

**FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS DAS LIBERDADES DE
IMPrensa E DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
ALGUMAS REFLEXÕES A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO NORTE-
AMERICANO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO NA ADPF N°. 130
POLITICAL AND PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF FREEDOMS OF PRESS
AND SPEECH IN RULE OF LAW: SOME REFLECTIONS FROM NORTH AMERICAN
CONSTITUTIONALISM AND FROM BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT IN
ADPF 130**

Ilton Norberto Robl Filho¹

Resumo: A visão ultraliberal das liberdades de expressão e de imprensa tornou-se majoritária nos Estados Unidos da América, tendo sido incorporada essa perspectiva filosófica e política na posição majoritária da ADPF 130 do Supremo Tribunal Federal. Essa concepção acredita a) que o Estado é necessariamente violador dessas liberdades, b) que esses direitos prevalecem de forma quase que absoluta sobre outros direitos como honra, intimidade e imagem, c) que somente é cabível a autoregulação dos órgãos de imprensa e d) que inexitem falhas de mercado no mercado livre de ideias. O modelo de Estado Democrático de Direito é estruturado não apenas pelo liberalismo, mas também por fundamentos democráticos e republicanos. Esses fundamentos igualmente necessitam conformar a estruturação e o exercício das liberdades de expressão e de imprensa. No Brasil, a construção de uma Nova Lei de Imprensa forjada de maneira plural e democrática será uma importante oportunidade para melhor conceber esses direitos à luz das contribuições liberais, democráticas e republicanas.

Palavras-Chave: Liberdades de Expressão e de Imprensa; Fundamentos; Estado Democrático de Direito; Jurisdição Constitucional; Lei de Imprensa.

Abstract: The ultra-liberal view of freedoms of speech and the press became dominant in the United States and the majority position of the Federal Supreme Court in ADPF 130 incorporated this philosophical and political perspective in. This conception believes a) that the State necessarily violates these freedoms, b) that these rights are almost absolute rights over others as honor, privacy and image, c) that auto regulation is the exclusive control of

¹ Professor Adjunto da UFPR e da UPF.

press and d) that there are no market failures in the free market of ideas. Rule of Law is structured not only by liberalism, but also by democratic and republican foundations. These foundations also inform and shape freedoms of speech and press. In Brazil, if the construction of a New Press Law is built in plural and democratic way, it will be an important opportunity to structure these rights with liberal, democratic and republican contributions.

Keywords: Freedoms of Speech and Press; Foundations; Rule of Law; Judicial Review; Press Law.

1. Introdução

A discussão sobre as liberdades de expressão e de imprensa é um dos temas mais palpantes e complexos do direito contemporâneo. No Brasil, esse debate recebeu ainda maior ênfase em virtude da declaração de não recepção integral da Lei de Imprensa de 1967 na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 130/DF.

A hipótese central formulada neste artigo sustenta que o Supremo Tribunal Federal na ADPF 130 adotou visão ultraliberal sobre as liberdades de expressão e de imprensa, sendo essa perspectiva inadequada no Estado Democrático de Direito. Nesse modelo estatal e de conformação da sociedade civil, as perspectivas liberal, democrática e republicana necessitam ser equilibradas na estruturação dessas liberdades constitucionais.

Apesar das peculiaridades institucionais e jurídicas entre Estados Unidos da América e Brasil, também é majoritária a visão ultraliberal na Suprema Corte Norte-Americana sobre as liberdades de expressão e imprensa. Desse modo, a compreensão de casos paradigmáticos desses direitos na Jurisdição Constitucional Americana e a análise crítica feita pelas literaturas jurídica e política norte-americana auxiliam no entendimento dos equívocos de uma posição ultraliberal também ser adotada no Brasil.

Assim, a seção segunda deste texto enfrenta a perspectiva liberal no Estado Democrático de Direito e os impactos dessa visão na estruturação das liberdades de imprensa e de expressão. Posteriormente, em virtude da relevância da concepção liberal desses direitos nos Estados Unidos, são apresentados momentos e questões fundamentais das referidas liberdades no Constitucionalismo Norte-Americano.

Por sua vez, na quarta seção, a construção ultraliberal desses direitos é analisada a partir do paradigmático caso norte-americano *Bradenburg vs. Ohio* da Suprema Corte Americana e da sua adoção no Brasil de forma clara nos argumentos do Relator da ADPF 130 no Supremo Tribunal Federal. Na quinta seção, discutem-se as perspectivas democrática e

republicana no Estado Democrático de Direito e na compreensão das liberdades de imprensa e de expressão, sustentando a necessidade de construção de uma nova Lei de Imprensa de forma plural e democrática para efetivar mais equilibradamente as contribuições liberal, democrática e republicana. Na seção seis, são apresentadas algumas palavras a título de considerações finais.

2. Liberalismo como uma das Estruturas Filosóficas do Estado Democrático de Direito e Visão Liberal das Liberdades de Expressão e de Imprensa

Estado Democrático de Direito é um tipo específico de Estado que possui sua estrutura fortemente influenciada pelos pensamentos e práticas do liberalismo, da democracia e do republicanismo.² Esse modelo de Estado encontra-se expressamente previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF), condicionando a interpretação e a busca por efetividade da Constituição e, especialmente, dos direitos fundamentais.

A doutrina liberal valoriza a limitação do Estado, a qual é estabelecida por meio da separação dos poderes (funções) estatais e da garantia dos direitos fundamentais das pessoas físicas e jurídicas privadas. A separação dos poderes representa uma limitação interna estatal, pois impossibilita que todos os poderes e as competências estatais sejam concentrados em uma pessoa ou em um órgão.³

Desse modo, em decisões políticas e sociais importantes, há a necessidade de acordo entre atores políticos. Por exemplo, a aprovação de uma lei de imprensa e a sua aplicação dependem, de um lado, do acordo de vontades entre o legislativo e o executivo para elaborar e aprovar a referida lei e, de outro lado, o judiciário deve declarar a constitucionalidade da lei quando instado a manifestar-se pelo controle difuso ou pelo concentrado.

Os direitos fundamentais, por sua vez, constituem-se em limites externos à atuação do poder estatal. Os agentes e órgãos estatais devem respeitar os direitos fundamentais das pessoas físicas e pessoas jurídicas privadas. Acerca dos direitos fundamentais, os liberais privilegiam os direitos individuais como propriedade, liberdade e igualdade formal.

A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são especialmente valorizadas pelo liberalismo. O indivíduo para que seja livre deve pensar de maneira autônoma, podendo expressar seus pensamentos, sentimentos e ideias para os demais.

² Sobre essa questão, cf. O'Donnell, 1998, p. 30-33.

³ A separação dos poderes é pensada originalmente por Locke (2006, p. 105-120). A proposta contemporânea de separação dos poderes possui grande influência da obra de Montesquieu (2005, p. 165-196) e, posteriormente, dos autores Federalistas (HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 329-333).

No contexto liberal, há uma relação da liberdade de expressão com uma específica concepção de autonomia e dignidade da pessoa humana (SUSTEIN, 1995, p. 133-137). Concebe-se a autonomia como a possibilidade de o ser humano refletir e expressar-se de maneira livre sobre qualquer assunto ou tema. Assim, a tradição liberal compreende que uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana constitui-se exatamente nesse pensar e manifestar-se de forma livre, permitindo a reflexão e a expressão sem a influência perversa do paternalismo estatal.

A liberdade de imprensa, por sua vez, é vista e moldada principalmente como um mecanismo que permite aos indivíduos e às pessoas jurídicas privadas apresentarem suas ideias por meios dos órgãos de imprensa, prestigiando a autonomia individual. No liberalismo, o principal inimigo da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa é o Estado, sendo maximizadas essas liberdades na medida em que os agentes e os órgãos estatais não frustem o livre mercado de ideias.⁴

A concepção de livre mercado de ideias pressupõe que todos os indivíduos podem apresentar suas ideias sem qualquer tipo de restrição *a priori* estatal, podendo, no máximo, ser responsabilizados pelas práticas de ilícitos posteriormente. Determinada ideia será mais valorizada e prevalecerá a partir da adesão e do convencimento voluntário dos indivíduos a partir da análise das concepções, ideias e sentimentos existentes nesse específico mercado.⁵

Assim como no mercado econômico é inadequada à restrição da livre iniciativa e da liberdade de trabalho, não se justifica a restrição a qualquer tipo de discurso por mais que defenda o racismo, a homofobia e a intolerância religiosa.⁶ Desse modo, toda regulamentação estatal sobre aquilo pode ser expresso pelos indivíduos e acerca da maneira como a imprensa deve operar considera-se ilegítima e uma afronta às liberdades de expressão e de imprensa.

As únicas formas de regulação, de influência e de controle que podem ser exercidas pela imprensa constituem-se i) na adesão e no consumo de determinadas ideias disseminadas pela imprensa aos indivíduos e ii) pela autorregulação do setor pelas empresas que exercem a atividade de imprensa. Em primeiro lugar, os indivíduos optam por consumir ou não

⁴ Para i) uma leitura do liberalismo sobre as liberdades de expressão e de imprensa e para ii) uma crítica dessa concepção pela sua insuficiência, analisando o Estado Democrático de Direito norte-americano e a construção desse tipo de Estado no leste Europeu, cf. Fiss, 1995.

⁵ Essa visão foi defendida pelo juiz da Suprema Corte Norte-americana Holmes no seu voto vencido em *Abrams vs. United States*, 250 (1919) nos seguintes termos: “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out” (U.S. SUPREME COURT, 1919, p. 630).

⁶ Essa concepção acabou por se tornar dominante no direito constitucional norte-americano. Para uma crítica a essa posição dominante, cf. Waldron, 2012, p. 1-17.

determinados jornal, programa televisivo ou de rádio, blog e página de internet. O consumo ou não de determinado veículo de informação e mídia pelos indivíduos representa o principal elemento regulador. Ainda se releva a autorregulação que é produzida pelo próprio setor de imprensa, estabelecendo, por exemplo, código de ética de imprensa pelas empresas do setor.⁷

A visão liberal das liberdades de expressão e de imprensa predomina nas tradições política e jurídica norte-americana a partir da metade do século XX e na análise feita pelo Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa Brasileira de 1967 na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130. Apesar das extremas peculiaridades do direito e da tradição política do Brasil e dos Estados Unidos, observam-se, em ambos os países, em primeiro momento, i) a afirmação da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa em textos legais e constitucionais, porém sua violação pela atuação do Estado, e ii) posteriormente, a gradativa valorização da concepção ultraliberal das liberdades de expressão e de imprensa, com a menor reconhecimento das leituras democráticas e republicanas sobre esses direitos.

3. Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos da América: Momentos Fundamentais

A Primeira Emenda à Constituição Federal Norte-Americana, a qual foi ratificada em 1791, afirma que o Congresso não pode estabelecer uma lei que diminua a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.⁸ Apesar dessa expressa garantia à liberdade de expressão e de imprensa, foi aprovada uma *Sedition Act* em 1798, que prescreveu como crime publicar escritos falsos, escandalosos e maliciosos contra o Presidente da República e os Congressistas, nos termos da Sec. 2.

Importante ressaltar que essa norma não foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte Norte-Americana, deixando a lei de possuir vigência a partir de 3 de março de 1801 em conformidade com a Sec. 4 da *Sedection Act*.⁹ Em verdade, apenas no século XX a Suprema

⁷ No Brasil, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) construiu um Código de Ética do jornalismo, aprovado na Assembleia Geral realizada em Brasília em 1993. Esse Código foi estruturado em i) preâmbulo, ii) princípios gerais, iii) da programação, iv) da publicidade, v) dos noticiários, vi) do relacionamento das emissoras e vii) do processo e das disposições disciplinares. Cf. ABERT, 1993.

⁸ O texto da primeira emenda afirma que: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

⁹ Deve-se registrar o contexto em que essa lei foi aprovada. Existia um forte enfrentamento entre os partidos norte-americanos Federalista e Republicano, encontrando-se o governo federal bastante enfraquecido no momento de aprovação e promulgação da lei. Não há a menor dúvida de que essa lei violava a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. De outro lado, como bem aponta Waldron (2012, p. 20-21), as críticas ao

Corte Norte-Americana começou a declarar inconstitucional leis que afrontavam a liberdade de expressão e de imprensa.¹⁰

Para que as liberdades de expressão e de imprensa fossem garantidas contra leis que restringem esses direitos fundamentais, a atuação do juiz Holmes da Suprema Corte foi essencial. No caso *Abrams vs. United States* de 1919, a maioria da Suprema Corte (sete magistrados) manteve a condenação por 20 anos de Jacob Adams, pautada na *Sedition Act* de 1918, por distribuir panfletos criticando o Presidente Norte-Americano em virtude do envio de soldados americanos para combater os bolcheviques na Rússia.

Oliver Wendell Holmes, no seu voto divergente, afirmou que os pensamentos, as ideias e as crenças alteram-se intensamente durante o tempo. Desse modo, esse magistrado defende um caráter relativo das verdades nos âmbitos moral, político e social. Ainda, ele assevera que a melhor maneira de os indivíduos e a sociedade, por consequência, aderirem a um conjunto de ideias e crenças dá-se por meio do mecanismo do mercado de ideias.

Todos os indivíduos podem apresentar suas ideias, concepções e crenças para os demais de maneira livre. Os outros indivíduos, por sua vez, também pautados na autonomia, aceitam (compartilham) determinada ideia ou podem criticá-la, apresentando novas concepções.

Assim, há a criação de um mercado competitivo de ideias. Esse mercado permite o surgimento de novos discursos que demonstram o equívoco de concepções políticas, morais e sociais, tornado possível que os indivíduos comparem as ideias e façam a adesão àquelas que julguem mais corretas e verdadeiras.

Somente os discursos que causam um claro e iminente perigo ao Estado poderiam ser restringidos para Holmes.¹¹ Essa concepção liberal de Holmes, originariamente minoritária, tornou-se majoritária a partir da década de sessenta nos Estados Unidos, trazendo importantes benefícios ao Estado Democrático de Direito, porém também gerando alguns problemas.

governo naquele momento poderiam ser o estopim para destruir o Estado Federal e Republicano Norte-Americano: “But it would also be a mistake to omit the point that political institutions are sometimes a lot more fragile than they look likes [...]. To many people, federal authority seemed weak and precarious in 1798. [...] George Washington was denounced as a thief and a traitor; John Jay was burned in effigy; Alexander Hamilton was stoned in the streets of New York [...]”.

¹⁰ Sobre a história da liberdade de expressão norte-americana, cf. Sunstein, 1995, p. 4.

¹¹ Esse trecho do voto dissidente de Holmes, que foi ratificado por Louis Brandeis, é esclarecedor sobre sua concepção liberal da liberdade de expressão: “Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country” (U. S. SUPREME COURT, 1919, p. 630).

Sobre a construção da defesa da liberdade de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e a influência de ideais liberais, fundamentais são as menções aos casos *New York Times vs. Sullivan* (1964) e *Brandenburg v. Ohio* (1969). Uma importante contribuição da visão liberal da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa reside no caso *New York Times vs. Sullivan*.¹²

O Jornal *New York Times*, em 1960, em importante momento de luta por direitos civis dos negros norte-americanos, que eram sistematicamente discriminados por estados-membros e por parte da sociedade civil especialmente dos estados do sul, publicou texto incentivando doações para a defesa de Martin Luther King Jr. Nesse texto, informou que King foi preso diversas vezes e indicou a quantidade de sete prisões (U.S. SUPREME COURT, 1964, p. 258)

De outro lado, a verdade factual era que King tinha sido preso quatro vezes na sua luta pelos direitos civis. O Chefe de Justiça L. B. Sullivan requereu indenização por ter sido ofendido pelo jornal, já que a polícia não prendeu King sete vezes, e sim quatro. O jornal foi condenado a pagar indenização a Sullivan.

A Suprema Corte, por sua vez, reformou a decisão, afirmando que apenas seria devida a indenização se o jornalista e o jornal soubessem antes da publicação do fato que as informações eram incorretas e, por malícia e deliberada intenção, resolvessem publicar o fato inverídico.¹³ A Suprema Corte entendeu que as liberdades de expressão e de imprensa possuem um papel tão importante para os indivíduos e para a sociedade que possibilitar a condenação dos jornais por prestação de informação equivocadas sem existência de intenção e malícia seria cercear esses direitos.

Por sua vez, em *Bradenburg vs. Ohio* a Corte afirmou que discursos do ódio e racistas são cobertos pela liberdade de expressão e pela liberdade de imprensa. Nesse julgado, afirmou-se que um líder da Ku Klux Klan, tendo apresentado discursos racistas contra negros e judeus durante reportagens de Televisão, não cometeu nenhum ilícito, porque sua ação seria albergada pela liberdade de expressão.¹⁴

¹² Para uma análise dessas decisões, cf. Sunstein, 1995, p. 5-17..

¹³ Este trecho da decisão apresenta a regra estabelecida pela U.S. Supreme Court (1964, p. 254): “A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves "actual malice" -- that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false”.

¹⁴ Esta foi a decisão da U. S. Supreme Court (1969, p. 444): “Appellant, a Ku Klux Klan leader, was convicted under the Ohio Criminal Syndicalism statute for ‘advocat[ing] the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform’ and for ‘voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism.’ Neither the indictment nor the trial judge’s instructions refined the statute’s definition of the crime in terms of mere advocacy not distinguished from incitement to imminent lawless

4. Perspectiva Ultraliberal no Caso *Bradenburg vs. Ohio* da Suprema Corte Americana e na ADPF 130 do STF

A decisão *Bradenburg vs. Ohio* (1969) estabelece uma visão ultraliberal da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa. O ultraliberalismo tornou-se a perspectiva predominante nos Estados Unidos, especialmente na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana.

O ultraliberalismo não compreende que o Estado Democrático de Direito é uma proposta estatal e social influenciada tanto pelo liberalismo como pela democracia e pelo republicanismo. Desse modo, o ultraliberalismo possui uma visão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa focada nos valores e nas práticas liberais, desconsiderando – ou pelo menos considerando muito pouco – a contribuição das leituras democráticas e republicanas desses direitos. Ainda, a concepção ultraliberal afronta ditames de um liberalismo político mais equilibrado e inclusivo.¹⁵

A leitura ultraliberal das liberdades de expressão e de imprensa constitui-se em doutrina que i) estabelece uma prevalência quase que absoluta da liberdade de expressão sobre outros direitos individuais como honra, imagem, intimidade e vida privada, ii) vê o Estado como um inimigo da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, iii) afirma que qualquer regulação estatal à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa constitui-se em violação a esses direitos, iv) desconsidera o caráter transindividual dos direitos fundamentais e não percebe que uma visão extremamente individualista da liberdade de expressão e de imprensa prejudica a democracia e a construção de uma sociedade mais justa e v) defende a concepção de mercado livre de ideias sem observar as falhas de mercado.

A decisão que julgou completamente não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei nº. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) na Arguição de Descumprimento de Preceito

action. *Held*: Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, overruled”.

¹⁵ A concepção de liberdade de expressão de Waldron (2012) que protege a liberdade de expressão, porém demonstra que discursos racistas, sexistas e homofóbicos afrontam a dignidade das pessoas, representa essa forma de liberalismo igualitário. Também, a visão de Fiss (1996) desenvolve uma leitura liberal mais adequada. Ele observa a necessidade de valorizar o direito individual à liberdade de expressão, mas reconhece os limites impostos por outros direitos individuais a esta importante liberdade e considera, com profundidade, a relevância democrática e republicana da imprensa.

Fundamental (ADPF) nº. 130 pelo Supremo Tribunal Federal possui fortes elementos ultraliberais. Nesse julgamento, os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lucia e Menezes Direito julgaram completamente inconstitucional (não recepcionada) a Lei de Imprensa (STF, 2009).

Essa lei possuía elementos absolutamente inconstitucionais à luz da Constituição de 1988, porém esses elementos foram sendo gradativamente declarados não recepcionados pelo controle difuso de constitucionalidade do STF durante vinte anos. A ADPF nº. 130, no Brasil, aponta a transição de um momento de violação das liberdades de expressão e de imprensa pelo Estado (principalmente em virtude da ditadura militar brasileira de 1964-1985) para uma concepção ultraliberal desses direitos.

O Relator da ADPF n. 130, Ministro Carlos Britto, apresentou um voto perpassado por inúmeros argumentos ultraliberais. Em primeiro lugar, devido à importância das liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa, asseverou que esses direitos estruturam-se na modalidade normativa de sobredireitos.

Assim, em sua leitura, há uma regra constitucional que afirma a prevalência dessas liberdades sobre os direitos à intimidade, à honra e à imagem, podendo apenas posteriormente ao exercício das citadas liberdades ser verificada a afronta à intimidade, à honra e à imagem. Nos casos de violações não justificadas constitucionalmente a estes direitos pelas liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa, somente a *posteriori* podem ser aplicadas sanções civis, penais e administrativas.¹⁶

De outro lado, afirma-se que não é possível legislar sobre o núcleo duro da liberdade de imprensa. Em outras palavras, o Estado encontra-se proibido de regulamentar o que pode e como pode ser exercida a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.¹⁷ Trata-se de uma visão que defende ser o Estado o principal violador das liberdades de imprensa e de expressão, não reconhecendo o importante papel do Estado como promotor dessas liberdades.

Desse modo, a posição majoritária do STF assevera que a única forma de regulação sobre a liberdade de imprensa é a autorregulação, ou seja, a regulação que os próprios jornalistas e empresas jornalísticas fazem a partir da opinião dos indivíduos-consumidores.¹⁸

¹⁶ Nos termos do voto do Relator da ADPF 130: “Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens da personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam no tempo às secundas [...]” (STF, 2009, p. 4).

¹⁷ De acordo com o voto vencedor, “interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa [...]” (STF, 2009, p. 8).

¹⁸ Desse modo, o voto do relator da ADPF 130 afirma que: “É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade de sentir-

Por fim, assevera-se que a legislação comum (código civil, código penal, código processual civil e código processual penal) é adequada para regulamentar as liberdades de expressão, de pensamento e de imprensa.

Não existe a menor dúvida da importância da perspectiva liberal das liberdades de expressão e de imprensa por valorizar a autonomia dos cidadãos, dos jornalistas e das empresas de comunicação, apontando que muitas vezes o Estado atuou e pode atuar como um violador dessas liberdades.¹⁹ De outro lado, a visão liberal é incompleta, devendo essa perspectiva ser balanceada e equilibrada com as perspectivas democráticas e republicanas.²⁰ A incorporação de elementos democráticos e republicanos na liberdade de expressão e de imprensa constitui-se em determinação advinda do modelo de Estado adotado pela Constituição Brasileira de 1988 e por expressas normas constitucionais como o art. 221.²¹

5. Estruturas Filosóficas Democráticas e Republicanas do Estado Democrático de Direito e sua Influência nas Liberdades de Expressão e de Imprensa: Nova Lei de Imprensa

A prática e o pensamento democráticos valorizam a soberania popular e a igual consideração e respeito que todos os cidadãos merecem dos outros cidadãos e do Estado. Na

pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e os desvios jornalísticos” (STF, 2009, p. 9).

¹⁹ Em períodos de transição e busca de consolidação da democracia, como acontece no Brasil após o período de golpe de Estado de 1964-1985, é comum a visão do Estado como o maior inimigo das liberdades de expressão e de imprensa. Nesse sentido, correta a ponderação de Fiss (1995, p. 189): “Such an assumption about the unfriendly posture of the state is most understandable in a transitional democracy, where people have lived under a state dictatorship for many years and are now trying to escape from that horror”. De outro lado, o Brasil vive um período de democracia constitucional há mais de vinte anos, sendo necessário avançar e superar a visão de que sempre o Estado é o vilão no tema das liberdades de expressão e de imprensa.

²⁰ A crítica ao ultraliberalismo foi feita pelos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, que integraram a minoria que julgou parcialmente inconstitucional a Lei de Imprensa de 1967. De acordo com Joaquim Barbosa: “O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns [...]. Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob a ótica a respeito da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. [...]. É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados [...]” (STF, 2009, p. 110-111).

²¹ Assim prescreve o art. 221 da CF: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

democracia, as decisões mais importantes da comunidade necessitam ser amplamente discutidas pelos cidadãos e por seus representantes.²²

A soberania não deve residir nas mãos de um pequeno grupo (nobreza ou elite econômica e social), e sim nas opiniões e na razão construída pelos cidadãos. Contemporaneamente, nos Estados Democráticos de Direito, efetivaram-se o mecanismo da representação política e a regra da maioria para tomada de decisões.

Nos Estados contemporâneos, não é possível, na maior parte das situações, o exercício direto da soberania cotidianamente pelos cidadãos por meio da democracia direta.²³ Desse modo, ocorre o estabelecimento da representação política.

Para que os representantes atuem no interesse dos cidadãos, há a necessidade de os mandantes (povo, cidadãos) fiscalizarem os mandatários (representantes, agentes estatais) através da obtenção i) de informações sobre as ações e ii) da justificação dos resultados advindos da atuação dos agentes. Também, devem ser construídos instrumentos pelos quais o povo influencia os representantes.²⁴ Nesse contexto, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são fundamentais para a democracia.

Por meio das liberdades de expressão e de imprensa, os cidadãos, os jornalistas e as empresas de comunicação expressam seus pensamentos e ideias sobre temas centrais da vida em comunidade. Esses direitos, em uma sociedade democrática, permitem a produção de uma robusta opinião pública, que condiciona democraticamente a tomada de decisões pelos agentes estatais.²⁵

Desse modo, por exemplo, i) a decisão de alocação de recursos pelo Estado, ii) o estabelecimento de políticas públicas, iii) a alteração de leis, iv) a maior ou a menor intervenção do Estado na economia, v) o aprimoramento das interações entre os entes federativos e vi) a construção da eficiência da administração pública precisam ser debatidas de maneira plural pelos cidadãos e grupos sociais. Assim, a liberdade de expressão e a

²² Nesses termos, sustenta Waldron (1999, p. 37) a partir de forte defesa da soberania popular e da legislação como mecanismo de criação dos direitos e deveres sociais: “Since we disagree about which position should stand and be enforced in the name of the community, we need a process – a *political* process – to determine what position should be”.

²³ Rousseau (2005, p. 151), que é um crítico da democracia representativa e um defensor da democracia direta, afirma que esta se constitui em governo ideal, porém difícil (impossível) de ser concretizada nos Estados modernos em virtude, por exemplo: i) da grande extensão territorial dos países, ii) da impossibilidade de reunião constante dos cidadãos e iii) da grande valorização da vida privada que inexistia no período antigo.

²⁴ Sobre a atuação da soberania popular nas democracias contemporâneas, cf. Przeworski, 2006, p.52-59 e Manin; Przeworski; Stokes, 2006.

²⁵ Sobre a importância da liberdade de expressão e liberdade de imprensa para a construção da democracia, cf. Peruzzotti; Smulovitz, 2002, p. 23-52.

liberdade de imprensa são centrais na a promoção da manifestação e da discussão plural dos cidadãos sobre temas da sociedade civil e do Estado.²⁶

Ainda, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa constituem-se em mecanismos para a fiscalização e a cobrança dos agentes estatais. Por meio da liberdade de imprensa, o direito à informação torna-se efetivo, sendo informados os cidadãos sobre, por exemplo, i) as políticas de comunicação do Ministério da Comunicação, ii) a substancial inércia do Congresso Nacional para discutir com profundidade uma nova lei de imprensa e iii) as decisões jurisprudenciais importantes como a ADPF nº. 130, que julgou inconstitucional (não recepcionada) a Lei de Imprensa de 1967.

Desse modo, as informações e discussões promovidas pela liberdade de expressão e pela liberdade de imprensa permitem que os cidadãos utilizem o voto como uma forma mais adequada e esclarecida de escolher os agentes estatais eleitos. Ainda, o exercício dessas liberdades influencia a tomada de decisões dos agentes estatais não eleitos.

A estrutura do Estado Democrático de Direito também é conformada pelo republicanismo, que se constitui em doutrina política que valoriza as virtudes públicas. Enquanto o liberalismo defende a autonomia privada e o respeito ao espaço privado dos indivíduos, o republicanismo aponta a importância do estabelecimento de relações sociais na esfera pública e na construção de virtudes cívicas relevantes para os cidadãos e para os representantes (O'DONNELL, 1998, p. 30-33).

O republicanismo não desconsidera a importância da autonomia individual e do espaço privado, porém aponta que um modelo de autonomia pessoal mais complexo e republicano pressupõe desenvolvimento de laços e de sentimentos comunitários profundos. Pode-se dizer que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 foi substancialmente informada pelo republicanismo.

No preâmbulo dessa declaração observa-se a afirmação de que os seres humanos possuem direitos, porém, para que esses direitos sejam efetivados, há importância de desenvolver uma cultura também dos deveres.²⁷ A liberdade de expressão e a liberdade de

²⁶ Nesse sentido foi a manifestação do Ministro Joaquim Barbosa na ADPF n. 130: “É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *polis*, ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de decisão, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação, e quanto ao juízo a que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos. Contudo, não basta ter uma Imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente livre e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade de Imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração” (STF, 2009, p. 108-109).

²⁷ Nos termos da Declaração Americana: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, devem proceder fraternalmente uns para com os outros.

imprensa, no contexto republicano, são fundamentais para discutir e construir os deveres e os direitos que os cidadãos possuem. No contexto norte-americano, por exemplo, há a discussão sobre o dever que os cidadãos possuem em restringir os discursos e as manifestações pornográficas heterossexuais, as quais para alguns republicanos representam uma forma de opressão social sobre as mulheres e que mantém uma cultura sexista/machista (WALDRON, 2012, p.72-74).

De outro lado, as liberdades de expressão e de imprensa são essenciais para discutir os deveres dos agentes públicos e analisar o seu fiel cumprimento por meio da fiscalização dos cidadãos e dos órgãos de imprensa. Desse modo, é importante acomodar as pretensões liberais das liberdades de expressão e imprensa com as reivindicações democráticas e republicanas desses direitos.

A perspectiva ultraliberal das liberdades de expressão e de imprensa vê o Estado sempre como um violador desses direitos. As concepções democrática e republicana valorizam o respeito às autonomias individuais e a não atuação do Estado quando ele procure desrespeitar a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. De outro lado, o Estado possui um papel central de regulador de relações sociais i) para promover uma maior e melhor efetivação desses direitos, ii) para promover importantes valores sociais democráticos, republicanos e, até mesmo, liberais e iii) para equacionar o gozo dos diversos direitos fundamentais.

O equilíbrio desses valores liberais, democráticos e republicanos no tema da liberdade de expressão e liberdade de imprensa impõe a construção de uma lei de imprensa que seja intensamente debatida. A atividade de imprensa é fundamental no Estado Democrático de Direito e, ao contrário do que afirma a posição majoritária do STF, a legislação comum não é suficiente para regulamentar adequadamente as liberdades de expressão e liberdade de imprensa.

Não é correta a visão ultraliberal da liberdade de expressão, adotada pelo Relator da ADPF nº. 130 de que sempre as liberdades de imprensa e de expressão devem prevalecer *a priori* sobre os direitos à intimidade, à honra e à imagem. A importância que a liberdade de

O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam. É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e a sua máxima categoria. É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito” (OEA, 1948).

imprensa possui no Estado Democrático de Direito, de um lado, e os danos que a imprensa pode fazer para a vida dos cidadãos em caso de exposição indevida da intimidade e de violação não justificada da honra e da imagem, de outro lado, exigem a construção de uma lei de imprensa que estabelece regulamentação mais precisa e específica sobre a responsabilidade civil em caso de abuso de liberdades de expressão e imprensa.²⁸

A lei de imprensa também é relevante para construir uma regulamentação democraticamente discutida sobre o direito de resposta. O direito de resposta é essencial para retificar informações equivocadas e inexatas veiculadas pela imprensa, assim como pode ser aplicado em determinados casos de ofensa aos direitos da personalidade promovida pelas liberdades de expressão e de imprensa. Esse direito possui uma importante dimensão individual ao permitir que os indivíduos requeiram a retificação, porém a legislação também poderia concretizar sua dimensão transindividual.²⁹

Ainda, a visão ultraliberal do voto do Relator da ADPF n°. 130 encontra-se equivocada ao afirmar que somente a autorregulação e a regulação promovida pelos indivíduos-consumidores são possíveis na atividade de imprensa³⁰ Desse modo, há necessidade de construção de uma lei de imprensa para melhor concretizar as liberdades de imprensa e de expressão e equilibrar esses direitos com outros direitos e valores constitucionais.

6. Considerações Finais

A restrição estatal do exercício das liberdades de imprensa e de expressão representa forte entrave para o gozo desses direitos e para a própria estruturação do Estado Democrático de Direito. De outro lado, uma visão ultraliberal dessas liberdades promove violações inadequadas a outros direitos fundamentais e afronta relevantes ideias republicanas e democráticas.

A experiência do Direito Constitucional Americano deixa clara a relevância da perspectiva liberal, assim como corretamente aponta os equívocos de uma visão ultraliberal das liberdades de imprensa e de expressão. A recepção dessa corrente radical do liberalismo no Brasil pela maioria do STF formada na ADPF n°. 130 promove uma concepção

²⁸ Sobre essas questões, há a relevante contribuição do Projeto de Lei de Imprensa redigido por Comissão designada pela Ordem dos Advogados do Brasil - Conselho Federal (1991), que teve a presidência de Evandro Lins e Silva e a relatoria de René Ariel Dotti.

²⁹ Sobre o caráter transindividual do direito de resposta, cf. Binenbojm, 2006, p. 7.

³⁰ Nesse sentido, cf. Faraco, s.d., p. 19-24 e Binenbojm, 2006, p. 11-19.

constitucional inadequada, devendo os direitos fundamentais também serem compreendidos a partir das perspectivas democrática e republicana.

Após mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, há necessidade da construção de uma nova lei de imprensa que incorpore as três dimensões das liberdades de imprensa e de expressão. A elaboração desse novo ato normativo representa relevante oportunidade para enfrentar questões centrais dos referidos direitos como a) a colisão com outros direitos fundamentais, b) a responsabilidade civil por abuso dessas liberdades, c) o direito de resposta e d) a viabilidade e oportunidade de outros controles sobre a imprensa e órgãos de comunicação social.

Por óbvio, a construção da Nova Lei de Imprensa somente chegará a bom termo com discussões robustas e democráticas na sociedade civil, nas Universidades, nos veículos de imprensa e nos órgãos e poderes estatais.

7. Bibliografia

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ABERT). **Código de ética de radiofusão brasileira**. Brasília, 1993. Acesso em 05/08/2012. Disponível em:

http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&g_id=15&Itemid=99999999.

BINENBOJN, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista eletrônica de direito administrativo econômica**, n. 5, p. 1-19, fev.-abr. 2006. Acesso em: 04/07/2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Controle da qualidade de radiofusão** – mecanismos de aplicação do art. 221, IV, da Constituição Federal. S.d. Acesso em: 05/07/2012. Disponível em: <http://www.abert.org.br/site/images/stories/ccs/Controle-de-qualidade-da-televisao-Alexandre-Ditzel-Faraco.pdf>.

FISS, Owen M.. Building a free press. **Yale journal of international law**, v. 20, p. 187-202, 1995.

_____. **Liberalism divided: freedom of speech and the many uses of state power**. Boulder: Westview Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 2. ed. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. **Lua Nova**. N. 67, p. 105-138, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O'DONNELL, Guilherme. *Accountability* Horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, n. 44, São Paulo, p. 27-54, 1998.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Anteprojeto de lei de imprensa**. Diário do congresso nacional, p. 4763-4774, 14/08/1991.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Assembleia Geral. **Declaração americana dos direitos e dos deveres do homem**. 1948. Acesso em: 06/08/12. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/americana.htm>.

PERUZZOTTI, Enrique; SMULOVITZ, Catalina. *Accountability* social: la outra cara del control. In: _____. **Controlando la política**. Ciudadanos e medios en las nuevas democracias latinoamericanas. Buenos Aires: Editorial Temas, 2002, p. 23-52.

PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva *agent x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 39-73.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. Do contrato social. In: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2005, p. 1- 243.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130/DF**. Relator Ministro Carlos Britto. Publicação em 06/11/2009. DJe n. 208, p. 1-334.

U.S. SUPREME COURT. **Abrams vs. United States**, 250, p. 616-631, 1919. Acesso em 05/08/2012. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=250&invol=616>.

_____. **New York Times Co. vs. Sullivan**, 376, p. 254-305, 1964. Acesso em 05/08/2012. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>.

_____. **Brandenburg vs. Ohio**, 395, p. 444-457, 1969. Acesso em: 06/08/2012. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.