *mass media*. Nessa dimensão a análise da liberdade de expressão está intimamente relacionada com a estrutura econômica necessária ao estabelecimento, exploração e gestão das redes de comunicação social, cujo regime jurídico compreende a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a propriedade dos meios, os direitos relacionados à propriedade imaterial, dentre outros.

## 2.4 - A LIBERDADE DE EXPRESSÃO MASSIFICADA: COMUNICAÇÃO SOCIAL

Na origem dos meios de comunicação de massa encontra-se a invenção da tipografia, ou seja, da máquina de imprimir no papel caracteres de chumbo embebidos de tinta denominada

prensa, criada por João Gensfleisch de Sorgeloch, conhecido por Gutenberg, que imprimiu em 1436, em Mognúcia, Alemanha, para o Papa Nicolau V, uma carta de indulgências e, no ano seguinte, a primeira Bíblia. Todavia, antes da invenção de Gutenberg, há registros históricos de jornais no Egito (1750 a.c.), China e no Império Romano (CARVALHO, 2003).

Com a invenção de impressoras mecânicas rotativas, a impressão individual foi inferiorizada diante do surgimento de grandes grupos empresariais comprometidos com a lógica industrial e comercial de produção e distribuição em massa objetivando primordialmente o lucro. Assim, o âmbito normativo do direito à liberdade de expressão, originariamente concebida para a proteção do orador ou escritor individual de interferências externas, notadamente do Estado, “passou a confrontar-se com um novo fenômeno, o da comunicação cada vez mais institucionalizada, profissionalizada, altamente dependente, para a sua eficácia, da posse de avultados recursos econômicos” (MACHADO, 2002, p.323), que evoluiu para o atual estágio de massificação e comercialização da comunicação social.

O direito de comunicação social, enquanto uma das facetas da dimensão instrumental da liberdade de expressão, alcança a preservação da opinião relacionada a livre exteriorização de pensamentos, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo (liberdade de expressão em sentido estrito) e a divulgação de fatos noticiáveis que tenham uma aparência de veracidade, dados, qualidades ou objetivamente apuradas (liberdade de informação) quando exteriorizadas através de um meio de comunicação de massa. Apesar de não estar presente no jornalismo televisivo e nas revistas semanais, essa diferenciação é muito clara na maioria dos jornais impressos, nos quais os editoriais e artigos assinados são apartados dos textos informativos:

Essa divisão ajuda a cimentar o pacto do veículo com o público: de um lado, editores e repórteres procuram, até onde sua consciência alcança, não contaminar o relato dos fatos com visões opinativas; de outro, a audiência é orientada a distinguir os relatos baseados em observações empíricas relativamente impessoais, ou seja, as reportagens, dos exercícios de argumentação, ou seja, os artigos opinativos (BUCCI, 2000, p.108)

Por outro lado, também será objeto do direito de comunicação social a integração e regulação jurídica da existência, composição e do funcionamento desses meios de comunicação, ou seja, “não só o regime jurídico da manifestação e da recepção do pensamento através dos meios de comunicação de massa, mas também o regime legal atinente à propriedade de um jornal, à concessão de um canal de televisão ou de rádio e de outros veículos do gênero” (NUNES JÚNIOR, 2011, p.43).

As teorias mais relevantes para o estudo do direito à comunicação social são aquelas que justificam sua fundamentalidade como um meio para alcançar a verdade social e manter a democracia, estando a imprensa associada estreitamente a ambas, haja vista sua indispensável contribuição “para a afirmação e consolidação de uma opinião pública autônoma, a qual constitui um momento indeclinável de garantia substantiva da democracia” (MACHADO, 2002, p.505).

Enquanto instrumento para alcançar a verdade – mesmo que precária pois a veracidade total é impossível – a liberdade de expressão coletiva viabiliza o amplo debate público extraído de um livre mercado de ideias e supera a noção de direito individual para ser alçada à condição de bem social, obedecendo a premissa segundo a qual “o mais íntegro e racional julgamento só pode ser alcançado se considerarmos todos os fatos e argumentos que podem ser colocados em favor ou contra uma proposição” (CHEQUER, 2011, p.22).

Deste modo, os mesmos requisitos do processo de julgamento individual serão aplicados no julgamento genérico social para alcançar uma decisão comum que contemple as necessidades e aspirações de uma sociedade: aquisição de novos conhecimentos, tolerância de novas ideias, prova de opiniões em competições abertas, disciplina da reconsideração de sua suposição, etc. (CHEQUER, 2011).

O produto desse julgamento social constituirá a opinião pública, tema constante das obras de John Milton (1644) e John Stuart Mill (1859), segundo os quais a verdade acatada pela opinião pública será condicionada pelo procedimento adotado no livre mercado de ideias, de onde surge o seguinte questionamento acerca de uma eventual intervenção estatal para disciplina daquele mercado: “a regulação dos meios de comunicação, com o objetivo de garantir o pluralismo e a promoção da liberdade de expressão, de fato, promove ou cerceia essa liberdade?” (CHEQUER, 2011, p.24).

Como exemplos de regulação estatal, Cláudio Chequer cita o *Conseil Superior de L’Audiovisuel* - CSA na França, julgados nos Tribunais Constitucionais da Alemanha e Itália no sentido de que, em matéria de mídia de massa, o governo não está apenas autorizado a produzir diversidade mas obrigado, constitucionalmente, a realizá-la; a proibição dos anunciantes terem acesso à televisão na Dinamarca, Suécia, Noruega e Finlândia; medidas administrativas de imposição de conteúdo e limitação da dependência das emissoras em relação aos anunciantes na Áustria, Itália e Suíça; restrição de horário para programas violentos no Canadá, Inglaterra, França, Austrália, Nova Zelândia e Bélgica (2011, p.25).

No caso do direito norte-americano, o autor aponta a existência de duas correntes antagônicas quanto ao papel do Estado na regulação da liberdade de expressão através dos meios de comunicação de massa: a libertária, que repudia qualquer intervenção estatal por encarar a liberdade de expressão como proteção ao interesse individual de autoexpressão, defendendo a plena independência do mercado; e a teoria democrática ou ativista, que entende a liberdade de expressão como proteção da soberania popular, devendo portanto o Estado agir ativamente em sua ordenação. Esta última somente prevaleceu até 1987 quando o próprio órgão criado para expedir normas regulatórias, o *Federal Communications Commission* (FCC) reconheceu sua inconstitucionalidade (CHEQUER, 2011).

Em Portugal a “Alta Autoridade para a Comunicação Social” é um órgão independente previsto no art.39 da Constituição, composto por membros de diversos segmentos com mandatos fixos, que tem competência para supervisionar e intervir na comunicação social privada a fim de assegurar:

- a) O direito à informação e a liberdade de imprensa;
- b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social;
- c) A independência perante o poder político e o poder econômico;
- d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;
- e) O respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social;
- f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião;
- g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

A segunda tese acerca da aplicação da liberdade comunicativa a concebe como consequência do sistema democrático de tomada de decisões (opinião pública política), sendo um meio para assegurar a preservação da democracia e o direito de um povo, enquanto tal, decidir que tipo de vida quer viver, representando um instrumento de autodeterminação coletiva. Nesse sentido, a comunicação social é portanto composta pela manifestação e recepção do pensamento através de meios de comunicação voltados a uma sociedade massificada tendo por pressuposto a própria liberdade que é ofertada aos indivíduos, que lhes possibilita o exercício da democracia, bem como um meio através do qual a comunidade pode exercer certo controle dos atos do poder público.

Existem muitas formas e maneiras de se qualificar e conceituar a democracia, a maioria das teorias até a primeira metade do século XX o fizeram segundo uma perspectiva substantiva da vida social relacionada ao governo ou poder, a serem exercidos igualitariamente por todos os integrantes da comunidade.

Todavia, do ponto de vista procedimental, enquanto método de produção da decisão política, ou seja, aquela que afeta e obriga um conjunto de cidadãos comuns – sendo esta a perspectiva das chamadas teorias hegemônicas do pós-guerra citadas no primeiro capítulo – a existência da democracia é historicamente condicionada pelo respeito à igualdade entre todos os cidadãos no ato de aplicação e criação da decisão política, que resultará obrigatoriamente de um processo aberto de discussão e terá no povo sua única fonte legítima, “pois só é livre aquele que participa da decisão sobre as leis que fundamentam o nascimento do corpo político” (GUIMARÃES, 2013, p.82). Desse modo quanto mais democrático for o processo de formação da decisão política maior será o campo da autonomia individual, e quanto maior for a capacidade de discursividade do corpo coletivo maior será a potencialidade democrática da vontade geral.

Porém, ao contrário do modelo de democracia direta predominante na antiguidade, nas democracias liberais contemporâneas aquele método de produção se restringe à eleição de representantes e à regra da maioria, mediante a votação, que obedece a igualdade entre os cidadãos e respeita a legitimidade destes. Porém no que pertine à discussão democrática, a regra da maioria não produz um consenso como resultado de um processo de convencimentos e entendimentos protegido da intervenção da autoridade e dos constrangimentos que ela comporta, necessariamente acessível, igualitário e equânime, a fim de compatibilizar divergências no interior da comunidade política (GOMES, 2008).

Ora, estando o conceito de opinião arraigado à noção de vontade, pois opinião “é a vontade expressa como posição acerca de algum objeto” (GOMES, 2008, p.41), a ideologia democrática de um sistema político conduzido pela vontade do povo (autogoverno) necessariamente absorverá o conceito de vontade coletiva, que se expressa exatamente através da opinião pública, cuja razoabilidade e racionalidade a torna normativa ao ser invocada pelo Estado de Direito burguês como única fonte legítima das leis, sendo assim um acontecimento da época moderna pois pressupõe uma sociedade civil livre e articulada, distinta do Estado, onde existam centros vocacionados à construção discursiva e democrática de opiniões não individuais, “como jornais e revistas, clubes e salões, partidos e associações, bolsa e mercado, ou seja, um público de indivíduos associados, interessado em controlar a política do Governo, mesmo que não desenvolva uma atividade política imediata” (BOBBIO, 1998, p.842).

Segundo Ana Paula Amorim o vínculo entre a liberdade de expressão e a opinião pública democrática é tão implicante quanto o encadeamento da autonomia do cidadão em relação à soberania popular. Enquanto a soberania popular assegura a liberdade individual, uma vez que

o exercício da cidadania pressupõe condições de liberdade garantidas por uma organização cívica estruturada em simetria de direitos e deveres; o direito à liberdade de expressão sustenta-se em uma opinião pública democrática apta a assimilar a diversidade de manifestações sociais, demandando para tanto garantias de que todos possam manifestar criticamente seus próprios juízos. “A opinião pública democrática torna-se, assim, uma base discursiva da soberania popular, e a liberdade de expressão, princípio constitutivo da própria condição de autonomia do cidadão e da cidadã.” (2013, p.76-77).

## 2.5 - A COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após estabelecer no art.5º, incisos IV, VI, VIII, IX e XIV, enquanto direitos e garantias individuais e fundamentais, as diversas liberdades de comunicação, a Constituição de 1988 dedicou no Título VIII “Da ordem social”, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, um capítulo específico para a comunicação de massa – Capítulo V “Da comunicação social” – distinguindo-a portanto dos meios de comunicação interpessoal ou *unicast*, como os serviços postais, telegráficos ou telefônicos, estes últimos à época da constituinte limitados à transmissão de voz ou documentos via fax, que são citados apenas no art.21 quando da fixação das competências da União, dentre as quais explorar os serviços de telecomunicações.

Para Luís Roberto Barroso (2008) a distinção se justifica em função da susceptibilidade dos *mass media* em influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de um determinado povo, bem como pela maior dimensão de eventual dano que ocasionem a direitos subjetivos igualmente tutelados pela Constituição como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros. Essas particularidades também justificaram a inclusão dos serviços de radiodifusão em um dispositivo apartado (art.21, XII, “a” com a redação dada pela Emenda Constituição n. 8/95) daquele em que constou o gênero serviços de telecomunicações (art.21, XI), em que pese os primeiros serem espécie deste último, excluindo-os ainda da submissão a um órgão regulador.

É importante destacar que o termo “social” foi incluído posteriormente à aprovação do texto final da Constituição, na tentativa de não onerar as empresas de comunicação com o ICMS (art.155, II), vindo posteriormente a Emenda Constitucional n. 32 a declarar a imunidade apenas dos serviços de radiodifusão gratuitos (art.155, §2º, X, “d”):

Alguns itens relativos a impostos preocupavam, no entanto, todos os segmentos da mídia. E uma dessas circunstâncias consideradas ameaças só foi



evitada na undécima hora, conforme lembra o jornalista Fernando Ernesto Corrêa, então diretor do grupo RBS e interlocutor de empresas de mídia junto à Constituinte. Depois de contornadas as grandes diferenças e de se ter chegado a um texto que obteve aprovação do plenário, já com a Constituição a caminho da gráfica, percebeu-se que, como o capítulo a respeito se chamava “Da comunicação”, as regras tributárias válidas para o setor de telecomunicações poderiam ser consideradas aplicáveis também a empresas de produção e veiculação de conteúdo. “Isso iria onerar demais o setor”, recorda Fernando Ernesto, cuja providência, na época, foi procurar lideranças dos partidos para que firmassem um abaixo-assinado endereçado ao relator incluindo a palavra “Social” no nome do capítulo. “Essa emenda ninguém votou, mas foi incluída na Constituição, diz o jornalista, que guarda o documento que salvou o rádio e a TV do ICMS (GOMES, 2013, p.126-127)

Assim sendo, entre os artigos 220 e 223 a Constituição de 1988 definiu regras específicas para os veículos impressos (art.220, §6º), diversões e espetáculos públicos (art.220, §3º, I), radiodifusão sonora – rádio – e radiodifusão de sons e imagens – televisão (arts.220, §3º, II, 221, 222, §§1º, 2º, 4º e 5º e 223), empresas jornalísticas (art.222, *caput* e §1º) e meios de comunicação social eletrônica (art.222, §3º), além de preceitos gerais para todos os veículos (arts.220, *caput*, §§1º, 2º, 4º e 5º e 224). Esses dispositivos definem garantias, restrições ao conteúdo transmitido ou a organização e propriedade desses entes, competências do Poder Público e do Congresso Nacional quanto ao tema e as matérias que deverão ser objeto da legislação infraconstitucional.

Essas garantias reiteram o amplo direito fundamental à liberdade de expressão constante do art.5º inciso IX, considerando que a comunicação através de estruturas especializadas dirigidas a um público amplo – comunicação *multicast* – é apenas uma das várias possibilidades que o sentido estrito das liberdades comunicativas permite inferir: liberdade de opinião, liberdade de informação, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, liberdade científica, liberdade de imprensa, etc.

Porém passados vinte cinco anos da promulgação da Constituição, dentre todas as matérias remetidas à legislação ordinária, apenas o Conselho de Comunicação Social foi objeto de regulamentação através Lei n. 8.389/91 e, apesar do art.8º determinar o prazo de sessenta dias para sua instalação, isto somente ocorreu em 05 de junho de 2002, como decorrência da aprovação da Emenda Constitucional n. 36, de 28 de maio de 2002, que autorizou a entrada do capital estrangeiro nas empresas de comunicação.

Permanecem sem regulamentação as disposições da Constituição que proíbem o monopólio e o oligopólio nas comunicações, as que determinam o estabelecimento de mecanismos de defesa contra conteúdos nocivos à saúde e ao meio ambiente, as que fixam

as finalidades da programação de rádio e TV e as que garantem o direito de resposta, sendo objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão patrocinadas pelo Prof. Fábio Konder Comparato (ADOs n. 10 e 11), ajuizadas desde 2010 e que já contam com parecer favorável do Ministério Público Federal:

Revela-se legítima a intervenção do Estado na estruturação e no funcionamento do mercado. Principalmente quando se trata de coibir os excessos da concentração de poderes em determinados grupos econômicos, de modo a se garantir a diversidade de pontos de vista e a prevalência da autonomia individual na livre formação da convicção de cada um [...] os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis antimonopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação [...] (BARBOSA, 2012).

A própria ONG “Article 19”, uma organização internacional de luta pelos direitos humanos, com ênfase para liberdade de expressão, reconhece que a regulamentação das liberdades comunicativas é condição *sine qua non* para sua efetivação, tendo em 2007 recomendado ao Estado brasileiro a adoção de uma legislação para o setor:

Pedimos ao governo e aos membros do Congresso que tomem medidas imediatas para preencher o vácuo legal existente e priorizar a adoção de um marco regulatório para a liberdade de expressão no Brasil; um marco que esteja de acordo com a posição internacional ocupada pelo país. Toda e qualquer legislação adotada na área deve obedecer a padrões internacionais, ou seja, deve aplicar apenas restrições legítimas à liberdade de expressão e tais restrições devem ser adotadas a partir da observação e respeito aos direitos humanos, especialmente aqueles relativos à pluralidade, diversidade, acesso à informação, participação pública e controle social (ARTICLE 19, 2007).

Vale frisar que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) é expressa ao excluir de sua incidência os serviços de radiodifusão<sup>2</sup>, que seguem assim regidos pelo vetusto Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), e sujeitos ao Ministério das Comunicações apenas no que tange à outorga da prestação do serviço e sua respectiva regulamentação, cabendo à ANATEL tão-somente a competência para elaboração e manutenção dos planos de distribuição dos canais do espectro de radiofrequências, bem como para fiscalização do desempenho técnico

---

<sup>2</sup> “Art. 215. Ficam revogados: I - a Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;”

das concessionárias<sup>3</sup>.

## 2.6 - A IMPRENSA COMO UMA DAS POSSIBILIDADES DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Considerando que por muitos séculos os impressos constituíram a única forma de comunicação abrangente, a liberdade de impressão, de imprimir ou de imprensa, tornou-se sinônimo de liberdade de informação, de expressão ou comunicativa como uma liberdade civil, individual, mas com relevância coletiva, fundamental e essencial. Apesar da sofisticação atual dos diversos meios de transmissão de dados, notícias, informações, opiniões e pensamentos, notadamente o rádio, a televisão, a rede mundial de computadores e o sistema de telefonia móvel, a expressão segue designando a forma de expressão que mais se sobressai em importância devido ao seu ilimitado alcance social na atualidade e define, segundo Luís Roberto Barroso (2004, p.123), “a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão”.

Destarte, um conceito moderno de imprensa, deve associá-la exclusivamente à informação jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio e internet, independentemente do processo gerador, preponderando a atividade desenvolvida e não o meio empregado para divulgá-la. Por outro lado, impressos não jornalísticos e atividades de diversão, inobstante integrarem o sistema de comunicação social, não se submetem ao regime de imprensa, como cartazes, livros, boletins, prospectos, anúncios, novelas, músicas, etc. (CARVALHO, 2003).

Canotilho e Vital Moreira (1993) analisam a liberdade de imprensa como uma qualificação da liberdade de expressão e informação, razão pela qual todas comungam do mesmo regime constitucional, incluindo a proibição da censura, a submissão das infrações aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de retificação, sendo essa coincidência decorrente do percurso histórico comum desses direitos.

Porém observa Venício A. de Lima (2013, p.98), a partir dos diversos documentos históricos que positivaram os direitos e garantias fundamentais, que os termos “liberdade de

---

<sup>3</sup> “Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica. Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações”

expressão” e “liberdade de imprensa” não são utilizados como sinônimos, estando o primeiro sempre relacionado à pessoa, ao indivíduo-cidadão, enquanto que o segundo “aparece como ‘condição’ para a liberdade individual (Declaração da Virgínia) ou como uma liberdade da ‘sociedade’ equacionada com a imprensa e/ou os meios de comunicação (Declaração de Chapultepec)”.

A liberdade de imprensa é instrumentalizada necessariamente por veículos de comunicação de grande abrangência, que podem ser reunidos no termo “mídia”, porém é apenas uma das possibilidades do direito de comunicação social, que corresponde à “manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando veiculadas através de um meio de comunicação de massa” (NUNES JÚNIOR, 2011, p.43). Por essa razão, apesar de também ser beneficiado pelo princípio da liberdade de expressão, o sistema de comunicação social é mais amplo que a imprensa e que os próprios veículos de comunicação, o que obriga que sejam consideradas as condições econômicas do seu funcionamento para a análise da liberdade de imprensa:

Em resumo: liberdade de expressão e liberdade de imprensa são liberdades distintas. Já eram distintas no tempo Milton, que defendia o direito individual de imprimir (*printing*) sem a necessidade de uma licença prévia da igreja e do Estado. Com muito mais razão, o são hoje quando liberdade de imprensa (*press*) não se refere mais à liberdade individual de imprimir (*printing*), mas sim à liberdade de empresas cujos principais objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado (LIMA, 2010, p.127)

Especificamente quanto à liberdade de imprensa, sua menção na Constituição de 1988 só ocorreu no art.139, inciso III, segundo o qual na vigência do estado de sítio poderão ser adotadas “restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”. Porém, o conceito de imprensa não é definido pela Constituição, mas pode ser entendido a partir de dois sentidos.

Num sentido objetivo, compreende indistintamente a atividade realizada por qualquer meio mecânico, químico ou eletrônico de impressão, reprodução e difusão de notícias e opiniões, em formato físico ou virtual (jornais, revistas, livros, cartazes, folhetos, *homepages*, *blogs*, redes sociais), podendo ter caráter oneroso ou gratuito, resultar de processos técnicos, artesanais ou tecnologicamente avançados, empregados por estruturas organizadas e institucionalizadas ou de maneira informal.

Em sentido subjetivo, a imprensa abrange as empresas e os indivíduos profissionalmente ligados a todas as atividades relevantes para o processo comunicativo, desde a obtenção de informações e opiniões, passando pela edição e publicação, indo até a recepção dos conteúdos veiculados. Quanto ao aspecto subjetivo cumpre ressaltar que nos termos da decisão exarada em 17 de junho de 2009 no Recurso Extraordinário n. 511961, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o acesso e o exercício da profissão de jornalista não podem ser condicionados à graduação em nível superior nem submetidos a qualquer espécie de controle estatal como a inscrição em ordem ou conselho profissional, declarando não recepcionado pela Constituição o Decreto-lei n. 972, de 1969, que continha tais exigências em infringência, dentre outros fundamentos, ao art.220, §1º da Constituição.

Já a liberdade de imprensa pode ser compreendida através de duas dimensões. Numa dimensão individual-subjetiva refere-se a garantia de posições jurídicas aos indivíduos ligados à imprensa, sobretudo os jornalistas, bem como às empresas jornalísticas e aos órgãos de comunicação social, públicos e privados, com destaque para a natureza negativa dos direitos fundamentais que asseguram o distanciamento do Estado. Do ponto de vista institucional-objetivo, importa a tutela jurídica dispensada ao valor imprensa livre enquanto concretização da liberdade de opinião e de informação no domínio das empresas de comunicação e elemento essencial de uma ordem estatal democrática e pluralista (MACHADO, 2002, p.505).

## **CAPÍTULO III - A LIBERDADE DE IMPRENSA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STF**

### **3.1 - A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As normas que estabelecem direitos fundamentais asseguram determinados bens ou domínios existenciais extraídos da realidade (vida, domicílio, religião, opinião, pensamento, etc.), sendo geralmente designados de âmbito de proteção, domínio normativo, pressupostos de fato dos direitos fundamentais ou âmbito normativo. Como resultado do efeito jurídico incidente para a proteção dos dados reais eles passam a configurar direitos subjetivos (direito à vida, à inviolabilidade do domicílio, liberdade de religião, opinião e pensamento, etc.) que são operacionalizados mediante a criação ou constituição jurídica de liberdades, prestações, instituições e procedimentos (CANOTILHO, 2003).

Ademais “os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas” (CANOTILHO, 2003, p.1273), sendo essa aplicação referida por diversas expressões: realização, concretização, atualização, otimização, conformação ou efetivação dos direitos fundamentais.

Em muitas hipóteses a verificação das condições concretas que delimitarão a conversão dos direitos potenciais – consagrados como direitos subjetivos na constituição – em direitos atuais é mediada por outras normas legais ou mesmo constitucionais conformadoras do âmbito de proteção da norma constitucional em exame, a fim de “completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p.1263). Outra possibilidade é que essas normas legais ou constitucionais limitem ou restrinjam posições que, a princípio, integram o domínio de proteção dos direitos fundamentais.

Mas ressalta J. J. Gomes Canotilho que os direitos fundamentais podem ser restringidos não apenas por normas, “a intervenção agressiva no âmbito de proteção de um direito pode ser feita através de um ato jurídico (intervenção restritiva) concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia” (2003, p.1265). Essa intervenção restritiva corresponde a um ato jurídico que, de forma finalística, imediata e vinculativa reduz o âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia, podendo se dar através de uma ordem, proibição ou injunção.

Diante dessas formas de diminuição das possibilidades de ação asseguradas pelo âmbito de proteção da norma consagradora de direitos fundamentais, Canotilho (2003, p.1276) sistematiza em três categorias as restrições a direitos, liberdades e garantias constitucionais:

(1) restrições constitucionais diretas ou imediatas, ou seja, restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva); (3) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

No caso das restrições ditadas pela própria constituição, a estrutura da norma restritiva, ao mesmo tempo que garante, constitui ou reconhece um âmbito de proteção a determinado direito (art.5º, IV: “é livre a manifestação de pensamento, ...”), estabelece incontinenti limites ao seu âmbito de proteção (art.5º, IV: “... sendo vedado o anonimato”) ou faz remissão a outro dispositivo constitucional que deve ser reverenciado (“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”).

Quando as limitações são remetidas à legislação infraconstitucional, temos os direitos sujeitos a reserva de lei restritiva, de modo que a norma constitucional após afirmar e garantir um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental, autoriza o legislador ordinário a fixar-lhe limites (art.5º, LX, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”). Evidentemente que a atuação do legislador estará rigorosamente vinculada aos parâmetros inscritos na própria Constituição “pois o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma-iluminista (...) na medida em que a Constituição figura como o alfa e o ômega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa” (STRECK, 2006, p.3).

Mas mesmo que não haja norma constitucional ou legal autorizando a imposição de restrições a determinado direito fundamental, na hipótese de conflito entre direitos colidentes, a solução advirá através da restrição de um desses direitos em detrimento da prevalência do outro, segundo as circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação efetuado logo no nível legislativo ou no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto, a partir dos chamados limites imanentes, originários ou primitivos que se impõem a todos os direitos, podendo ser limites constituídos por outros direitos, derivados da ordem social ou eticamente imanentes (CANOTILHO, 2003).

### 3.2 - INTERVENÇÃO DO ESTADO NA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Desde a antiguidade, quando o uso franco da palavra no espaço público para influência nas decisões, denominado de *parresia*, é considerado uma atividade política essencial, seu exercício é considerado uma ameaça à democracia e reciprocamente intimidado por esta, ou seja, ao mesmo tempo que o discurso livre é indispensável para que a democracia se conserve através de seus conflitos, enfrentamentos e lutas, é ameaçado por ela pois o discurso verdadeiro requer conflito, enfrentamento e rivalidade, daí a necessidade de estabelecer limitações à fala:

Levando em consideração que o exercício da *parresia* é efetiva ação política, não deve surpreender a necessidade de estabelecer leis para restringir a liberdade de discurso. Essas leis visam impedir a calúnia a ofensa aos magistrados no exercício dos cargos públicos. Era também proibido falar mal de Harmódio e Aristogeiton, os tiranicidas. Além dessas leis, a acusação de “impiedade” (asibéia) poderia ser dirigida contra um orador ímpio, assim como o procedimento conhecido como *eisangelia* poderia ser utilizado contra um orador que tivesse mal conduzido o povo na tomada de decisões. O que significa a instituição dessas restrições a não ser o reconhecimento de que a *parresia*, longe de ser apenas um “direito”, era algo capaz de desestabilizar as relações de poder e, conseqüentemente, favorecer ou prejudicar o interesse coletivo? (ADVERSE, 2013, p.37).

Ao analisar os requisitos do processo de compatibilização entre a opinião pública institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada, indispensável para revelação da soberania social que irá legitimar o surgimento democrático do direito, Habermas (1997, p.86) destaca o necessário controle estatal dos meios de comunicação:

O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. Contra a absorção da esfera pública política por parte do poder, existem as conhecidas sugestões que recomendam ancorar elementos plebiscitários na constituição (referendo popular, desejo do povo, etc.) e as propostas que sugerem introduzir processos democráticos básicos (na apresentação dos candidatos, na formação da vontade intrapartidária, etc.). As tentativas visando um controle constitucional maior do poder da mídia caminham na mesma direção. Pois os meios de comunicação de massa carecem de um espaço de ação que viabilize a sua independência em relação às intervenções das elites políticas e funcionais, e os coloque em condição de assegurar o nível discursivo da formação pública da opinião, sem prejudicar a liberdade comunicativa do pública que toma posição.



Apesar da latência do embate quanto aos limites e sentido da atuação do Estado na regulação da propriedade e modo de funcionamento dos meios de comunicação de massa, essa análise é na maioria das vezes interdita pela invocação de um liberalismo limitado à proteção de liberdades individuais contra todo tipo de intervenção externa, principalmente do Estado, e pela dogmatização do conceito de liberdade de expressão a partir de doutrinas unidirecionais e fundamentalistas, para as quais o debate sobre liberdade de expressão por si só já constitui uma ameaça “como se a liberdade de expressão pudesse negar a expressão da liberdade ao discuti-la” (LIMA, 2013, p.9), ou seja, “a liberdade de expressão vale para tudo, menos para discutir a própria liberdade de expressão” (MENDONÇA, 2013, p.42). Essa realidade foi destacada pelo Ministério Público Federal no parecer favorável às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão que tramitam no Supremo Tribunal Federal patrocinadas pelo Prof. Fábio Konder Comparato tendo por objeto diversos dispositivos da Constituição relativos à comunicação social (ADOs n. 10 e 11):

A cada tentativa de discussão sobre o tema, imediatamente os grandes veículos de comunicação se levantam para tachá-las de “censura”, invocando um discurso de que trataria de restrição a um direito fundamental absoluto [...] O princípio da liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. [...] Portanto, deve ser garantida pelo poder público a possibilidade de livre manifestação de qualquer cidadão, para que se desenvolva um debate ancorado em razões públicas sobre temas de interesse da sociedade. Desse modo, posturas como a da grande mídia na verdade caracterizam uma tentativa de se evitar o debate, o que representa uma grave violação à liberdade de expressão. Nesses casos, o efeito silenciador vem do próprio discurso (BARBOSA, 2012).

Ora, apesar da imprensa realizar um serviço público indispensável à democracia e as emissoras de rádio e televisão gozarem de concessões públicas, ao se bloquear a análise das condições realmente democráticas da liberdade de expressão pelos meios de comunicação através de uma leitura superficial do liberalismo, ocorre uma verdadeira privatização do setor em favor das condições econômicas que limitam o processo comunicativo em favor dos que falam, em detrimento dos que querem serem ouvidos:

De nada adianta proteger a “liberdade de fala” se somente alguns a possuem ou se essa fala não tem a menor possibilidade de afetar o processo por meio do qual uma coletividade se atualiza e se reconstrói. Entender a liberdade de expressão contemporaneamente implica pensar a forma como os meios de comunicação podem fomentar fluxos públicos de discurso que alimentem um processo em que todos possam se fazer ouvidos na construção permanente do interesse público (MENDONÇA, 2013, p.62)

Na seara das empresas de comunicação, a tese de que a cidadania se resume à proteção de liberdade individuais contra todo tipo de intervenção externa, garante-as uma posição privilegiada, “elas se isolam de todo tipo de controle democrático, embora se autoconcedam o direito de supervisionar todos os demais poderes e instituições democráticos” (MENDONÇA, 2013, p.41).

Nesse sentido, não é crível imaginar que persista a compreensão que o setor privado é só liberdade e o setor público só censura, considerando que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas também aos particulares através do Estado, que deve intervir positivamente na ampliação fática do exercício daqueles direitos. No âmbito da comunicação social, tanto sua regulação como sua desregulação podem maximizar ou reduzir os objetivos democráticos das liberdades comunicativas, sendo o desafio encontrar o equilíbrio entre as vantagens e os inconvenientes de ambas (MACHADO, 2002).

Iniciativas como o combate à concentração das empresas de imprensa e a promoção de veículos públicos de radiodifusão se destinam à constituição de um mercado de ideias não apenas livre, mas igualmente justo independentemente da representatividade das opiniões, compatível com os valores fundamentais da liberdade, igualdade, pluralismo e neutralidade do Estado.

Nesse sentido é importante distinguir as situações de restrições à liberdade comunicativa e os condicionamentos ao seu exercício. Por restrições entende-se as hipóteses de limitação previstas sob reserva de lei e aplicadas sob reserva do poder judiciário, que resultam do conflito de direitos e interesses constitucionalmente protegidos com base na natureza dos assuntos ou conteúdos comunicados. Enquanto que condicionamentos decorrem da atividade normativa conformadora relativa ao lugar, tempo e modo do direito à comunicação que visa tornar possível e viável a concretização da liberdade comunicativa.

### 3.3 - A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 130

Seja através de normas de conformação, dirigidas à regulação ou otimização das liberdades comunicativas, sobretudo aquelas relacionadas à liberdade de radiodifusão, seja mediante a imposição de limites ao conteúdo que se quer comunicar, a exemplo das legislações eleitoral e consumerista, o legislador infraconstitucional intervém de variadas formas na liberdade de expressão em sentido amplo, sem obliterar seus cânones constitucionais dispostos

no art.5º da Constituição de 1988, incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento”) e IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”).

Porém quando se cuida da dimensão instrumental da liberdade de expressão concretizada através do direito de comunicação social, e mais especificamente da liberdade de imprensa, as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal vêm outorgando um caráter absoluto, indene de restrições constitucionais, infraconstitucionais ou imanentes, a esse importante, porém não ilimitado, direito fundamental. Essa posição do tribunal foi firmada a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 e reiterada em decisões seguintes.

### 3.3.1 - A arguição de descumprimento de preceito fundamental

Inicialmente prevista no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, transformado em § 1º pela Emenda Constitucional n.º 3/93, a ADPF é uma ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal, de cunho objetivo e fundada no descumprimento de preceito constitucional que veicule valores essenciais ao ordenamento jurídico por ato do Poder Público ou por lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, objeto de controvérsia judicial relevante, ainda que anteriores à Constituição de 1988, conforme dispõe a Lei n.º 9.882/99 que a regulamentou permitindo sua utilização<sup>4</sup>, e foi assim contextualizada pelo Min. Gilmar Mendes, um dos autores do seu anteprojeto:

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles concentrado e difuso. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição. É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema direto de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias

---

<sup>4</sup> Antes da promulgação da Lei n.º 9.882/99 o STF já havia decidido pela não autoaplicabilidade da ADPF no Agravo Regimental na Petição n.º 1.140, rel. Min. Sydney Sanches: “O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro ao dispor (...) 2. Vale dizer, enquanto não houver lei estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não poderá apreciá-la.”

constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chamada “guerra de liminares”.

Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade” (cf., infra, Incidente de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento). Também foi nesse contexto que, juntamente com o Professor Celso Bastos, passamos a nos indagar se a chamada “arguição de descumprimento de preceito fundamental”, prevista no art.102, § 1º, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competência do STF. (MENDES, 2010, p.1305)

Inaugurada uma ordem jurídica a partir de um novo texto fundamental o citado direito pré-constitucional se submete a um processo positivo de recepção quanto às normas concordes com aquele, ou negativo de ineficácia das normas que infirmem a novel Constituição, que assim são consideradas não recepcionadas ou revogadas<sup>5</sup>, o que se dá, no âmbito do controle concentrado, no caso de procedência da ADPF instaurada por uma controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição vigente. Descrevendo esse fenômeno, ensina Noberto Bobbio (1999, p.177) que:

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o ordenamento novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho, mas também o velho que se trasvaza no novo e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento, passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à Constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho [...]. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.

Quanto aos objetivos da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental destaca-se a necessidade de pacificar as celeumas jurisprudenciais em torno da exegese dos direitos fundamentais:

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que

---

<sup>5</sup> A corrente que defendia se tratar de inconstitucionalidade superveniente restou sufragada pelo entendimento esposado pelo STF na ADI n.º 02/DF, segundo o qual a hipótese se refere a direito intertemporal (recepção ou não recepção).

também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. (MEIRELLES, 2005, p.444)

Apesar de não citada nas alterações promovidas pela Emenda Constitucional n.º 45/04 ao Poder Judiciário e mais especificamente nos efeitos das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (art.102, § 2º da CF/88), a sistematização dos efeitos das decisões da ADPF consta da Lei n.º 9.882/92<sup>6</sup>.

Segundo a doutrina poderão ocorrer três espécies de decisão quando julgada procedente a ADPF de acordo com seu objeto: referindo-se a um ato normativo posterior à Constituição vigente, serão aplicadas as técnicas do controle de constitucionalidade abstrato; quando impugnado o direito pré-constitucional, declarar-se-á a recepção (ou legitimidade) ou não da lei; e cuidando-se de ato de efeito concreto, será reconhecida sua ilegitimidade.

Portanto, haverá um juízo negativo decorrente dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Tribunal na procedência da ADPF que, na hipótese de ter por objeto o direito pré-constitucional, deverá “limitar-se a reconhecer a legitimidade (recepção) ou não da lei, em face da norma constitucional superveniente” (MENDES, 2010, p.1344), com efeitos, em regra, *ex tunc* e *erga omnes*.

Luis Roberto Barroso (2012, p.344) assevera que “quanto aos efeitos objetivos, se a arguição tiver resultado de um ato normativo, serão eles análogos aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade”, porém há de se observar que a Lei n.º 9.868/99, que as regula dispõe que na hipótese de ser declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, ou ainda determinada uma interpretação conforme a Constituição ou mesmo a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a decisão terá “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (art.28, parágrafo único), enquanto que a

---

<sup>6</sup> Vale frisar que a Lei n.º 9.882/99 é objeto de ação direta de constitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ADInMC n.º 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, tendo o julgamento sido iniciado em 05 de dezembro de 2001 e, após o voto do relator pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art.5º, pediu vista o Min. Sepúlveda Pertence (Informativo STF n.º 253, de dezembro de 2001). Porém no julgamento da ADPF n.º 33-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, o STF entendeu que inobstante a impugnação a sua constitucionalidade, a Lei n.º 9.882/99 encontra-se plenamente em vigor: “Existência de ADI contra a Lei n.º 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal.”

Lei da ADPF prevê que sua “decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art.10, § 3º da Lei n.º 9.882/99), de constitucionalidade questionada na ADInMC n.º 2.231-DF, uma vez esse efeito não possui previsão constitucional como o fez o art.102, § 2º em relação à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade.

Essa diversidade de tratamento dos efeitos das decisões da ADI/ADC e ADPF pelas Leis n.ºs 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente, gerou acentuada divergência doutrinária quanto à vinculação ou não do Poder Legislativo às decisões do STF proferidas em sede de ADPF. Defendendo a submissão do legislador ao efeito vinculante da ADPF citamos:

Os efeitos vinculantes na arguição, segundo entendemos, têm uma amplitude muito maior do que para os previstos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. De fato, enquanto na Adin e na Adecon os efeitos alcançam os órgãos do Poder Judiciário e os órgãos da Administração Pública, na arguição, os efeitos atingem todos os órgãos do poder público, inclusive o legislativo, que ficam submetidos às condições e ao modo de interpretação e aplicação fixados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do preceito fundamental. Isso gera consequências sérias, como a possibilidade até de suspensão liminar do processo legislativo, em caso de inobservância das condições fixadas pelo Pretório Excelso, ademais do cabimento de reclamação diretamente interposta junto ao Supremo, em caso de descumprimento de sua decisão e, exatamente, para garantir a autoridade desta, consoante prevê o art.13 da Lei 9.882/99. (CUNHA JÚNIOR, p.350-351)

Da mesma forma, no que diz com a arguição de descumprimento, o efeito vinculante não foi expressamente limitado aos órgãos do Poder Executivo e Judiciário, havendo como cogitar-se, ao menos em tese, de eventual extensão aos órgãos legislativos, já que o art.10 § 3º, do citado diploma legal, refere genericamente o poder público, muito embora tal entendimento tenha sido rechaçado em importante ensaio sobre o tema. (SARLET, 2009, p.3-4)

Ainda acerca da vinculação do Poder Legislativo às decisões de controle concentrado de constitucionalidade em geral, na qual inclui-se a ADPF, podemos destacar:

Caracterizando um verdadeiro exercício do direito de ação, o julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal refere-se à lei em tese, e os efeitos dessa decisão deverão atingir a todas as hipóteses em que possa haver sua incidência, vale dizer, a decisão que declara a inconstitucionalidade em tese é de alcance erga omnes; e reveste-se da autoridade da coisa julgada erga omnes; obrigando, portanto, não só o Poder Judiciário, como todos os demais Poderes – Legislativo e Executivo. (FERRARI, 2004, p.230-231)

A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral significa a vinculação do próprio legislador à decisão do TC: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC. Também lhe está vedado vir

neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo, de actos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição da reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição-sentença-lei – em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. A proibição abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal, embora com nova formulação. (CANOTILHO, 2003, p.1010-1011)

(...) quando do exercício dessa função estruturante, seria inadequado admitir que o legislador pudesse ressuscitar lei exatamente idêntica àquela já afastada, com o mesmo conteúdo daquela já eliminada por incompatibilidade com o sistema pelo Tribunal Constitucional ou Corte Suprema com função própria de Tribunal Constitucional (...) Hipótese diversa está na reedição de lei similar, próxima ou com alguma semelhança com a anterior, caso que merece nova e pertinente análise por parte da Justiça Constitucional. (TAVARES, 2012, p.46)

#### Em sentido contrário à vinculação do Poder Legislativo:

Quanto ao efeito, é preciso tomar cuidado com a interpretação da expressão “em relação aos demais órgãos do Poder Público”. É cristalino que a decisão em arguição não tem o condão de vincular o Poder Legislativo. Primeiro porque o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade não alcança o Poder Legislativo, conforme o § 2º, do art.102, da CF. Segundo: nem poderia alcançar, sob pena de perversão do próprio princípio da separação dos poderes. Não custa lembrar que foi justamente em virtude do efeito vinculante, conferido pela Constituição expressamente à ação declaratória de constitucionalidade (e não à ação direta de inconstitucionalidade), que o STF entendeu ser possível o cabimento de reclamação em caso de descumprimento da coisa julgada pelos demais órgãos do Judiciário como garantia da autoridade de sua decisão. E o art.13, da Lei 9.882/99 prevê o cabimento da reclamação contra o descumprimento da decisão proferida em arguição pelo STF. (CLEVE, 2001, p.53)

Cabe agora, pois, analisar a constitucionalidade do art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99, na parte em que prevê a concessão de efeitos vinculantes às decisões finais das arguições, relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Sobre o tema, é sabido que o STF, no julgamento de questão de ordem suscitada na ADC nº 01-1/DF (Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 157/371), assentou a validade da ação declaratória de constitucionalidade criada pela EC nº 03/93, inclusive quanto aos efeitos vinculantes de suas decisões finais. Analisando os fundamentos do voto vencedor do Min. MOREIRA ALVES (RTJ157/371), denota-se que o Tribunal afastou as alegações de inconstitucionalidade embasadas nos incisos III (separação dos Poderes) e IV (direitos individuais relativos ao acesso ao Judiciário, ao devido processo legal e ao princípio do contraditório e da ampla defesa), ao fundamento de que, em se tratando de um processo objetivo de controle de constitucionalidade, “não se aplicam os

preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processos inter partes) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos". Ademais, sustentou Sua Excelência que, "se o acesso ao Judiciário sofresse qualquer arranhão..., esse arranhão decorria da adoção do próprio controle concentrado, a qual se fez pelo Poder Constituinte originário, e não exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos...". (...)

Ainda assim a norma em comento (art. 10, §3º, da Lei 9.882/99) guarda um senão. É que, à luz do §2º do art. 102 da CF/88, a proibição de repetição, inerente ao efeito vinculante, não se estende ao Legislativo, daí porque a expressão "relativamente aos demais órgãos do Poder Público", numa interpretação conforme a Constituição, não pode ser aplicada em face dos órgãos legiferantes. (BERNARDES, 2000)

**E M E N T A:** [...] LEGISLAÇÃO QUE DERROGA DIPLOMA LEGAL ANTERIORMENTE SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO. - A mera instauração do processo de controle normativo abstrato não se reveste, só por si, de efeitos inibitórios das atividades normativas do Poder Legislativo, que não fica impossibilitado, por isso mesmo, de revogar, enquanto pendente a respectiva ação direta, a própria lei objeto de impugnação perante o Supremo Tribunal, podendo, até mesmo, reeditar o diploma anteriormente pronunciado inconstitucional, eis que não se estende, ao Parlamento, a eficácia vinculante que resulta, naturalmente, da própria declaração de inconstitucionalidade proferida em sede concentrada. [...] (STF, ADI n.º 2903, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01.12.2005)

Dentro desse formato legal não resta dúvida que a ADPF constitui um dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade porque é concentrado, apenas o STF dispõe de competência para processar e julgar; principal, uma vez que é suscitada através de uma ação autônoma; e objetivo pois, à margem de tal ou qual interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos atos e das normas com as regras constitucionais (MIRANDA, 1988, vol.2, p.313).

### 3.3.2 - A não recepção da lei n. 5.250/67 pela constituição de 1988

Em termos de legislação acerca da liberdade de imprensa, a Lei n.º 5.250, promulgada em 09 de fevereiro de 1967, no apagar das luzes do primeiro governo militar, presidido por Humberto de Alencar Castello Branco, marechal linha dura e um dos principais articuladores do golpe de 1964, foi instituída com o propósito de “regular a liberdade de manifestação do



pensamento e de informação”, vigendo à época a Carta Constitucional semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967.

Não se cuidava, porém, de mais uma inovação (anti) jurídica do regime militar. Com efeito, a primeira norma objetivando o “cerceamento” (a regulação da liberdade implica, necessariamente, a imposição de limites) da atividade jornalística no Brasil data de 1823, e foi outorgada por Dom Pedro I. A primeira Lei de Imprensa da República é de 1923 e depois dela houve mais duas, em 1934 (alterada em 1937, com a instauração do Estado Novo) e 1953 (durante o segundo mandato de Getúlio Vargas).

Com a promulgação da Constituição de 1988 e o banimento da censura prévia no país, os veículos de comunicação brasileiros passaram por um acentuado processo de modernização e euforia liberal, dentro do qual nenhum fato ou pessoa estaria a escape da ação investigativa e informativa da imprensa sob todas as suas formas.

A partir dessa nova realidade a aplicação da Lei de Imprensa sofreu diversas restrições quando confrontada sistematicamente com o ordenamento jurídico como um todo pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) Art.49, §2º: restringia a responsabilidade pela reparação do dano à pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação, tendo sido estendida ao autor do escrito (Súmula n.º 221 do STJ, DJ de 26.05.99);

b) Art.56: estabelecia o prazo decadencial de três meses para o ajuizamento da ação de ressarcimento por danos, que passou a obedecer o Código Civil (STJ, REsp. n.º 120615/RS, DJ 27.03.00);

c) Art.57, §6º: determinava o depósito do total da condenação como requisito de admissibilidade da apelação contra sentença condenatória ao ressarcimento, foi dispensado (STJ, REsp. n.º 202673/MA, DJ 11.09.00);

d) Arts.51 e 52: tarifava o ressarcimento aos danos morais, passou-se a considerar inexistente qualquer limite prévio ao valor da indenização (Súmula n.º 281 do STJ, DJ 13.05.04).

Até mesmo legislações que apenas reflexamente cuidavam de meios de comunicação foram objeto de controle de constitucionalidade tendo por parâmetro o art.220 da CF/88:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 8069/90. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE CRIAÇÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou

adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 869, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/1999, DJ 04-06-2004)

Em 27 de fevereiro de 2008, o Supremo Tribunal Federal, referendando a decisão liminar do Ministro Carlos Ayres Britto, suspendeu 20 dos 77 artigos da Lei de Imprensa, nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130 movida pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT<sup>7</sup>, o que não implicou o sobrestamento das lides que os envolvessem, mas apenas a aplicação, aos casos concretos, das normas gerais do direito civil, penal e processual, em lugar da Lei de Imprensa.

Já em 30 de abril de 2009 o Supremo Tribunal Federal julgou totalmente procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 130 para declarar a não recepção integral da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, haja vista sua incontornável incompatibilidade principiológica com a Constituição de 1988.

Do voto condutor, proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, infere-se que o Tribunal invocou em seus fundamentos o período da história brasileira em que a Lei n.º 5.250/67 foi produzida, marcado pelo autoritarismo, pela repressão violenta, pelo controle sobre os meios de comunicação em massa através da censura do regime militar, que buscou controlar a crítica jornalística e impedir a autodeterminação política, jurídica e social do indivíduo e da coletividade, com o objetivo de ocultar as repressões violentas e as críticas às políticas públicas:

66. A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como "anos de chumbo" ou "regime de exceção" (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa (p.70)

<sup>7</sup> Como mostra da concepção de liberdade de imprensa adotada pelo subscritor da inicial da ADPF n. 130, o deputado federal Miro Teixeira, vale registrar que na Conferência Legislativa sobre o tema, em 2008, ele propôs que os agentes públicos, eleitos ou concursados, fossem proibidos de acionar civil ou criminalmente qualquer jornalista, ainda que para requerer direito de resposta (LIMA, 2010).

Quanto à análise de *per si* dos dispositivos da Lei n.º 5.250/67, limitou-se o voto condutor a tecer considerações quanto aos arts. 1.º, 2.º, 8.º a 11 e 61 a 63, concluindo em seguida que a liberdade de informação jornalística, base da liberdade de informação, imprescindível para a autodeterminação do indivíduo e para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, tinha possibilidades reduzidas para seu exercício na vigência das citadas normas, não sendo permitido aos meios de comunicação em massa, através por exemplo da censura prévia, o exercício deste direito fundamental em sua plenitude:

E assim de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei nº 5.250/67 é um todo pro-indiviso que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os §§ 1º, 2º e 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988. Pior ainda, a Lei Federal nº 5.250/67 é tão servil do mencionado "regime de exceção", tão objetivamente impregnada por ele, que chega a ser um dos seus principais veículos formais de concreção. O próprio retrato falado e símbolo mais representativo, no plano infraconstitucional, de toda aquela desditosa quadra de amesquinamento dos foros de civilidade jurídica do Brasil. (p.71/73)

Relativamente aos efeitos da decisão constou do acórdão:

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. (p.11)

Observando-se exclusivamente a ementa poderia se inferir que o STF declarou, definitivamente, a impossibilidade de qualquer forma estatal de óbice às liberdades comunicativas realizadas através dos meios de comunicação social, seja pela atividade legiferante ou judicial. Em caso de ofensa a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana, somente *a posteriori* é que se passa a cobrar do autor um eventual desrespeito, mediante direito de resposta e responsabilização civil ou penal. Tais enunciados da ementa refletem as razões do voto condutor, segundo o qual mesmo a inviolabilidade dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das

pessoas – estabelecida no art.5º, inciso X e de observação obrigatória quando do exercício da liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, conforme ressalva o art.220, §1º da Constituição – deve sofrer uma “momentânea paralisia” a fim de se garantir a liberdade de imprensa, pois os direitos que lhe dão conteúdo “são bens da personalidade que se qualificam como sobredireitos” (p.4), enquanto que os demais direitos fundamentais de personalidade são colocados em segundo plano.

Todavia a análise de outros seis votos constantes do acórdão demonstra que a maioria dos Ministros<sup>8</sup> se limitou a acompanhar o Relator apenas no tocante à incompatibilidade da Lei n.º 5.250/67 com a Constituição Federal de 1988, reconhecendo porém expressamente a possibilidade do legislador infraconstitucional estabelecer restrições à liberdade de imprensa e o próprio Poder Judiciário realizar em cada caso concreto a ponderação necessária entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa, podendo eventualmente limitá-la, ao contrário da interpretação aplicada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, segundo o qual as normas constitucionais relativas à imprensa são “irregulamentáveis” e qualquer intervenção do Estado “estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção” (p.55).

Segundo o Ministro Menezes Direito a ausência de limites a qualquer instituição “estimula a arrogância e enaltece o arbítrio e a sensação de permanente acerto”, daí a importância do sistema de pesos e contrapesos. Mostrando a incompatibilidade de instituições com poderes absolutos e a natureza das sociedades democráticas, assentou o Ministro Menezes Direito ser pertinente o estabelecimento de mecanismos que autorizem o Estado, diante do conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, “por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem”. (p.92)

Já o Ministro Joaquim Barbosa classificou de “radical” o entendimento declinado no voto condutor, segundo o qual a imprensa deve estar inteiramente livre de qualquer regulamentação ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais, inclusive do Poder Judiciário, cuja atuação na matéria seria vista como “suspeita”. A partir da doutrina de Owen Fiss, da Universidade de Yale, ressaltou o Ministro que nem sempre o Estado exerce uma

---

<sup>8</sup> O Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência total da ADPF e apenas os Ministros Eros Grau, Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanharam integralmente o relator, sem ressaltar o caráter absoluto da liberdade de imprensa e a impossibilidade de restrições legais, tal qual afirmado no voto condutor.

influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação. “O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns” (p.109). Atento à função multidimensional da liberdade de informação, classificada pelo Ministro como um direito de “primeiríssima grandeza” e de “magna importância”, sua manifestação foi a única a destacar a importância da liberdade comunicativa ser analisada segundo “a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa” (p.109-110).

O voto do Ministro Cezar Peluso foi enfático quanto a inexistência de qualquer direito absoluto na Constituição, “é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda” (p.122). Também foram expressas em seu voto algumas reservas quanto à fundamentação do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, assinalando inclusive a possibilidade de edição de uma nova lei de imprensa pelo Congresso Nacional e o papel do Poder Judiciário no arbitramento dos conflitos relacionados à liberdade de imprensa:

Até que o Congresso Nacional, se o entenda devido, edite uma lei de imprensa, que é coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional, a mim me parece se deva deixar ao Judiciário a competência para decidir questões relacionadas, sobretudo, ao direito de resposta e a temas correlatos (p.123-124).

A Ministra Ellen Gracie registrou inexistir uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição a ponto de impedir que a legislação infraconstitucional aborde um deles em detrimento dos “esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais”. Sublinhando sua discordância com o postulado defendido pelo Ministro Relator quanto ao “estado de momentânea paralisia” da inviolabilidade dos direitos fundamentais para o pleno usufruto da liberdade de imprensa, que implica na própria “nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros”, registrou a Ministra Ellen Gracie a viabilidade da atividade legislativa na matéria e a necessidade de atuação do Judiciário na apreciação de eventuais afrontas aos *standards* constitucionais:

Penso assim que a plenitude da liberdade de informação jornalística, desfrutada pelos veículos de comunicação social, não é automaticamente comprometida pela existência de legislação infraconstitucional que trate da atividade de imprensa, inclusive para protegê-la, como assinalou o Ministro Joaquim.

Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no artigo 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu artigo 5º (p.127/128).

Também o Ministro Celso de Mello realçou que “o direito de crítica não assume caráter absoluto, eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (...), direitos e garantias revestidos de natureza absoluta” (p.161), razão pela qual todas as liberdades públicas estão sujeitas a limitações pela ordem jurídica a fim de resguardar o interesse social e a coexistência harmoniosa entre elas, tendo o Judiciário por garante:

Na realidade, a própria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe parâmetros - dentre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o necessário respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) - cuja observância não pode ser desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto constitucional (art. 220, § 1º), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto (p.175-176).

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes, que presidiu o julgamento da ADPF n. 130, peremptoriamente declarou que “o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo” (p.225). Em seu voto, ilustrado por várias citações de direito comparado, observa o Ministro que não há no texto constitucional qualquer vedação à limitação das liberdades comunicativas a fim de compatibilizá-las com os demais direitos fundamentais, e conclui que art. 220 da CF “não apenas legitima, como também exige a intervenção legislativa em tema de liberdade de imprensa, com o propósito de efetivar a proteção de outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à imagem, à honra e à privacidade” (p.267).

Assim sendo, a despeito de declarar não recepcionada a Lei de Imprensa, não se formou maioria no julgamento da ADPF n.º 130 quanto às “condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (artigo 10 da Lei n.º 9.882/99), que suprisse o vácuo legislativo da matéria que o fenômeno da recepção procura evitar, permitindo a continuidade da legislação ordinária anterior, contanto que sejam normas compatíveis com a nova ordem.

Ao comentar o *caput* do art.10 da Lei n.º 9.882/99, Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que “o STF pode fixar na decisão não só o provimento da ADPF, mas o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental presente na Constituição” (2013, p.1175), ao que deve ser acrescentado: com vistas exclusivamente a cessar o descumprimento do preceito fundamental, sob pena de estabelecer um monopólio de interpretação total e afrontar o livre convencimento do juiz.

Na hipótese da ADPF n.º 130, poderia o STF além de sanar a violação do preceito fundamental com a declaração de não recepção da Lei n.º 5.250/67, que efetivamente ocorreu, estabelecer condições, modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental invocado – liberdade de imprensa – eis que essa tem nítida relevância com o dispositivo do acórdão.

Destarte, não obstante a profundidade do debate estabelecido em torno dos pressupostos, limites e consequências da liberdade de imprensa, o dispositivo da decisão exarada na ADPF n.º 130 revela que para o STF, ao menos naquele momento, a declaração de não recepção da Lei n.º 5.250/67 era suficiente para que o preceito invocado deixasse de ser descumprido, em que pese a realidade demonstrar que a exclusão daquela legislação do ordenamento jurídico não implicou qualquer alteração sensível no exercício da liberdade de imprensa, como se somente após 30 de abril de 2009 a imprensa no Brasil tenha se tornado livre, conforme percuciente observação do Ministro Marco Aurélio Melo:

Não posso - a não ser que esteja a viver em outro Brasil - dizer que nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada, presente a Lei nº 5.250/67. Digo - e sou arauto desse fenómeno - que se tem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem (p.141)

Portanto, o controle concentrado sobre a Lei n. 5.250/67 foi instaurado e julgado procedente, com reflexos importantes sobre outros temas correlatos, em detrimento da não indicação de agressões atuais e efetivas às liberdades comunicativas com fulcro naquela legislação:

Pacífico é o entendimento do papel das cortes constitucionais e de sua vinculação à Constituição a que devem guardar, nas distintas formas de controle da constitucionalidade. Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade. Mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção intelectual. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007)

### 3.4 - EFEITOS DO JULGAMENTO DA ADPF N. 130

Seguiram-se ao julgamento da ADPF n. 130 decisões colegiadas e monocráticas do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de imprensa que invocaram como fundamento conclusões atribuídas àquela decisão.

#### 3.4.1 - Dispensa da formação superior em jornalismo e inscrição em órgão estatal

Em 17 de junho de 2009 no Recurso Extraordinário n. 511961, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o acesso e o exercício da profissão de jornalista não podem ser condicionados à graduação em nível superior nem submetidos a qualquer espécie de controle estatal como a inscrição em ordem ou conselho profissional, declarando não recepcionado pela Constituição o Decreto-lei n. 972, de 1969, que continha tais exigências, entendidas pelo STF como restrições à liberdade comunicativa, a partir da premissa que considera o jornalismo uma atividade diferenciada, que de forma contínua, profissional e remunerada implementa as liberdades de expressão e informação.

Ainda segundo o Supremo Tribunal Federal a ordem constitucional apenas autoriza o estabelecimento legal de qualificações profissionais que visem proteger, efetivar e reforçar o exercício das liberdades comunicativas, ao contrário da exigência de diploma de curso superior ou qualquer tipo de controle estatal que interfira no acesso à atividade jornalística, a exemplo de uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão, que não se coaduna com o emprego do poder de polícia pelo Estado, sob pena de configuração de censura prévia.

#### 3.4.2 - Inconstitucionalidade de restrições da lei eleitoral

Em 2 de setembro de 2010 a corte referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Carlos Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451, suspendendo as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504/97, Lei Eleitoral que proibiam os órgãos de comunicação de veicularem conteúdos que ridicularizassem candidatos a cargos eletivos ou emitissem opinião favorável aos mesmos a partir do mês de julho do ano eleitoral, assentando



a Corte que não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Essa ação ainda aguarda julgamento do mérito, mas o Ministério Público Federal já se manifestou pela sua improcedência.

Nesse julgamento assentou o Supremo Tribunal Federal o dever de omissão do Estado, inclusive no plano legislativo, quanto a definição temporal e de conteúdo da manifestação de pensamento, informação e criação, tendo em vista a posição constitucional alcançada pela imprensa de “sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência”, o que abrange programas humorísticos, sátiras, charges e caricaturas, enquanto exercício do pensamento crítico, informação e criação artística, estando indene de limites até mesmo no período eleitoral, pois o dever de imparcialidade perante os candidatos não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística, sendo apenas vedado às emissoras de rádio e televisão favorecerem determinada candidatura.

### 3.4.3 - Suspensão de decisões condenatórias por danos morais

Em 11 de março de 2013, o Ministro Celso de Mello deferiu medida cautelar nos autos da Reclamação n. 15.243 para suspender os efeitos de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>9</sup> que, com fundamento da Constituição Federal e no Código Civil, condenou Paulo Henrique Amorim ao pagamento de indenização por danos morais em favor do empresário Daniel Dantas em função de publicação ofensiva no *blog* do jornalista, por considerar que não estará sujeita à responsabilização civil “a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa”. Essa cautelar foi referendada pela Segunda Turma do STF em 18 de novembro de 2014, ainda não havendo decisão quanto ao mérito, porém a Procuradoria da República manifestou-se pela sua improcedência, tendo em vista a ausência de

---

<sup>9</sup> Ementa: Apelação Cível. Indenizatória. Nota veiculada no Blog do réu em 07.12.09. Sentença de Improcedência. O autor foi chamado de “maior bandido desse país”, “banqueiro bandido”, “miserável”, “orelhudo daniel dantas”. Utilização de expressões como “assuntos aleatórios da quadrilha Dantas”, “Gilmar Dantas” e “Daniel Mendes”, que insinuam que o demandante dispõe de vantagens junto ao poder judiciário. Responsabilidade do réu pelos comentários dos leitores. Abuso do direito de informar. Dano Moral configurado *in re ipsa*. *Quantum* arbitrado em R\$ 250.000,00. Danos materiais não comprovados. Recurso ao qual se dá parcial provimento. (Primeira Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 0389985-84.2009.8.19.0001, Apelante: Daniel Valente Dantas. Apelado: Paulo Henrique dos Santos Amorim. Relatora: Desembargadora Flavia Romano de Rezende, julgado em 15.05.12)

identidade material com a decisão da ADPF n. 130:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ADPF 130/DF – EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL DO JULGAMENTO NELA PROFERIDO – ALEGAÇÃO DE OFENSA A ESSA DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE, EM TESE, DA UTILIZAÇÃO, NO CASO, DO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DA RECLAMAÇÃO – A QUESTÃO DO DIREITO DE CRÍTICA NO CONTEXTO DO JORNALISMO DIGITAL – DENSIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR EM RAZÃO DE O DIREITO DE CRÍTICA COMPREENDER-SE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – DECISÃO ORA RECORRIDA QUE SE APOIOU, AO CONCEDER O PROVIMENTO CAUTELAR, NA DOUTRINA E EM PRECEDENTES DO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol) – O SIGNIFICADO E A IMPORTÂNCIA DA DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC (11/03/1994) – MATÉRIA JORNALÍSTICA E RESPONSABILIDADE CIVIL: TEMAS VERSADOS NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO – PRESENÇA CUMULATIVA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS CONCERNENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO “PERICULUM IN MORA” – SITUAÇÃO QUE LEGITIMA, PLENAMENTE, A CONCESSÃO DE PROVIMENTO CAUTELAR – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(Rcl 15243 MC-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014)

Vale registrar que diversas outras reclamações – antes e depois da decisão do Ministro Celso de Mello acima citada – foram ajuizadas no STF também invocando o descumprimento da decisão da ADPF n. 130 por parte de juízos de primeiro e segundo grau que julgaram procedentes pedidos de indenização por danos morais em função de ofensas perpetradas por órgãos de comunicação, sendo a maioria sequer conhecida<sup>10</sup>, haja vista a ausência de similitude entre os fundamentos utilizados pelos juízos reclamados, notadamente o Código Civil e a Constituição, e o decidido na ADPF n. 130, cujo dispositivo se limitou a declarar a não recepção da Lei n. 5.250/67 pela Constituição de 1988, não sendo essa lei utilizada como fundamento nas condenações impugnadas.

<sup>10</sup> Tiveram negado seguimento ou não foram conhecidas as seguintes reclamações: n. 9084, relatora Ministra Ellen Gracie, julgada em 18.12.09; n. 9068, relatora Ministra Carmen Lúcia, julgada em 01.12.11; n.12834, relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 06.12.12; n. 16343, relator Ministro Dias Toffoli, julgada em 29.11.13; n. 6247, relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 10.12.13; n. 17628, relator Ministro Dias Toffoli, julgada em 14.05.14. A reclamação n. 16556 teve apenas a liminar indeferida, relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 12.12.13. Já na reclamação n.16329 houve deferimento de medida cautelar para suspender a sentença condenatória de primeiro grau por danos morais, relatora Ministra Rosa Weber, decisão de 30.12.14.

### 3.4.4 - Suspensão de decisões que concedem direito de resposta ou determinam a publicação de sentenças condenatórias pelo veículo ofensor

Em 19 de outubro de 2012, o Ministro Celso de Mello deferiu medida cautelar na Reclamação n. 14772 para suspender decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia<sup>11</sup> que, confirmando decisão de primeira instância, condenou a revista *Veja* a veicular direito de resposta do candidato Nelson Vicente Portela Pelegrino. Nessa decisão a empresa jornalística alegou desrespeito à decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.451 que suspendeu as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei federal nº 9.504/97, tendo o Ministro Relator assinalado que o exercício do direito de resposta “depende, contudo, para viabilizar-se, seja no contexto de processos eleitorais, ou não, da satisfação de determinados requisitos, que tenho, no entanto, ao menos em juízo de sumária cognição, por incorrentes na espécie”. Ainda não houve pronunciamento quanto ao mérito da reclamação, todavia o Ministério Público Federal opinou pelo seu não conhecimento, uma vez que a hipótese dos autos não se coaduna com o acórdão paradigma invocado.

Outras reclamações perante o STF buscaram sobrestar decisões de instâncias inferiores que determinaram aos órgãos de comunicação a publicação de respostas, retratações ou mesmo o conteúdo de sentenças condenatórias ao pagamento de indenização por danos morais perpetrados através desses órgãos, não sendo porém em sua maioria sequer conhecidas<sup>12</sup>.

Já em 2 de outubro de 2014 o Ministro Gilmar Mendes concedeu medida cautelar na Reclamação n. 18.735 ajuizada pela Revista *Veja* sob a alegação de que o julgamento da ADPF

---

<sup>11</sup> Representação. Direito de resposta. Matéria jornalística. Veículo de comunicação social impresso. Circulação nacional. Ofensa à imagem. Incidência do art. 58 da Lei n. 9.504/97. Procedência. Recurso. Parecer da Procuradoria Regional Eleitoral pelo não provimento. Desprovimento. Preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral. Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Eleitoral, uma vez que a nota foi publicada em pleno contexto eleitoral, requerendo guarida desta especializada. Preliminar de Intempestividade. Rejeita-se a preliminar de intempestividade uma vez que o fax foi transmitido antes do termo final para manejo da Representação. Mérito. Nega-se provimento ao recurso já que a matéria publicada na Revista *Veja* apresentou fato que teve o condão de macular a honra e a imagem do Recorrido, sem, todavia, comprová-lo. Percebe-se que o texto ultrapassou os limites de reportagem ou mera crítica, apresentando-se, como verdadeira propaganda dissimulada. Por fim, o texto em direito de resposta mostra-se dentro dos padrões aceitáveis, não incorrendo em ofensa à revista ou ao autor da matéria hostilizada, motivo por que deve a sentença ser mantida em todos os seus termos (TRE/BA, Recurso Eleitoral 10073, relator Josevando Souza Andrade, julgado em 10.10.12).

<sup>12</sup> Negou-se seguimento às reclamações: n. 9362, relator Ministro Carlos Ayres de Britto, julgada em 19.05.10; n. 9478, relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 23.09.13; n. 16492, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 10.03.14; n. 16389, relator Ministro Teoria Zavascki, julgada em 14.05.14; n. 17196, relatora Ministra Carmen Lúcia, julgada em 09.09.14; n. 18844, relator Ministro Luiz Fux, julgada em 14.10.14. Na reclamação n. 15.681 a Ministra Rosa Weber deferiu liminar para suspender a decisão que determinou a publicação de sentença condenatória por danos morais, julgada em 13.11.13.

n. 130 e o acórdão da medida cautelar deferida na ADI 4.451 – este último afastado pela decisão que deferiu a medida cautelar da reclamação – foram afrontados pela decisão do Tribunal Superior Eleitoral<sup>13</sup> que deferiu o direito de resposta requerido pela coligação da candidata à presidente Dilma Rousseff. Ao suspender a publicação da resposta afirmou o Ministro Relator “que o direito de resposta admitido constitucionalmente é aquele decorrente de informação falsa, errônea. Significa dizer que é preciso haver comprovação nos autos de que a informação veiculada na mídia é inverídica”. Ainda não houve pronunciamento de órgão colegiado.

### 3.4.5 - Suspensão de decisões que obstem a veiculação de conteúdos

Além dos temas acima citados (condenações a indenizações por danos morais e a veiculação de resposta ou publicação das respectivas sentenças), levados diretamente ao STF através do instituto da Reclamação sob a alegação de garantir a autoridade do julgamento da ADPF n. 130, a maior recorrência de reclamações sob esse fundamento diz respeito às decisões judiciais que obstem a veiculação de um dado conteúdo ou determina sua supressão dos órgãos de imprensa quando já veiculados, sobretudo através da internet.

Essa hipótese foi debatida inicialmente na Reclamação n. 9428 oposta contra decisão monocrática do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, em sede de agravo de instrumento, originário de ação inibitória ajuizada por Fernando José Macieira Sarney contra Estado de São Paulo S/A (Jornal O Estadão), deferiu em 31 de julho de 2009 tutela antecipada determinando que o jornal se abstivesse de publicar dados do autor relativos a investigação

---

<sup>13</sup> ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. DIREITO DE RESPOSTA. IMPRENSA ESCRITA. COMPETÊNCIA. OFENSA. AFIRMAÇÃO DIFAMATÓRIA. CONFIGURAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1. Sempre que órgão de imprensa se referir de forma direta a candidatos, partidos ou coligações que disputam o pleito, com ofensa ou informação inverídica, extrapolando o direito de informar, haverá campo para atuação da Justiça Eleitoral para processar e julgar direito de resposta.

2. Garantias constitucionais da livre expressão do pensamento, liberdade de imprensa e direito de crítica alegados não procedem. Nenhum direito ou garantia é absoluto (STF-HC 93.250, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 27.6.2008; RE 455.283 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJ 5.5.2006; ADI 2566/MC, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.2.2004).

3. O direito de resposta não se conforma como sanção de natureza civil ou penal, e não se contrapõe ao direito à liberdade de expressão. Pelo contrário, esse direito, da forma como estruturado na Constituição Federal, também é composto pelo direito de resposta.

4. Assim, o direito de resposta não equivale a uma punição, ou limitação à liberdade de expressão, tampouco sua concessão significa não serem verdadeiras as afirmações que foram feitas, mas apenas o regular exercício do direito constitucional de se contrapor. São inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, e a razão de se ter a garantia, de não se ter a censura, é exatamente porque a Lei e a Constituição garantem o direito de resposta. Trata-se de um exercício que faz parte da liberdade de expressão, e não a exclui.

5. Procedência do pedido.

(TSE - Representação 1312-17.2014.6.00.0000, Rel. Min. Admar Gonzaga – j. em 25.09.14)

criminal sob segredo de justiça, sendo a decisão confirmada quando do julgamento colegiado<sup>14</sup>. Naquela oportunidade, o plenário do STF, por maioria, sequer conheceu da Reclamação, pois não vislumbrou na decisão reclamada qualquer ofensa ao contido no julgamento da ADPF n. 130, seja em seu dispositivo (*iudicium*), seja em seus motivos determinantes (*rationes decidendi*):

EMENTA: LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça.

(Rcl 9428, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2009, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-01 PP-00175 RTJ VOL-00216- PP-00279)

Outrossim, ainda que se houvesse formado maioria quanto aos fundamentos da procedência da ADPF n.º 130, sua utilização demandaria a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, segundo a qual o efeito vinculante das ações de controle concentrado de constitucionalidade não alcançaria apenas o dispositivo da decisão mas também o que nela ficou consubstanciado, ou seja, os fundamentos que a basearam. Contudo,

---

<sup>14</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEIÇÃO – AÇÃO INIBITÓRIA – PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA DE DADOS COBERTOS PELO SEGREDO DE JUSTIÇA – DIREITO DE PERSONALIDADE – CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - MITIGAÇÃO – DECISÃO REFORMADA

1) – Inexiste preclusão lógica que levaria ao não conhecimento do recurso, quando a ação principal está em curso, não havendo que se falar em desinteresse na obtenção de providência judicial.

2) – A garantia constitucional da liberdade de expressão deve ser mitigada para que não haja divulgação de informações declaradas judicialmente sigilosas e protegidas pelo ordenamento jurídico.

3) – Não há relação de hierarquia entre os direitos fundamentais, que como quaisquer das garantias fundamentais não são direitos absolutos.

4) – A atividade jornalística não poderá ser limitada a ponto de impedir a liberdade de imprensa, podendo o órgão de imprensa divulgar informações sobre o andamento do processo e seu desenrolar, sem que haja divulgação do conteúdo sigiloso das investigações ou que tenha sido obtidos de forma ilícita.

5) – Recurso conhecido e provido. Preliminar rejeitada.

(TJDFT, Quinta Turma Cível, Agravo de Instrumento n. 2009 00 2 010738-6, Relator Desembargador Luciano Vasconcellos, julgado em 22.05.13)

após reconhecer em alguns casos a aplicação da teoria dos motivos determinantes<sup>15</sup>, a jurisprudência mais recente do STF assentou a impossibilidade de sua utilização:

No entanto, a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal, sendo exemplo disso: Rcl 5.703-AgR/SP, de minha relatoria, DJe 16.9.2009; Rcl 5.389-AgR/PA, de minha relatoria, DJe 19.12.2007; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJe 6.8.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007; Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007. (Rcl 11479 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2013 PUBLIC 25-02-2013)

Porém aquele entendimento do plenário do STF não vem sendo seguido pela maioria dos ministros quando apreciam e deferem monocraticamente pedidos de liminares em Reclamações que aduzem afronta ao julgamento da ADPF n. 130 por parte de decisões de juízos e tribunais *a quo* cujos comandos contêm restrições prévias à liberdade de comunicação, ao proibirem a exibição de determinado conteúdo ou a suspensão da veiculação de certas mensagens, independentemente da antiga Lei de Imprensa ter sido invocada como fundamento no ato reclamado. Vale registrar que na maioria das reclamações os conteúdos impugnados

---

<sup>15</sup> EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (Rcl 1987, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00052)

foram veiculados através da *internet*, em que pese essa importante ferramenta de comunicação social tenha sido expressamente excluída do âmbito de abrangência da liberdade de imprensa tratada na ADPF n. 130 pelo Ministro Relator: “Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada ‘Rede Mundial de Computadores – INTERNET’” (p.27).

Nesse sentido deferiram medidas liminares em Reclamações os Ministros Joaquim Barbosa (n. 11292, em 25.02.11), Ricardo Lewandowski (n. 16074, em 26.07.13 e n. 18186, em 31.07.14), Rosa Weber (n. 16434, em 30.06.14), Luiz Fux (n. 18290, em 12.08.14), Celso de Mello (n. 18566, em 12.09.14 e n.18836, em 27.11.14), Luís Roberto Barroso (n. 18638, em 17.09.14; n. 18687, em 27.09.14) e Gilmar Mendes (n. 18746, em 03.10.14). Todas essas decisões monocráticas, ainda não submetidas às turmas, têm em comum o entendimento de que o poder cautelar utilizado pelos juízes e Tribunais nas decisões reclamadas, que restringiram a comunicação pretendida pelos Reclamantes, impuseram uma censura prévia, inadmissível segundo os termos do julgamento da ADPF n. 130, salvo raríssimas exceções como a proibição do discurso do ódio ou hipóteses em que não seja possível a composição posterior do dano (ressalvas feitas apenas pelos Ministros Joaquim Barbosa na reclamação n. 11292 e Luís Roberto Barroso na reclamação n. 18.638, respectivamente).

Seguiram porém a jurisprudência formada pelo pleno quando do julgamento da Reclamação n. 9428, para a qual não houve na decisão da ADPF n. 130 nenhuma pronúncia coletiva quanto à vedação absoluta da tutela jurisdicional preventiva dos direitos da personalidade quando confrontados com a liberdade de imprensa, os Ministros Marco Aurélio (Reclamação n. 17753, decisão de 27.05.14) e Dias Toffoli (Reclamações n. 11000 e 18776, respectivamente decididas em 11.06.14 e 03.10.14) que monocraticamente negaram seguimento a Reclamações movidas sob os mesmos fundamentos das citadas no parágrafo anterior.

Assim sendo, a partir do julgamento da ADPF n. 130, o Supremo Tribunal Federal afastou definitivamente algumas hipóteses legais de limites à liberdade de imprensa (Lei 5.250/67, Decreto-lei n. 972, de 1969 e Lei 9.504/97). Já em sede de Reclamações tendo por paradigma a mesma ADPF n. 130, vem de maneira incipiente através de decisões monocráticas se posicionando contrário a outras três hipóteses de restrições veiculadas na própria constituição – direito de resposta, indenização por danos morais e inafastabilidade da tutela jurisdicional preventiva – num claro exercício de mutação constitucional, enquanto processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então

não ressaltados à letra da constituição, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção, bem como dos usos e dos costumes constitucionais, sem olvidar dos limites daquele instituto:

(...) o primeiro é o de observar o significado antigo atribuído à norma constitucional, isto é, não ignorá-lo ou desconhecê-lo e interpretar que aquele significado já não mais condiz com os pressupostos constitucionais e/ou fáticos do contexto constitucional contemporâneo. O segundo, e principal limite, é o que permite que a mutação constitucional seja conhecida como mecanismo informal não agressivo à Constituição, e, por ele, não se pode contrariar o texto constitucional, já que, quando isso ocorre, facilmente se estará diante de mutações inconstitucionais. (MOREIRA, p.94)



## **CAPÍTULO IV - RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS ÀS LIBERDADES COMUNICATIVAS**

### **4.1 - A EXTENSÃO DA ADPF N. 130 QUANTO ÀS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À LIBERDADE DE IMPRENSA**

Para Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2011, p.298), tendo em vista que “nenhum direito, nem mesmo os de essência fundamental, é absoluto, importante frisar que, quando do exercício dessas liberdades, se faz necessário a observância dos requisitos legais do interesse comum, e a abstenção de prática de atos lesivos aos direitos de outrem”.

Destarte, as mais recentes posições do Supremo Tribunal Federal e, individualmente, da maioria de seus integrantes dão conta que a liberdade de imprensa não pode sofrer qualquer tipo de limitação, independentemente da origem (limite constitucional, legal ou imanente) ou da espécie do ato (lei restritiva ou intervenção restritiva), consoante inferimos da análise acima empreendida em torno dos efeitos do julgamento da ADPF n.130, que além de declarar a não recepção da Lei n. 5.250/67, ao que parece também criou um mecanismo através do qual os profissionais e veículos de comunicação podem instar o STF a respeito de todo e qualquer ato judicial que repute vulnerar essa suprema garantia, seja qual for sua instância, de constitucionalidade questionável, haja vista os estreitos limites da reclamação, os reais efeitos do acórdão paradigma – detalhadamente revelados na Reclamação n. 9428 – e o contexto desta decisão:

Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as “teses” — e não contra os julgados — do STF incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma situação contextualizada.

Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do STF como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2007)

Dentre as “ameaças” à liberdade de imprensa, a possibilidade das restrições judiciais prévias ao ato de comunicação foram objeto de mais da metade das reclamações ajuizadas no

STF até o fim de 2014 invocando o descumprimento da decisão da ADPF n. 130, tendo em dois terços delas sido concedidas medidas liminares para suspender os efeitos dos atos reclamados que, no entendimento dos respectivos ministros relatores, constituem prática de censura prévia, tendo essa modalidade de limitação sido, na visão desses juízes do Sodalício Maior, objeto de análise e rejeição naquela arguição de descumprimento.

A despeito de um trecho da ementa que consta no acórdão da ADPF n. 130 dispor que “não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica” a tese de que foi deliberado na ADPF n. 130 a proibição de restrições judiciais prévias à liberdade de imprensa foi ampla e combativamente debatida em 10 de dezembro de 2009 na Reclamação 9428, restando superada pela maioria do plenário – foram vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia e Celso de Melo – prevalecendo o voto do Ministro Relator Cezar Peluso que sequer conheceu da Reclamação pois, em suas palavras:

Salvo as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária do Corte, o conteúdo semântico geral do acórdão traduz, na inteligência sistemática dos votos, o mero juízo comum de ser a lei de imprensa incompatível com a nova ordem constitucional, não chegando sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art.220, §1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva, que alguns votos tomaram como reserva legal qualificada.

[...]

É, em suma, patente que ao acórdão da ADPF n. 130 não se lhe pode inferir, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implique, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade – tais como intimidade, honra e imagem – por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa (p.187 e 195-196)

Inobstante a mudança de entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski (n. 16074, em 26.07.13 e n. 18186, em 31.07.14) e Gilmar Mendes (n. 18746, em 03.10.14), não houve nova deliberação do plenário e, no âmbito das turmas, apenas uma das quinze reclamações ajuizadas até dezembro de 2014 teve agravo regimental já apreciado, que ratificou a negativa de seguimento da Reclamação por ausência de similitude entre o ato reclamado – decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul que determinou a retirada de matérias e impediu a futura veiculação de notícias envolvendo o nome de Osmar Domingues Jeronymo (Secretário de Estado de Mato Grosso do Sul), por meio de portal na rede mundial de computadores e perfil

em rede social<sup>16</sup> – e o decidido na ADPF n. 130 (Agravio Regimental na Reclamação 16.761, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 18.11.14).

Portanto, ressalvadas as decisões monocráticas, em sede de juízo liminar, de cinco dos dez Ministros que atualmente compõe a Corte<sup>17</sup>, sua jurisprudência não possui um precedente que desautorize limitações judiciais prévias à liberdade de expressão.

#### 4.2 - AS DIMENSÕES CONCEITUAIS DA CENSURA

A conquista da liberdade de expressão corresponde historicamente à luta contra a censura, entendida como a subordinação do comunicador, das estruturas e dos procedimentos comunicativos a um controle estatal centralizado, preliminar, seletivo e condicionante sobre o mérito intrínseco do conteúdo que se pretende transmitir através de critérios eminentemente políticos, que toleram as perspectivas ortodoxas ou convencionais e silenciam as heterodoxas ou inconventionais (MACHADO, 2002).

Apesar de atualmente a liberdade de expressão ser considerada inata ao ser humano, a morte de Sócrates na Grécia antiga e as incontáveis penas capitais aplicadas pela Santa Inquisição são uma pequena mostra do quão custoso foi o processo histórico de sua conquista, marcada decisivamente pelas revoluções francesa e norte-americana, no século XVIII, a partir do contido, respectivamente, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecendo a primeira que somente governos despóticos restringem a liberdade de imprensa (art.14), enquanto a segunda condiciona a livre manifestação de opinião a não perturbação da ordem estabelecida pela lei (art.10). Posteriormente a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América de 1791 interdita qualquer iniciativa do Legislativo que cercee a liberdade de expressão.

Seguindo essa linha evolutiva a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, garantiu em seu artigo 19 a todo homem a liberdade de opinião e expressão sem interferências.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e integrado ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, proclama no item 3 do art.19 que o exercício da liberdade de expressão acarreta deveres e responsabilidades, razão

---

<sup>16</sup> Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento - Nº 4011111-49.2013.8.12.0000, Relator: Desembargador Dorival Renato Pavan, julgado em 25 mar. 2014.

<sup>17</sup> Até a apresentação dessa dissertação a vaga decorrente da aposentadoria do Min. Joaquim Barbosa não foi preenchida.

pela qual pode se submeter a restrições previstas em lei que visem: “(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”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é a única legislação de origem internacional subscrita pelo Brasil (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) a empregar expressamente o termo censura. Assim, após garantir no item 1 do artigo 13 que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão determina:

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.

Também no âmbito da Organização dos Estados Americanos, a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões entre 16 e 27 de outubro de 2000, refere-se à censura:

5. A censura prévia, a interferência ou pressão direta ou indireta sobre qualquer expressão, opinião ou informação através de qualquer meio de comunicação oral, escrita, artística, visual ou eletrônica, deve ser proibida por lei. As restrições à livre circulação de ideias e opiniões, assim como a imposição arbitrária de informação e a criação de obstáculos ao livre fluxo de informação, violam o direito à liberdade de expressão.

Outro documento a utilizar o termo censura é a Declaração de Chapultepec de 1994 que, apesar de não integrar o direito internacional público – pois redigida por 100 especialistas a pedido da Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP) – foi assinada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso em 1996 e pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2006:

- V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

À vista desses documentos, é indubitável que em uma dimensão formal o conceito de censura é historicamente relacionado com o aspecto temporal – anterioridade – que sujeita a

legitimidade da publicação à obtenção de uma autorização administrativa ou governamental prévia:

A razão do que se acaba de afirmar é que a censura prévia é um instituto sistemático e geral de polícia preventiva de nítido caráter administrativo, muito eficaz contra a liberdade de expressão, consistente na revisão antecipada e obrigatória de tudo o que se vai difundir, seja inocente ou antijurídico, com relação a condutas a serem evitadas que não costumam estar claramente definidas na lei, mas que se regem por standards vagos e imprecisos – comumente relativos a ideias políticas, religiosas ou de moralidade pública –, com o fim de que um funcionário não independente – “cuja função é censurar” – e que, com “um simples golpe de pena”, controle o seu conteúdo para aprová-lo, desaprová-lo ou para exigir a sua modificação, sem maiores garantias processuais, publicidade e motivação. Além disto, tal instituto comporta que a mera omissão de submeter o material a revisão e aprovação – à margem de seu conteúdo legítimo – torna ilícita a sua difusão e gera sanções penais ou administrativas (TOLLER, 2010, p.82-83).

A partir dessa perspectiva histórica adveio o caráter preponderantemente negativo, de defesa contra o Estado, das liberdades comunicativas em geral, vocacionadas a limitar a intervenção dos poderes públicos nas diversas possibilidades de expressão, circunscrevendo a incidência dessa ingerência aos “processos sancionatórios a que eventualmente haja lugar posteriormente à publicação de conteúdos proibidos, considerando-se que dessa maneira serão asseguradas as garantias de defesa e de publicidade ausentes num sistema de censura prévia” (MACHADO, 2002, p.488).

Portanto, de acordo com essa acepção formal o conceito de censura propriamente dita é apresentado em termos restritos, “para designar as violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controle prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa” (MACHADO, 2002, p.490).

Já numa dimensão material a censura é conceituada de maneira ampla enquanto sinônimo de restrição, significando qualquer ato que limite a livre expressão de um conteúdo, independentemente da sua natureza (pública ou privada), do momento em que é realizado (anterior ou posterior), do fundamento utilizado (legal ou constitucional) e do bem tutelado, abrangendo até mesmo hipóteses de limitação previstas na própria Constituição, cuja inobservância impõe a atuação estatal, como aquelas dirigidas a preservar segredos de Estado, sigilo judicial, a honra, imagem ou intimidade e aspectos relacionados à infância e juventude, ou responsabilizações *ex post facto* de natureza penal, civil, administrativa ou mesmo social (MACHADO, 2002). Essa dimensão abrangente implica outras distinções acerca do termo censura.

Inicialmente pode se falar censura político-administrativa, legislativa ou judicial. A primeira é associada a práticas absolutistas e ditatoriais, já a legislativa, apesar de suspeita, é aceita quando instrumentaliza a proteção de determinados bens fundamentais, por fim a judicial implica decidir em última instância sobre a legitimidade de um determinado conteúdo. Também é possível distinguir dentre as hipóteses de censura prévia as definitivas, quando há recusa de autorização para a publicação, e as cautelares ou temporárias, nas situações de interdições provisórias. São distintas ainda as situações de censura pública, implementada pelos poderes públicos através de sanções penais, administrativas ou civis com interesses políticos ou de defesa de valores comunitários, enquanto que a censura privada decorre da estrutura capitalista das próprias empresas de comunicação, comprometidas com interesses econômicos. Por fim, o conceito amplo de censura permite identificar a heterocensura, produzida por entidades públicas e privadas, e a autocensura, quando os comunicadores preferem silenciar por temerem as reações sociais ou oficiais (MACHADO, 2002).

Porém para Jónatas E. M. Machado, mais importante do que a utilização dessas especificidades para traçar uma classificação das formas de censura é a construção de uma teoria das restrições à liberdade em sentido amplo, embasada formal e materialmente na Constituição e na ponderação dos bens por ela tutelados, capaz de identificar quais os valores com base nos quais é legítimo ou não proceder à restrição e atenta aos cânones democráticos necessários à legitimação das restrições implantadas de acordo com a regra da maioria e à proteção dos direitos das minorias que, dentre outras vantagens, permitiria a relativização da corrente que prega a proibição inflexível de restrições prévias:

Mesmo os regimes assumidamente liberais têm tido dificuldade em escapar a todas as formas de controle prévio da comunicação escrita e audiovisual, com base na proteção de valores tão diversos como, por exemplo, os direitos de personalidade, a infância e a juventude ou o segredo de Estado. Ele parece legitimar uma metódica de concordância prática que, em abstrato, possa mesmo conduzir à admissibilidade, em situações extremas, de restrições prévias à liberdade de expressão, colocadas, na sua previsão, sob reserva de lei, e na sua aplicação, sob reserva de poder judicial. Isto, se ficar demonstrado que esse é o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, para a salvaguarda de finalidades constitucionalmente legítimas, questão que poderia obter resposta afirmativa perante situações de “dano irreparável” (MACHADO, 2002, p.496-500).

São portanto manifestas as dessemelhanças entre a censura prévia, cujos vícios justificam sua unânime reprovação, e as situações de atuação judicial preventiva que, a partir do devido processo legal, interdita temporariamente uma dada comunicação a fim de tutelar situações concretas de danos a direitos fundamentais.

#### 4.3 - CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES JUDICIAIS PRÉVIAS À LIBERDADE COMUNICATIVA

No âmbito dos autores de direito constitucional o conceito doutrinário da palavra censura empregada no inciso IX do art.5º e no §2º do art.220 da Constituição de 1998 é delimitado por dois aspectos distintos. Subjetivamente, a censura é sempre relacionada a um indivíduo ou estrutura ligados à administração pública, ou seja, um agente ou órgão estatal. Em termos objetivos, a censura representa a atividade discricionária de autorizar a veiculação de um dado conteúdo que se pretende comunicar ou interdita-lo quando já foi revelado sem que se permita o confronto de argumentos e ideias, a comprovação das afirmações e à revelia das mais compezinhas garantias do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida censória.

Segundo José Afonso da Silva (1992, p. 387-8) o ato de censurar “consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação”. De acordo com José Cretella Júnior (1993, p. 4502) censurar “é qualquer exame que agentes especializados do governo – os censores – exercendo o poder de polícia que dispõem, examinam as formas, processos ou veículos de comunicação social, para permitir, ou não, a transmissão da mensagem ao público”. Para Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 82) “a censura se expressa por atos de fiscalização do material a ser transmitido (censura prévia), ou já posto em processo de comunicação (censura *a posteriori* ou repressiva), tendentes à frustração dos intuitos ínsitos à transmissão”. Já Pinto Ferreira (1995, p. 253) afirma que a censura compreende “qualquer exame prévio de uma obra para efeito de verificar se o seu conteúdo corresponde ao respeito a determinados princípios de ordem política ou moral”. Em Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1978, p. 133) “por censura há que se entender todo e qualquer exame prévio de uma obra qualquer, a fim de verificar em seu conteúdo o respeito a certos princípios, sejam estes de ordem moral ou de ordem política”.

Quando confrontados esses conceitos com as hipóteses de restrições judiciais à liberdade de expressão, são manifestos os traços distintivos entre essas duas realidades, seja do ponto de vista subjetivo, pois o Poder Judiciário não tem por missão única e exclusiva essa atividade, seja de acordo com a dimensão objetiva dos parâmetros utilizados naquele ato, uma vez que o juiz se encontra vinculado ao ordenamento jurídico. Essa distinção também é realçada por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2011, p.164):

A censura é um ato administrativo arbitrário do Poder Executivo, que age por iniciativa própria, e não está sujeito a recurso. O termo não pode ser aplicado ao Judiciário, que só age mediante provocação, em processo público, sob o contraditório e ampla defesa, com ampla possibilidade recursal. Portanto, é absolutamente inadequado e infundado qualificar de censura a decisão judicial que restrinja a liberdade de informação.

Quanto a discrepância entre a limitação à imprensa realizada pela censura e daquela determinada pelo Poder Judiciário, o filósofo, advogado e editor do jornal *Neue Rheinische Zeitung*, Karl Marx (2006, p.62-63), oferece um extenso rol de dessemelhanças em um artigo datado de 1842 a partir do parâmetro utilizado que, na hipótese da censura, corresponde ao capricho, enquanto que na atividade jurisdicional a lei:

Que diferença enorme existe entre um juiz e um censor!  
O censor não está baseado em nenhuma lei. O juiz está baseado somente na lei. Mas o juiz tem o dever de interpretar a lei num caso individual da forma que considerar conveniente, depois de um profundo exame; o censor tem o dever de entender a lei, e de interpretá-la oficialmente em cada caso individual. O juiz independente não pertence nem a mim nem ao governo. O censor dependente é em si mesmo um órgão do governo. Com o juiz, somente está envolvida a não-integridade de uma mente; com o censor, a não-integridade de uma pessoa. O juiz confronta-se com uma violação específica da imprensa; o censor, com o espírito da imprensa. O juiz julga nossa ação de acordo com uma lei definida; o censor não apenas pune o delito, mas também o cria. Quando estamos perante o tribunal, somos acusados de termos transgredido uma lei existente, pois, se supomos que uma lei foi violada, ela deve em primeiro lugar existir. Se não existe uma lei de imprensa, nenhuma lei da imprensa pode ser transgredida. A censura não me acusa de ter violado uma lei existente. Condena a minha opinião porque esta não é a opinião do censor e do seu amo. Meu ato aberto, que quer expor-se ao mundo e ao seu julgamento, ao Estado e à sua lei, é julgado por um poder oculto e meramente negativo, que não sabe como constituir-se em lei, que se esconde da luz do dia, que não está baseado em nenhum princípio universal.

É evidente portanto que o princípio da proibição da censura constante no inciso IX do art.5º e no §2º do art.220 da Constituição diz respeito a sua noção formal, ou seja, o conceito restrito que não compreende as restrições prévias excepcionalmente ditadas pelo Poder Judiciário:

A análise do princípio da proibição da censura permite-nos avançar algumas conclusões acerca do sentido que o mesmo deve revestir do ponto de vista jurídico-constitucional. O princípio preclui imediatamente a censura político-administrativa prévia, de natureza definitiva. É com este sentido que



deve ser lido o art.37.º/2<sup>18</sup> da Constituição. Com este conteúdo o princípio da proibição da censura afigura-se como uma regra definitiva de limite dos limites, à margem de qualquer ponderação, insusceptível por esse motivo de ser comprimida através de lei geral ou de uma outra lei especialmente direccionada à proteção de bens jurídicos determinados (MACHADO, 2002, p.502)

Em sentido contrário, asseverando a impossibilidade de restrição judicial prévia à imprensa, Aluísio Ferreira (1997, p.213) elenca os seguintes fundamentos:

1ª. Dada a sua essencialidade para o exercício de outras liberdades e para a própria realização do Estado democrático, a liberdade de comunicação social é universalmente destacada; entre nós, a nenhuma outra liberdade a Constituição reserva tantas disposições assecuratórias.

2ª. Salvo na hipótese de estado de sítio por grave comoção interna, em nenhuma daquelas ou de outras disposições a Carta Magna dá a entender que se poderá impedir a circulação da informação jornalística ou apreender matéria divulgada; nem mesmo ante eventual estado de defesa ou estado de sítio em face de declaração de estado de guerra ou de resposta a agressão externa.

3ª. Se até mesmo o legislador ordinário está proibido de formular normas embaraçadoras, devendo ater-se aos limites e alternativas constitucionalmente postos, como poderia o Judiciário – que é o guardião da lei – mais que embaraçar, proibir?

4ª. Sempre que prevê a hipótese de ofensa à honra da pessoa (art.5º, V e X) no exercício da liberdade de comunicação, a Constituição nem de longe sugere a possibilidade de medidas preventivas ou repressivas contra a atividade de comunicação (como, por exemplo, a proibição de publicação de matéria jornalística). Em qualquer situação, o que a Carta autoriza é tão-somente a responsabilização pelos danos materiais ou morais que eventualmente vierem a ser causados. É óbvio que, cometido um crime, o respectivo agente deverá ser penalmente responsabilizado, na conformidade do Código Penal, ou da Lei de Imprensa – Lei n.º 5.250/67 –, em se tratando de delito praticado através de um meio de comunicação social.

Para Fernando M. Toller a utilização de medidas judiciais anteriores à expressão que visam efetivar a tutela de bens e interesses constitucionalmente protegidos mediante a proibição

<sup>18</sup> O autor se refere ao artigo 37 da Constituição Portuguesa de 1976:

“Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.

3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.”

de veiculação de um dado conteúdo ou a interdição de novas apresentações que já se mostraram danosas “não é uma censura prévia, que é um instituto administrativo de raízes, procedimentos, fins e efeitos muito diversos e, como consequência, não deve estar diretamente enquadrada nas proibições constitucionais de tal instituto nem ser denominada ‘censura judicial prévia’” (2010, p.82).

Ademais para o próprio texto constitucional censura e restrição são realidades distintas, recebendo cada uma, no âmbito da comunicação social, abordagens particulares. Quanto a censura a Constituição é peremptória ao decretar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art.220, §2º), não autorizando qualquer exceção<sup>19</sup>. Porém relativamente às restrições, após estatuir que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição ...”, apresenta uma ressalva “.... observado o disposto nesta Constituição” (art.220, *caput*). Especificamente quanto à liberdade de informação jornalística, a Constituição utiliza a mesma técnica, pois logo após determinar que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social ...”, acautela alguns direitos fundamentais através da expressão “... observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art.220, §1º). Por fim, os §§ 3º e 4º do art.220 remetem à legislação infraconstitucional algumas restrições específicas, relativas às diversões, espetáculos públicos, classificação indicativa e propaganda de determinados produtos ou serviços.

Portanto, compreendida a censura no justo sentido utilizado pela Constituição, é intuitiva a conclusão de que as restrições às liberdades comunicativas nela dispostas ou por ela autorizadas impedem atribuir-se um caráter absoluto a essas liberdades:

As diferentes liberdades de comunicação não são, de forma alguma, absolutas e ilimitadas, à semelhança do que sucede com todos os outros direitos fundamentais. Elas estão sujeitas a restrições, nos termos constitucionalmente previstos, em função do respeito devido aos direitos dos outros e a certos bens da comunidade e do Estado (MACHADO, 2002, p.708).

Em definitivo, salvo posições radicais, todos os juristas são unânimes em afirmar que determinados conteúdos expressivos – embora a indicação de

---

<sup>19</sup> Em sentido contrário Celso Ribeiro Bastos: “Não aceitamos, todavia, a tese de que a censura possa ou deva ser banida por completo. Ela cumpre um papel insubstituível no desempenho pelos poderes de um poder de política absolutamente indispensável na preservação dos critérios mínimos de moralidade pública. Se o Estado polícia de maneira geral o exercício de quase todos os direitos fundamentais, não se explica que em favor do pensamento, mesmo quando este assumia formas que já nada têm que ver com o desempenho daquela nobre função intelectual para transmutar-se numa mera exteriorização de ato imoral e pornográfico, estivessem os Poderes Públicos inibidos de prevenir tais atentados” (1989, p. 82-83)

quais devam ser possa gerar acesos debates – merecem uma resposta jurídica, civil ou penal. O fundamento final desta aceitação é o de que não existe um direito absoluto ou ilimitado a falar ou a escrever, e que a liberdade de expressão e de imprensa não é um direito absoluto (TOLLER, 2010, p.62).

Uma vez admitida a existência de limitações às liberdades comunicativas, deve-se igualmente acatar a possibilidade de sua aplicação judicial franqueada pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito, consoante o disposto no art.5º, inciso XXXV da Constituição, cuja aplicação em hipóteses de restrição judicial prévia a uma expressão ou publicação antes da produção de um dano grave e irreparável a direitos fundamentais ou interdição judicial de uma comunicação já veiculada determinando sua não reiteração a fim de minimizar o prejuízo, indiscutivelmente se inclui na ressalva do art.220, *caput*, parte final – “... observado o disposto nesta Constituição”.

O conceito clássico do cânone constitucional de acesso à justiça prescrito no inciso XXXV do art.5º da Constituição Federal tem como sinônimos as expressões “acesso à ordem jurídica justa”, “direito de ação”, “inafastabilidade da jurisdição”, “inafastabilidade do controle jurisdicional”, “indeclinabilidade da prestação jurisdicional” ou “ubiquidade da jurisdição”:

Quando o art.5º, XXXV, da Constituição da República, solenemente assegura que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não só garantido vem o direito de ser pedida a tutela jurisdicional, com base na afirmação da existência de ato lesivo a direito individual, como também afirmado está que todo cidadão tem o direito de pedir ao Judiciário que obrigue o autor da lesão ou da ameaça a reparar o ato danoso que praticou. E nisso, justamente, consiste o direito de ação. (MARQUES, 2001, 298/284)

[...] o destinatário da norma contida no mencionado inciso XXXV do art.5º da Constituição Federal é o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário. Embora esta não seja a única interpretação possível para o dispositivo, trata-se, sem dúvida, de importante exegese, com reflexos consideráveis na aplicação do princípio aqui estudado. Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor. (CÂMARA, 2002, p.46)

Essa visão tradicional do direito de ação situa-a como um direito fundamental de defesa dirigido diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, de modo a subtrair de sua apreciação qualquer controvérsia sobre direito, incluindo a ameaça de lesão, daí porque constitui um direito

fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos, “portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles” (MARINONI, 2006, p.205).

Mas enquanto direito fundamental, o direito de ação também exige do Estado, além de um simples não fazer, ações ou prestações positivas na criação dos mecanismos necessários ao exercício efetivo do acesso à jurisdição segundo as particularidades da lesão ou ameaça de lesão sofrida pelo interessado:

[...] o direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais. A interconexão entre “direito de acesso aos tribunais” e “direitos materiais” aponta para duas dimensões básicas de um esquema referencial: (1) os direitos e interesses do particular determinam o próprio fim do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a realização daqueles direitos e interesses; (2) os direitos e interesses são efectivados através dos tribunais mas são eles que fornecem as medidas materiais de protecção por esses mesmos tribunais.

Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conexiona-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”) que impõe um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei. (CANOTILHO, 2003, p.496/497)

Com isso, ao lado do Poder Judiciário, o legislador também é positivamente instado pelo direito de ação devendo, além de não obstar ou dificultar o acesso à justiça, viabilizar através das normas processuais as ferramentas que permitam o jurisdicionado construir e utilizar a ação adequada e idônea à efetivação do seu direito material, consoante suas particularidades que, no caso do direito de resposta (art.5º, V, primeira parte da CF), é classificada como tutela ressarcitória na forma específica, pois não se confunde com as tutelas inibitória (art.5º, X da CF) e ressarcitória em pecúnia (art.5º, V, segunda parte da CF) (MARINONI, 2006).

Assim, cumpre ao Poder Judiciário, no exercício de suas funções típicas, o dever-poder de interpretar e aplicar as normas jurídicas nos conflitos surgidos entre os particulares ou entre os cidadãos e o Estado. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário determinar aos demais Poderes e, evidentemente, aos particulares, a correta observância do ordenamento jurídico, mormente quando não

atendidos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, já que a jurisdição tem a função de promover e proteger os direitos fundamentais. (RESENDE, 2013, p.106)

Ademais, se o Poder Judiciário é autorizado pela Constituição a cancelar a concessão ou permissão de um veículo de radiodifusão antes de vencido o prazo (art.223, §4º), o que antes de 1998 era possível por mero ato do poder executivo e atualmente sequer é permitido ao Legislativo, salvo a hipótese de não renovação mediante aprovação de dois quintos do Congresso Nacional (art.223, §2º), como defender que não é permitido interditar judicialmente uma obra de comunicação específica?

A prática de ato contrário a uma norma de proteção, ainda que não traga dano, exige uma forma de tutela jurisdicional do direito e, por isso, obviamente, não pode ser indiferente ao processo civil. Não há como admitir, no Estado constitucional, que a única função do processo civil contra o ilícito continue a ser a de dar ressarcimento pelo dano. Num Estado preocupado com a proteção dos direitos fundamentais, o processo civil também deve ser utilizado como instrumento capaz de garantir a observância das normas de proteção, para o que a ocorrência de dano não tem importância alguma. (MARINONI, 2006, p.250).

A visão formalista, segundo a qual a imprensa só pode ser responsabilizada civil ou penalmente após a difusão ou publicação da expressão que gerou o dano, com total exclusão de qualquer medida antecedente é denominada “doutrina das restrições prévias” – *prior restraint doctrine* – de William Blackstone, cuja obra *Commentaries on the Laws of England*, publicada entre 1765 e 1769, é considerada a primeira exposição clara e orgânica de todo o Direito inglês, na qual o autor distinguiu restrições prévias e responsabilidades ulteriores – *prior restraints* e *subsequente punishments* ou *postpublication punishments*:

[...] englobando nas primeiras todas as medidas oficialmente impostas à expressão antes de sua emissão, publicação ou difusão, ao passo que se agrupam nas segundas as respostas jurídicas a expressões já realizadas, as quais não podem envolver-se numa atividade expressiva futura nem requerem obter uma aprovação prévia para qualquer atividade de expressão (TOLLER, 2010, p.23-24).

O fundamento dessa separação seria formulado quase cem anos depois por Stuart Mill através da doutrina do descobrimento da verdade através do “mercado livre de ideias” – *marketplace of ideas* – concebido como um local onde se põe a prova uma afirmação no confronto com pontos de vista contrários, que viabiliza assim a informação do público

necessária ao autogoverno. Para tanto é indispensável que seja oferecido o maior volume de expressão e informação possível e, mediante a distinção entre medidas prévias e posteriores, permite-se que toda expressão seja difundida ao menos uma vez e logo exposta naquele mercado imune do arbítrio do censor e à disposição do julgamento que eventualmente possa impor uma sanção posterior, caso implique em uma ação antijurídica. Essa racionalização da liberdade comunicativa se refletirá numa estrutura constitucional de limitação do poder estatal de tradição eminentemente liberal que prioriza um sistema repressivo em detrimento de medidas preventivas, sendo construída a partir das seguintes premissas: “ceticismo com relação ao governo, aceitação do risco inerente à expressão e respeito pela autonomia individual” (TOLLER, 2010, p.27).

Destarte, mesmo as ordens judiciais que incidem posteriormente à expressão possuem efeitos restritivos para além do comunicador penalizado, considerando o temor que geram naqueles que exercem a mesma atividade. “Este tipo de impacto reside na capacidade dissuasória que essas respostas do Direito possuem, as quais geram o que se tem denominado *chilling effect* – efeito de esfriamento – sobre a futura expressão legítima de terceiros” (TOLLER, 2010, p.50).

Ao contrário do posicionamento que vem se formando no Supremo Tribunal Federal a partir de decisões monocráticas, a possibilidade de restrições judiciais prévias à liberdade comunicativa não é excluída *a priori* pela Corte Suprema dos Estados Unidos, inobstante o conteúdo da Primeira Emenda da Constituição Americana sempre ser invocado como paradigma daquela proibição através da doutrina *prior restraint doctrine*:

No entanto, no dizer da Corte Suprema, “a liberdade de expressão e de imprensa não é um direito absoluto”. Por isso, contrariamente ao que possa parecer, a doutrina sobre as *previous restraints* e, em definitivo, a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda, de nenhuma maneira supõem para esse alto tribunal uma barreira absoluta para as ordens judiciais com vistas a deter publicações. Consequentemente, a Corte americana tem aceitado em várias ocasiões que existem circunstâncias nas quais uma restrição prévia – mesmo se de natureza administrativa e, em especial, de caráter judicial – pode ser constitucionalmente adequada, e, em sua jurisprudência, a *prior restraint doctrine* não implica a inconstitucionalidade per se das medidas preventivas, mas tão somente tem em seu passivo uma pesada presunção de inconstitucionalidade – com a qual não contam as responsabilidades ulteriores –, que são analisadas sob os critérios normais relativos à liberdade de expressão (TOLLER, 2010, p.32)

Entendimento diverso significa obrigar o titular de um direito ameaçado por uma comunicação, que certamente lhe causará um dano, a passivamente experimentar o prejuízo

para só então solicitar uma indenização ou uma sanção penal, subtraindo-lhe a possibilidade de obter uma tutela judicial integral através de uma medida preventiva, sobretudo nas hipóteses de danos graves ou irreparáveis, para os quais o ressarcimento é imprestável, em frontal infringência à proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada (CANOTILHO, 2003).

Negar a atuação preventiva do Estado através de medidas judiciais de interdição de comunicações atentatórias a direitos fundamentais a partir de uma leitura absoluta das liberdades comunicativas implica negar o sentido histórico de proteção dos direitos fundamentais perante agressões de terceiros, sendo a própria razão de ser do poder público, que “impende não apenas sobre o legislador e a Administração, mas também sobre os tribunais, os quais estão constitucionalmente autorizados a aplicar diretamente os direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares, sem, contra a lei e em vez da lei” (MACHADO, 2002, p.380).

É indiscutível a primazia da dimensão negativa na sedimentação histórica dos direitos fundamentais que, em primeira linha são uma garantia de liberdade contra os poderes públicos, mas “na atual dogmática dos direitos fundamentais, o dever de proteção surge cada vez mais enriquecido com a ideia de precaução, associada a uma obrigação estadual de prevenção dos riscos” (MACHADO, 2002, p.381).

Desde 1961 em “Mudança estrutural da esfera pública” Habermas (2003, p.264-265) já preconizava que, diante dos novos formatos dos meios de comunicação, as liberdades comunicativas não podem ser interpretadas apenas negativamente, como liberdades privadas ou contrapoderes, isto é, instrumentos exclusivos de defesa do cidadão perante o poder estatal, considerado o único a ameaça-las:

Primeiro é preciso comprovar, no referido grupo de direitos fundamentais, que (como a liberdade de expressão e de opinião, liberdade de se associar e de se reunir, liberdade de imprensa, etc.) asseguram uma esfera pública politicamente ativa, que eles precisam ser interpretados não mais apenas enquanto negação, mas positivamente como garantias de participação, se é que eles devem querer preencher com algum sentido a sua função originária. Desde que as próprias instituições jornalístico-publicitárias se tornaram um poder social, que se adequa ao gesto de privilegiar ou de boicotar os interesses privados que afluem à esfera pública, adequando-se também à mediatização de todas as opiniões meramente individuais, então a formação de uma opinião pública em sentido estrito não é garantida efetivamente pelo fato de que qualquer um poderia expressar livremente a sua opinião e fundar um jornal. (...) A liberdade de exprimir a opinião através da imprensa não pode mais ser considerada como parte das tradicionais manifestações de opinião dos indivíduos enquanto pessoas privadas. Pois a todas as demais privadas, só através da garantia da estrutura do Estado é que se assegura uma igualdade de chance de acesso à esfera pública; uma mera garantia de não-intromissão do

Estado não basta mais para isso.

Apesar da teoria liberal preconizar que os direitos fundamentais são acima de tudo direitos subjetivos públicos de defesa contra o Estado e o papel da Constituição se restringe à limitação dos poderes públicos – sendo alheia à esfera privada – os postulados do contrato social, instituído mediante um acordo de vontades para proteger os direitos naturais dos indivíduos frente as agressões de terceiros, vêem o Estado como defensor e não como ameaça aos direitos fundamentais. Já as escolas críticas destacam a susceptibilidade de fragilização dos direitos fundamentais diante dos poderes sociais para justificar a intervenção estatal necessária à irradiação dos direitos, liberdades e garantias em toda a ordem jurídica, inclusive para as relações sociais de que o Estado não participa. Essa perspectiva corresponde ao chamado “efeito externo” ou “efeito em relação a terceiros” dos direitos, liberdades e garantias que no caso da liberdade de expressão, atenta à realidade dos grandes conglomerados de comunicação, reconhece as distorções e práticas comunicativas antidemocráticas próprias de um sistema dominado por entidades privadas política e economicamente poderosas, devendo ser considerada sobretudo durante a conformação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário:

O efeito externo dos direitos, liberdades e garantias assume um relevo fundamental na determinação do conteúdo funcional da atividade jurisdicional. Para além do dever de interpretar e aplicarem as leis, com destaque para as suas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em conformidade com os direitos fundamentais, os juízes podem aplicar diretamente os direitos, liberdades e garantias a um litígio entre pessoas de direito privado, mesmo contra a lei e em vez da lei (MACHADO, 2002, p.414).

O posicionamento adotado pela maioria dos Ministros que compõem atualmente o Supremo Tribunal Federal no sentido de vedar em abstrato qualquer ordem judicial que limite previamente o ato de comunicação, independentemente do seu conteúdo, infirma a garantia constitucional de acesso à Justiça inerente ao sistema democrático e sacraliza a liberdade de expressão em detrimento de uma série de valores fundamentais ao Estado de Direito, afastando-se dos parâmetros soberanamente fixados pelo Poder Constituinte:

Diante da conjunção deste critério de origem histórica de democracia, recorro o conceito aplicável ao caso de cultura democrática discutido por dois clássicos do pensamento político iluminista – Montesquieu e Rousseau - para sustentar que a noção de democracia e de instalação permanente de uma cultura democrática se relaciona de forma indissociável com a convicção de que o representante do povo que exerce o poder do estado – seja ele o



presidente de uma república, o seu deputado ou senador, ou ainda o juiz – não somente não pode ir além do que está determinado pelo povo (na forma de um “processo desencadeado pelo constituinte [que] não se detém”, tratando-se, portanto, de tornar o poder constituinte e, conseqüentemente, a soberania popular, “ilimitada”), como não lhes será permitido conviver com uma distância “entre o deliberante e o deliberado, entre quem decide e o o quê da decisão” (LIMA, 2005, p.321-322).

#### 4.4 - PARÂMETROS PARA A INTERDIÇÃO JUDICIAL PRÉVIA

Tão complexa quanto a conclusão da relativização das liberdades comunicativas haja vista seu caráter não-absoluto é a discussão sobre os critérios constitucionais hábeis à restrição de tal significativa liberdade pública que, por estar inserta no sistema democrático, não pode achar-se imune ao controle público, impondo-se assim a interpretação da referida garantia no contexto global da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, com eventual fixação de restrições, a fim de assegurar outros direitos igualmente fundamentais.

As restrições às liberdades comunicativas podem ser ditadas imediatamente no plano constitucional, através dos chamados limites constitucionalmente expressos, que “resultam de uma ponderação de bens realizada pelo legislador constituinte na própria configuração definitiva do âmbito de proteção dos direitos fundamentais” (MACHADO, 2002, p.709) ou estabelecidas no plano infraconstitucional, quando a Constituição transfere ao legislador ordinário a tarefa de proceder à ponderação dos bens que conduza a uma restrição de direitos, liberdades e garantias, fixando assim os limites constitucionalmente autorizados ou “sob a reserva de lei”, que pode “ser simples, quando o legislador pode socorrer-se de diferentes finalidades ou qualificada, quando fornecidos ao legislador os pontos de apoio para a ponderação” (MACHADO, 2002, p.709).

Destarte, ainda que inexista para determinada matéria limites expressos ou autorizados constitucionalmente, é inegável a possibilidade de fixação de restrições desde que observada uma interpretação sistemática da Constituição e a ponderação, em termos principais e proporcionais, dos direitos, liberdades e garantias em colisão com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, daí resultando os denominados limites aos direitos fundamentais imanentes à Constituição (MACHADO, 2002).

Mesmo entendido em sentido amplo, o direito à liberdade de expressão, conhece restrições, mesmo, em casos extremos, baseadas no conteúdo (content based). Embora estas restrições exijam à partida uma maior atenção

por parte operadores jurídicos, já que frequentemente traduzem comportamentos inadmissivelmente intolerantes e paternalistas por parte dos poderes públicos, as mesmas não são de todo incompatíveis com a Constituição. Todavia, elas devem fundar-se, não numa valoração, subjetiva ou objetiva, do mérito intrínseco ou da qualidade ética dos conteúdos comunicados, mas sim na ponderação mediada democraticamente, do impacto, intersubjetivamente comprovado, que os mesmos possam ter noutros direitos ou bens dignos de proteção constitucional (MACHADO, 2002, p.419)

Esses limites imanentes não serão identificados através de critérios prévios, sendo necessariamente decorrentes de um processo de ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados “conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protetivo de um direito, liberdade e garantia” (CANOTILHO, 2003, p.1282), tendo por parâmetros os postulados:

(1) de que entre as normas constitucionais não há qualquer hierarquia normativa material (ex.: o “bem da saúde pública” não é superior ao “direito de greve”); (2) de que a ponderação é feita entre “bens constitucionais”; não é uma ponderação de valores extraconstitucionais, pois deve tratar-se de bens constitucionalmente reconhecidos; (3) a otimização de bens constitucionais levada a efeito através da ponderação não pressupõe qualquer “exercício abusivo”, “arbitrário” ou “inespecífico” de um direito fora do respectivo âmbito de proteção.

Qualquer que seja o momento da intervenção judicial na liberdade de expressão, prévia ou posterior, o mais importante é a razoabilidade da medida demonstrada através de uma fundamentação atenta às garantias substanciais e processuais das liberdades comunicativas que investigue o bem tutelado em risco, o caráter da expressão e o seu potencial de dano a partir do princípio fundante e estruturante do constitucionalismo liberal, para o qual a liberdade é a regra e a restrição a exceção. Esse entendimento reflete a necessidade de uma adequada acomodação das liberdades comunicativas em tensão com outros direitos, liberdades e garantias, observando-se que, “como noutros domínios dos direitos fundamentais substantivos, as regras definitivas, susceptíveis de uma aplicação de termos de tudo ou nada, são especialmente escassas” (MACHADO, 2002, p.377).

Será fundamental para a aplicação dessas limitações pelo Poder Judiciário o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, considerado um metaprincípio na resolução de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos ao ministrar critérios que garantem a justeza intrínseca do processo de ponderação de bens jurídicos em competição que são simultaneamente limitáveis e limites à sua própria limitação (MACHADO, 2002).

À tradicional subdivisão do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, Jónatas E. M. Machado acrescenta outros dois subprincípios que correspondem à legitimidade constitucional dos fins – do ponto de vista do seu reconhecimento constitucional – e dos meios empregados para atingir esses fins – acaso não sejam expressamente proibidos pela Constituição. Quanto a este último aspecto restou superada a associação da restrição judicial prévia à proibição da censura, considerando a dimensão formal desse conceito utilizada no texto constitucional (MACHADO, 2002).

A adequação do meio utilizado em relação ao fim pretendido será revelada na relação de causa e efeito posta segundo critérios de experiência, afastando-se métodos intuitivos e especulativos e apontando meios alternativos para a proteção de um direito ou interesse que entra em conflito com alguma das liberdades comunicativas. Segundo o subprincípio da necessidade, deve-se garantir que as restrições à liberdade comunicativa se limitarão ao estritamente necessário. Finalmente a proporcionalidade em sentido estrito impõe uma análise comparativa entre a medida de restrição e a medida de promoção da finalidade constitucional que justificou a restrição, confrontando-se o grau de maximização do direito fundamental protegido com o grau de minimização do dano à liberdade comunicativa atingida (MACHADO, 2002).

Os fins das medidas de restrição às liberdades comunicativas estarão obrigatoriamente relacionados à proteção constitucional dos direitos da personalidade (identidade, imagem, palavra, nome, reputação, intimidade, etc.), dos interesses culturais da comunidade (moral pública, bons costumes, proteção da juventude, tolerância religiosa, etc.) e na salvaguarda dos princípios estruturantes do Estado democrático de direito (pluralidade de opiniões, livre formação da opinião pública e da vontade política e controle da atividade dos poderes públicos) (MACHADO, 2002).

Nesse exercício de ponderação a dignidade humana, sempre invocada como fundamento da liberdade de expressão para sustentar a neutralidade estatal necessária à diversidade e ao pluralismo, assume a natureza de “conceito de comunicação”, podendo justificar restrições ao conteúdo comunicado que degrade a pessoa humana e os direitos de reconhecimento, consideração e respeito do indivíduo perante a sociedade (MACHADO, 2002).

Assim sendo, em que pese as liberdades comunicativas serem igualmente reconhecidas às pessoas jurídicas que titularizam os veículos de comunicação, de indiscutível relevância para a moderna esfera pública diante da complexa sociedade em que vivemos, no exercício de

ponderação necessário à definição da restrição judicial prévia, entre a liberdade de expressão da empresa de comunicação e os direitos fundamentais do indivíduo que pugna por uma tutela preventiva, o significado jurídico, político e institucional da evolução histórica e da intencionalidade normativa dos direitos fundamentais “aponta para que aquele núcleo de prerrogativas individuais diretamente ligadas ao valor da dignidade da pessoa humana tenha sempre precedência sobre as posições jurídicas institucionais” (MACHADO, 2002, p.370).

## **CONCLUSÃO**

Os ideais democráticos gregos que construíram as cidades como produto da participação direta de parte da população através do ato de votar – privativo dos cidadãos, em detrimento dos estrangeiros e escravos –, que garantia a autodeterminação política e a proteção dos direitos subjetivos, inspiraram o moderno regime político fundado na vontade do povo e dirigido à salvaguarda de seus direitos fundamentais, no qual ninguém pode investir-se a si mesmo com o poder de governar, nem este será incondicional, ilimitado ou alheio às minorias.

Integrando portanto o processo de instituição do direito para regulação da vida social, especificamente quanto aos direitos de participação política, a democracia delineia o direito positivo ou anui seu conteúdo, outorgando-lhe assim legitimidade na medida em que pressupõe a participação ativa daqueles que irão se submeter ao ordenamento jurídico em construção – os cidadãos – que necessariamente devem ser ouvidos ao apresentarem suas demandas numa dinâmica relevante para o autoconhecimento e formação dos valores e prioridades da comunidade.

Ocorre que as necessidades humanas da era moderna refletem um modelo de *pólis* infinitamente distante da realidade da Grécia do século VIII a.c., constituído por uma complexa pluralidade de interações sociais que deverão ser conciliadas através do sistema representativo apto a escolher os membros do Estado que no plano ideal prestigiarão as diretrizes da opinião pública, originariamente concebida pelo Estado Liberal, sobretudo no “Contrato Social” de Rousseau (1996), como a *vox populi*, uma espécie de lei emanada da vontade geral que espelha a soberania popular e garante a presença indireta do corpo social na formação da vontade política e é capaz de dirigir as forças do Estado para seu objetivo precípua – o bem comum.

Daí por que uma moderna teoria democrática não pode prescindir da análise do mundo material, sua organização e impacto na política, considerando que os constantes conflitos de interesses, paralelamente à ininterrupta transformação social, não encontrarão resolutividade pela simples invocação do consenso ou da maioria, sendo algumas vezes indispensável o uso legítimo da coerção estatal por um dos seus poderes a fim de se ver implementada a necessária tolerância à voz e direito das minorias.

Essa realidade revela o caráter eminentemente procedimental da atual concepção de democracia, enquanto técnica de formação e condução dos órgãos governamentais distante portanto da ideia inicial de expressão da vontade popular ou da maioria. Não se pode aceitar a noção de que o debate político ocorre de maneira independente de seus mecanismos de mediação – das regras preliminares do jogo – quando se observa que a instância imediata de interlocução do cidadão com os representantes estará circunscrita ao espaço da esfera pública,

que tem nos meios de comunicação de massa seu espaço natural, responsável por transmitir à população as informações necessárias à formação de um juízo de qualidade – a opinião livre, pluralista e construída em público – ou expandir uma opinião predeterminada – produzindo uma opinião apenas geral, resultado da propaganda, condicionada pela manipulação e viciada pela intencional desinformação.

Uma opinião pública verdadeiramente democrática pressupõe uma ordem normativa que lhe assegure mecanismos eficazes para o amplo compartilhamento da concepção de valores na vida política e social, de modo a torná-la universal, plural e reflexiva. Universal na medida em que é composta por princípios civilizatórios aptos a constituírem um corpo político, que por ser plural deverá acomodar particularidades próprias do relativismo moral, pois na formação dos princípios comuns serão agregadas variadas opiniões a fim de que cada participante, por menor que seja a expressividade do seu juízo de valor, seja representado, num processo orientado pela informação e discussões públicas, ou seja, reflexivo, isento de imposições abstratas exteriores e incompatível com a crença de valores absolutos, a exemplo da própria liberdade de expressão que, por ser simultaneamente produtora e produto da opinião pública, é tão imprescindível à liberdade e autonomia do indivíduo quanto à democracia, devendo portanto obedecer certas condicionantes relacionadas à qualidade argumentativa (discursividade racional) e à representatividade (visibilidade através do pluralismo e diversidade).

Cravados como uma realidade irrenunciável para a moderna esfera pública, os meios de comunicação de massa constituem instrumentos inatos ao sistema democrático, e apesar deste ser compreendido atualmente através de teorias procedimentalistas, a ausência de parâmetros legais para o funcionamento dos *massa media* torna-os imunes a qualquer questionamento legal, mesmo diante de práticas sabidamente antidemocráticas próprias das relações antiéticas travadas entre publicidade, comunicação, política e informação, a serem obstadas apenas pela responsabilidade social e consciência daqueles que os controlam, uma imunidade nos moldes daquela concedida aos jornalistas pelo art.203 da Constituição de 1946, segundo o qual “nenhum imposto gravará diretamente os direitos de autor, nem a remuneração de professores e jornalistas.”

Evidentemente que não se pode exigir da mídia uma neutralidade política, as opiniões e posições expostas de maneira transparente não afetam o mínimo distanciamento crítico que é imprescindível ao exercício da função fiscalizadora inerente ao dever de informar, razão pela qual a autonomia dos veículos de comunicação é um dos fundamentos da liberdade de imprensa.

Ocorre que grande parte da classe política é proprietária de emissoras concessionárias de rádio e televisão<sup>20</sup>.

O julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130, e as decisões que se seguiram invocando seus fundamentos, demonstram que o conceito de liberdade de imprensa adotado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não evoluiu juntamente com o de sua “irmã-siamesa” democracia.

Acreditar que a própria imprensa impõe-se limites a fim de sintonizar-se com os interesses do público, a partir da leitura que a mídia realiza os valores da sociedade civil de que ela, imprensa, seria simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância, razão pela qual não deveria estar submetida a qualquer tipo de legislação e que a autorregulação e a livre concorrência no mercado constituem a única forma de se evitar as distorções e abusos, revela que o liberalismo brasileiro, excludente tanto de liberdade quanto de cidadania, sempre conviveu e continua a conviver, sem qualquer constrangimento, com a desigualdade.

A interpretação dada pelo Supremo ao regime constitucional da comunicação social, segundo a qual a interação imprensa/sociedade civil não passa e não pode passar pela mediação do Estado, pois “à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário” (p.56), traduz um liberalismo focado no individualismo e na acepção negativa de liberdade, ignorando o fato das condições econômicas em vigor limitarem o processo comunicativo de que depende o fortalecimento dos públicos.

Os ideais liberais de liberdade de imprensa e do livre fluxo de informação que só vêm a censura e o controle oficial estatal como seus inimigos não podem subsistir sem atentar para o combate às causas não políticas como as desigualdades das liberdades comunicativas e fatores econômicos, fatais para a democratização da comunicação que, para ser social, deve se guiar pelo fim universalista de dotar todos os cidadãos com mecanismos que os habilitem a expressar suas opiniões coletivamente e ainda pelo objetivo pluralista de assegurar que uma variedade de opiniões possa ser expressa por cidadãos particulares.

Contrariamente à concepção declinada no julgamento da ADPF n. 130 que interdita qualquer iniciativa legislativa no âmbito da comunicação social, as medidas de regulação estatal presentes em muitos países democráticos tem em mira a expansão da liberdade de expressão e a pluralização do direito à informação, passando ao longe de qualquer iniciativa antidemocrática ou restritiva a esses direitos fundamentais, pois ao lado do dever de não violar

---

<sup>20</sup> Levantamento feito pela Folha aponta que ao menos 55 concessões pelo país pertencem a políticos que tomaram posse em 2015 (BACHTOLD, 2014).

a liberdade de expressão, o Estado também tem a obrigação de promovê-la concretamente, inclusive diante de riscos oferecidos por particulares.

Todavia, se não há regulamentação do direito de resposta, se agressões à dignidade do cidadão se reproduzem cotidianamente sem qualquer mecanismo eficiente de repreensão, se a veiculação de informações ardilosamente inverídicas não é punida, como pode o interesse público democrático apresentar-se deliberativamente ou a opinião pública formar legitimamente a soberania popular.

Não há dúvida que qualquer intervenção estatal deverá observar as circunstâncias que envolvem a forma de governo, o grau de estabilidade política, o avanço tecnológico, o nível de riqueza, cultura e educação de uma dada sociedade, bem como o campo de utilização da liberdade de expressão, sob pena de potencializar o totalitarismo e o controle das manifestações discursivas da sociedade civil.

Mas por outro lado, uma completa omissão do Estado pode significar a exclusão de grupos sociais, econômica e politicamente hipossuficientes da discussão pública, ou pior, a manipulação dessa discussão por grupos que concentram a propriedade e formam monopólios ou oligopólios dos sistemas de mídia, impedindo a manifestação de esferas comunicativas plurais e comprometendo a qualidade de representação das vozes públicas por debilitar sensivelmente a produção de um pensamento crítico de natureza emancipatória.

Renunciar essa discussão implica dizer que, inobstante reconhecer-se na opinião pública a base da legitimidade democrática e a fonte da agenda estatal sobre os problemas que afetam à sociedade em seu conjunto, não importa em que condições reais ocorre sua formação, o que ignora os postulados mais recentes acerca do contexto ideal do processo de comunicação pública, segundo a ética do discurso e a racionalidade da formação da vontade, enquanto condições indispensáveis para o assentimento motivado do indivíduo.

A ênfase liberal dada à liberdade de expressão acabou por deixar de lado o direito de ser ouvido, igualmente essencial à democracia, pois de nada adianta garantir a liberdade de fala se apenas um grupo privilegiado a possui ou se esta não possui eficácia e alcance suficientes para incidir sobre o processo de construção da vontade coletiva e do interesse público.

## REFERÊNCIAS

ADVERSE, Helton. Parresia e isegoria: origens político-filosóficas da liberdade de expressão.



In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

ALBUQUERQUE, Afonso de. As três faces do quarto poder. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. (Org.). **Mídia, representação e democracia**. São Paulo: HUCITEC, 2010.

AMORIM, Ana Paola. A opinião pública democrática e a defesa pública da liberdade de expressão. In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARTLICE 19. Declaração final da missão ao Brasil. **Observatório da imprensa**. Caderno da cidadania, edição 451, 18 set.2007. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/declaracao-final-da-missao-ao-brasil>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

ASSEMBLÉIA GERAL DA SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA, Santiago, Chile, **Relatório do País: Brasil**, out. 2014. Disponível em: <<http://www.sipiapa.org/asamblea/brasil-103/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BACHTOLD, Felipe. Congressistas eleitos têm 55 concessões. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 dez. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/12/1561839-congressistas-eleitos-tem-55-concessoes.shtml>>. Acesso em: 14 nov.14.

BARBOSA, Bia. PGR dá parecer favorável à ação de Comparato que determina regulamentação da mídia. **Carta Maior**, São Paulo, 18 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PGR-da-parecer-favoravel-a-acao-de-Comparato-que-determina-regulamentacao-da-midia/4/25220>>. Acesso em: 11 de ago. 2014.

BARROSO, Luís 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 Privado**, São Paulo, abril/junho, 2004.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov/dez/jan, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com>>

/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf >. Acesso em 14 nov. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 1989.

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez. 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Jurídica Virtual**, vol.1, n.º 8, Brasília, 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/arg\\_descump\\_Juliano.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_. **Os problemas da guerra e as vias da paz**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 120615**. Rio Grande do Sul. Quarta Turma. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça, Brasília, DF, 27 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Recurso especial 202673**. Maranhão. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Diário de Justiça, Brasília, DF, 11 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Súmula 221**. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Súmula 281.** A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 869.** Distrito Federal. Tribunal pleno. Relator Ministro Ilmar Galvão. Diário de justiça. Brasília, DF, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000096680&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ação direta de inconstitucionalidade 2903.** Paraíba. Tribunal pleno. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 18 set. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002893&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Ação direta de inconstitucionalidade 4451.** Distrito Federal. Tribunal pleno. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 30 jun. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000191374&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Agravo regimental na petição 1140.** Tocantins. Tribunal pleno. Relator Ministro Sydney Sanches. Diário de justiça. Brasília, DF, 31 mai. 1996. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000118886&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Agravo regimental na reclamação 16761.** Mato Grosso do Sul. Primeira turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, julgado em 18 nov. 2014. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=284113711&tipoApp=.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 33.** Pará. Tribunal pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Diário de justiça, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091959&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130.** Distrito Federal. Tribunal pleno. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 05 nov. 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163419&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.231. Distrito Federal. Relator Ministro Néri da Silveira. **Informativo 253.** Brasília, DF, 3 a 7 dez. 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 9428.** Distrito Federal. Tribunal pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 24 jun. 2010. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000166331&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 11000.** Tocantins. Relator Ministro Dias Toffoli. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000345668&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 11292.** São Paulo. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, julgado em 3 mar. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000133606&base=basePresidencia>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 11479.** Ceará. Tribunal pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Diário de justiça eletrônico. Brasília, DF, 22 fev. 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013151&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 14772.** Bahia. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 23 out. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000225849&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 15243.** Rio de Janeiro. Segunda turma. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 1 dez. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000254894&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 16074.** São Paulo. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, julgado em 6 ago. 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000271434&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 16434.** Espírito Santo. Relatora Ministra Rosa Weber. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 5 ago. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000348035&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 17753.** Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 9 jun. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000340326&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18186.** Rio de Janeiro. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 7 ago. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000348971&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18290.** Rio de Janeiro. Relator Min. Luiz Fux. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 14 ago. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000350497&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18566.** São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 16 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000360174&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18638.** Ceará. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 18 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000360833&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18687.** Distrito Federal. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000364212&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18735.** Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 3 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000365579&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18746.** Distrito Federal. Relator Ministro Gilmar Mendes. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 7 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000366315&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação 18776.** Rio de Janeiro. Relator Min. Dias Toffoli. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 7 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=265961181&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Reclamação n. 18836.** Goiás. Relator Ministro Celso de Mello. Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 01 dez. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000381379&base=base Monocraticas>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Recurso extraordinário 511961**. São Paulo. Tribunal pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes, Diário de justiça eletrônico, Brasília, DF, 12 nov. 2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000163578&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Quinta Turma Cível. **Agravo de Instrumento n. 2009 00 2 010738-6**. Relator Desembargador Luciano Vasconcellos. Brasília, DF, julgado em 22 mai. 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=17849905&num\\_registro=201000675382&data=20111219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=17849905&num_registro=201000675382&data=20111219&formato=PDF). Acesso em: 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Quarta Câmara Cível. **Agravo de Instrumento - Nº 4011111-49.2013.8.12.0000**. Relator Desembargador Dorival Renato Pavan. Campo Grande, MS, julgado em 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=406717&v1Captcha=CntJf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0389985-84.2009.8.19.0001**. Relatora Desembargadora Flavia Romano de Rezende. Rio de Janeiro, RJ, julgado em 15 mai. 2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003BBB12B3878983F6EBF0E69254E07E84DD0C403262249>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. **Recurso Eleitoral 10073**. Relator Josevando Souza Andrade. Salvador, BA, julgado em 10 out. 2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetTREBinary.do?tribunal=BA&processoNumero=10073&processoClasse=RE&decisaoData=20121010&decisaoNumero=4477&protocolo=1980892012&noCache=0.5257970998063684>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Sentença da ação civil pública n. 2008.72.00.014043-5/SC**. Juiz Federal Substituto Diogenes T. Marcelino Teixeira, Diário eletrônico, Florianópolis, SC, 12 mai. 2011. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=jfsc&documento=3534035&DocComposto=&Sequencia=&hash=04b77c29b7cb15a9426684a0df3f18d2](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=jfsc&documento=3534035&DocComposto=&Sequencia=&hash=04b77c29b7cb15a9426684a0df3f18d2)>. Acesso em 14 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 1312-17.2014.6.00.0000**. Relator Ministro Admar Gonzaga. Brasília, DF, julgado em 25 set. 2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=131217&processoClasse=RP&decisaoData=20140930&decisaoNumero=&protocolo=281552014&noCache=0.7686290657147765>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

BUCCI, Eugênio. **Sobre ética e imprensa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BULLA, Beatriz. Índice de abstenção é o mais alto para 1º turno presidencial desde 1998. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 06 out. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,indice-de-abstencao-e-o-mais-alto-para-1-turno-presidencial-desde-1998,1572509>>. Acesso em: 15 de out. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARRATO, Ângela. A TV pública e a comunicação democrática. In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_; GALVÃO, Mônica Cristina Mendes. **O STF e o direito de imprensa**: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAUÍ, Marilena. O poder da mídia. **Observatório da Imprensa**. São Paulo, Seção Comunicação & Democracia, edição nº 710, 04 set. 2012. Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/\\_ed710\\_o\\_poder\\_da\\_midia](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed710_o_poder_da_midia)>. Acesso em: 14 nov. 2014.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLEVE, Clemerson Merlin; DIAS, Cibele Fernandes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista de Direito**. Procuradoria Geral do Estado de Goiás, v. 21, p. 49-54, jan/dez 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DURÃO, Pedro. A justiça de Sócrates e Sofística. In: **FANESE: Revista do Curso de Direito**, v. III, p. 01-08, 2012. Disponível em: <[http://pedrodurao.com.br/site/wp-content/uploads/2014/02/A\\_JUSTI\\_A\\_DE\\_S\\_CRATES\\_E\\_A\\_SOF\\_STICA.pdf](http://pedrodurao.com.br/site/wp-content/uploads/2014/02/A_JUSTI_A_DE_S_CRATES_E_A_SOF_STICA.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

FATO EXCLUÍDOS. Pedidos de remoção de conteúdo do google cresce em 450%. **CONJUR**, 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-15/pedidos-remocao-conteudo-google-justica-cresce-450>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, Saraiva, 1978.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação**: direitos fundamentais na Constituição brasileira. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 1995.

GODOY, Miguel Gulano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Marcos Emílio Gomes (Coord.). **A constituição de 1998, 25 anos**: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog. 2013.

GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. **Comunicação e democracia**: problemas & perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008.



GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUIMARÃES, Juarez. **Sete teses e uma antítese**. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio**. São Paulo: Paulus, 2013.

GUIMARÃES, Juarez; AMORIM, Ana Paola. **A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão**. São Paulo: Boitempo, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti et. al. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; LEITÃO, Rômulo Guilherme. Democracia em Marx: o necessário resgate da crítica no direito constitucional da atualidade. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Santa Catarina, v. 27, n. 53, jan. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15093>>. Acesso em 10 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Democracia no poder judiciário. In: **Revista direito e liberdade – ESMARN**, Mossoró, v. 1, n.1, p. 317-330, jul/dez 2005. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/download/229/259](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/229/259)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **O problema da imprensa**. 3. ed. São Paulo: Edusp, 1997.

LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. Introdução. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio**. São Paulo: Paulus, 2013.

\_\_\_\_\_. A censura disfarçada. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio**. São Paulo: Paulus, 2013.

\_\_\_\_\_. **Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MARX, Karl, 2006. **Liberdade de imprensa**. Tradução Cláudio Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data' ....** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. A liberdade de expressão em uma chave não dualista: as contribuições de John Dewey. In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez (Org.). **Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio**. São Paulo: Paulus, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe. Um ponto cego nas teorias da democracia: os meios de comunicação. **BIB**, Rio de Janeiro, n.º 49, pp. 51 -77, 1º semestre de 2000.

\_\_\_\_\_. **Democracia e representação: territórios em disputa**. São Paulo: Unesp, 2014.

\_\_\_\_\_; BIROLI, Flávia. Comunicação e política: um campo de estudos e seus desdobramentos no Brasil. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Mídia, representação e democracia**. São Paulo: HUCITEC, 2010.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucioal**. Coimbra: Coimbra, 1988.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.

NO ANO dos protestos, número de filiações a partidos despencou. **O GLOBO**, 09 mar. 2014. São Paulo. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/no-ano-dos-protestos-numero-de-filacoes-partidos-despencou-11828231#>>. Acesso em: 20 set. 2014.

PRUDENCIO, Kelly. Mobilizar a opinião pública: sobre a comunicação dos ativistas políticos. In: MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia (Org.). **Mídia, representação e democracia**. São Paulo: HUCITEC, 2010.

RESENDE, Augusto César Leite de. Sindicabiliade judicial do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho et. al. **Sociedades e direito**, p.95-109. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTINI, Daniel. Relator da ONU para liberdade de expressão critica concentração de mídia no Brasil. **Repórter Brasil**, 08 mar. 2013, São Paulo. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/03/relator-da-onu-para-liberdade-de-expressao-critica-concentracao-de-midia-no-brasil/>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SANTOS, Boa Ventura de; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.º 19, Salvador, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-INGO%20SARLET.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Lucas Gonçalves da. Comentários dos artigos 3 a 11 da declaração universal dos direitos humanos. In: CARNOTA, Walter F.; MARIANIELLO, Patricio Alejandro. **Tratados de los tratados internacionales – comentados**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Declaração universal dos direitos humanos (1948) Comentários dos artigos XII a XVII. In: CARNOTA, Walter F.; MARIANIELLO, Patricio Alejandro. **Tratados de los tratados internacionales – comentados**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SILVA, José Afonso da. Direitos da criança e liberdade de informação. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 188, p. 387-8, abr/jun.1992.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. O sentido hermenêutico – constitucional da ação penal nos crimes sexuais: os influxos da lei dos crimes hediondos e da lei maria da penha. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). **Direitos fundamentais e novos direitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Mutações na Corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso. In: **CONJUR**, 3 ago. 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOLLER, Fernando M. **O formalismo na liberdade de expressão**: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. São Paulo: Saraiva, 2012.