



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE RAMALHO GOMES

**LEI DE IMPRENSA: ANÁLISE DA ADPF Nº 130 E A DISCUSSÃO ACERCA DA
NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA**

BRASÍLIA

2010

PEDRO HENRIQUE RAMALHO GOMES

R.A: 2055608-9

**LEI DE IMPRENSA: ANÁLISE DA ADPF Nº 130 E A DISCUSSÃO ACERCA DA
NECESSIDADE DE UMA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Henrique Smidt Simon

BRASÍLIA
2010

À minha avó Rosa Moreira, in memoriam, segunda mãe, pelas incontáveis lições de vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primordialmente, a Deus por me proporcionar a paciência, a saúde e a paz de espírito necessárias para a realização deste estudo;

À minha família, instância fundamental de apoio e afeto;

À minha namorada, Sacha Brasil, pelo carinho incondicional;

Ao Ministro Lélío Bentes Corrêa pelas verdadeiras aulas de direito e de hombridade;

Ao meu orientador Henrique Smidt Simon por estimular e apoiar o meu trabalho; e

A todos aqueles que colaboraram para o pleno desenvolvimento deste estudo, em especial, Fernando Paulino e Ramiro Barroso.

"Dai-me a liberdade para saber, para falar e para discutir livremente, de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades." John Milton

RESUMO

A presente monografia, amparada por importante pesquisa bibliográfica, alude sobre a importância da intervenção legislativa na atividade dos meios de comunicação para se garantir um equilíbrio entre a função social da imprensa e a liberdade de expressão dos indivíduos . No primeiro capítulo, procede-se um estudo de caso da ADPF n.º 130, descrevendo quais foram os argumentos que nortearam a decisão incompatibilidade da Lei n.º 5.250/67 com a nova ordem constitucional do país. Daí, faz-se uma análise teórica e histórica da função da imprensa na esfera pública, constatando a necessidade de elaboração de um instrumento normativo próprio para garantir a função democrática exercida pelos meios de comunicação nas sociedades contemporâneas. No último capítulo, retoma-se a discussão travada no Supremo Tribunal Federal acerca da insuficiência regulatória da Lei de Imprensa, percebendo-se, ainda, a ausência no ordenamento jurídico pátrio de instrumentos normativos capazes de materializar as diretrizes constitucionais referentes ao direito fundamental à livre expressão. Conclui-se, por outro lado, que a inércia legislativa por parte do Estado abre espaço para a configuração de um panorama avesso aos ideais democráticos, marcado por assimetrias de acesso aos veículos de comunicação e concentração da propriedade destes.

Palavras-chave: Direito Constitucional - Liberdade de imprensa - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130 - Regulamentação da Imprensa - Insuficiência legislativa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Incompatibilidade da Lei n.º 5.250/67 com a nova ordem jurídica.....	10
1.1 A retomada da discussão no Supremo.....	14
1.2 Revogação da Lei de Imprensa.....	28
2 Correlação entre a regulamentação da imprensa na América e a consolidação na esfera pública.....	31
2.1 Restrições à imprensa: origens e a dinâmica do modelo brasileiro.....	33
2.2 Comunicação e Democracia: fluxo do poder deliberativo na esfera pública política.....	42
2.3 Atuação dos meios de comunicação na esfera pública e a efetivação da liberdade de expressão....	46
2.4 Concentração dos meios de comunicação e o cerceamento do direito à comunicação.....	51
3 Diretrizes constitucionais e a insuficiência da Lei n.º 5.250/1967.....	57
3.1 Compatibilidade da regulamentação da liberdade de imprensa com a nove ordem constitucional.....	58
3.2 Liberdade de Manifestação de Pensamento e Informação: Lei de Imprensa e a perpetuação da ausência de regulamentação.....	64
3.3 Liberdade de Expressão: contraste entre a realidade e as diretrizes constitucionais.....	75
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

INTRODUÇÃO

A finalidade deste estudo é desenvolver, no âmbito do direito constitucional e da comunicação social, uma pesquisa capaz de vincular o enfoque filosófico-social da atividade da imprensa na esfera pública com a necessidade de regulamentação desta, com ânimo de garantir um pleno exercício da liberdade de expressão, bem como o acesso à informação, por parte da sociedade em relação aos meios de comunicação social.

De início, o trabalho apresenta um estudo de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130, desenvolvendo uma sistematização dos argumentos norteadores do julgamento. Organizam-se, assim, os discursos dos ministros em três frentes, destacando-se as divergências hermenêuticas entre elas, bem como suas similaridades. Desta forma, busca-se no primeiro capítulo o estabelecimento do ponto de partida da discussão da presente obra, definindo os contornos da controvérsia abordada pelo Supremo Tribunal Federal.

Já no segundo capítulo, procura-se por meio de um histórico das regulamentações da imprensa no país, aliado a um cabedal teórico acerca da função desempenhada por esta na consolidação da esfera pública, perceber a indubitável importância dos meios de comunicação para a materialização da liberdade de expressão. Constata-se, ainda, quanto ao referido escopo histórico, a ausência, nas leis anteriores, de mecanismos que viabilizassem o exercício da liberdade de expressão por meio dos veículos de comunicação, ficando este direito fundamental limitado às relações intersubjetivas.

Entretanto, com espeque no trabalho realizado por Habermas, destaca-se a importância da imprensa na mediação dos diferentes debates travados nas esferas públicas parciais, proporcionando a chamada “circulação do poder deliberativo”, condição basilar de um regime democrático. Deste modo, procura-se tornar cristalina a fundamental relevância da atividade da imprensa para a garantia de um Estado verdadeiramente democrático.

Em um terceiro momento, todavia, retorna-se à análise do julgamento da

ADPF procurando encontrar pontos de compatibilidade e satisfatoriedade entre a revogada Lei n.º 5.250 e as diretrizes constitucionais. Contudo, apesar de encontrar na referida lei dispositivos que não manifestam contrariedade aos preceitos constitucionais, detecta-se que estes artigos não conseguem suplantar a necessidade de garantia de um efetivo exercício dos direitos que visam proteger. Destaca-se para análise o caso da liberdade de manifestação de pensamento e informação, previsto no primeiro capítulo da lei revogada, demonstrando que os artigos referentes a este direito não conseguem superar seu caráter abstrato, revelando-se inservíveis para o fim colimado pelo legislador.

Assim, ante a ausência de regulamentação específica, faz-se, com arrimo nos mencionados pressupostos teóricos, um confronto entre a realidade atual dos meios de comunicação brasileiros, em especial os jornais, com a função de suporte à democracia que deveria ser realizada por estes. Percebe-se, deste modo, que em sua dinâmica atual os veículos de comunicação revelam elevadas assimetrias em relação ao acesso e veiculação dos diferentes argumentos, públicos e arenas do material propalado por estes meios, demonstrando, uma série de obstáculos ao pleno exercício da liberdade de expressão.

Dentre os principais estorvos a real fruição desta garantia fundamental, destaca-se: a ausência de mecanismos legais para garantir a materialização deste direito e a concentração da propriedade dos veículos de comunicação nas mãos de um seletivo grupo de empresas. Conforme será elucidado, apesar de muitos considerarem a liberdade de expressão um direito fundamental de status negativo, pugnando por uma conduta de abstenção estatal, nota-se que o texto constitucional não só autoriza a elaboração de instrumentos legais para o efetivo exercício de tal direito, como também clama por essa intervenção, como medida de garantir aplicabilidade e efetividade à diretriz constitucional.

Assim, a partir de uma discussão trazida pela ADPF nº 130, passa-se a avaliar como foi feita a regulamentação acerca da imprensa no país, detectando as possíveis carências legislativas que justifiquem a descaracterização contemporânea da função da imprensa, saindo de um elemento de defesa e sustentação do regime democrático para um fator legitimador da restrição da circulação do poder deliberativo dentro da sociedade.

CAPÍTULO I

1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130: Incompatibilidade da Lei 5.250/1967 com a nova ordem jurídica

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) protocolou, em 19/02/2008, petição em que se propunha Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em face da Lei 5.250/1967. Elaborada pelo deputado Miro Teixeira, tinha por objetivo a declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, da incompatibilidade da chamada Lei de Imprensa com a nova ordem jurídica promovida pela Constituição da República de 1988, entendendo pela revogação dos dispositivos lesivos aos preceitos fundamentais assegurados pelo poder constituinte.

Ressalte-se, por oportuno, que a articulação argumentativa presente na exordial, respeitando o princípio da eventualidade, comportava dois pedidos subsidiários: incompatibilidade total e incompatibilidade relativa ou hermenêutica da Lei 5.250/1967. Quanto ao primeiro, pleiteou a declaração da revogação da Lei de Imprensa em sua plenitude, alegando que, da forma como está redigida, tal lei não se prestava como instrumento normativo destinado a coordenar as relações entre os princípios que informam a liberdade de comunicação, sustentando que determinados dispositivos da Lei de Imprensa não haviam sido recepcionados pela Constituição da República de 1988.

Alegou que a insubsistência da Lei de Imprensa se dava em dois aspectos: temporal e material. Quanto ao primeiro, cita José Cretella Neto ao afirmar a caducidade da lei, alegando que este instrumento normativo foi outorgado, sancionado e publicado sob realidade política diversa, versando sobre aspectos históricos, econômicos e sociais hoje não mais presentes na sociedade brasileira (NETO, 2005, p. 9-11). Relativo ao seu aspecto material, destacou a presença de dispositivos prejudiciais à liberdade de comunicação, sendo voltados à manutenção do regime ditatorial. Mais uma vez faz referência ao professor Cretella Neto ao afirmar que o regime militar impôs, momentos após a promulgação da Lei 5250/1967, severas restrições à atividade jornalística, com a ampliação dos delitos de imprensa pela chamada Lei de Segurança Nacional (LSN), Decreto-Lei n.º 898, de 29.09.1969, revelando a intenção draconiana do Estado Autoritário em cercear o direito à liberdade de expressão no Brasil.

De forma subsidiária, postulou pela revogação:

“da parte inicial do § 2.º do artigo 1.º (as expressões: “(...) a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem (...)”); §2.º do art. 2º; a íntegra dos arts. 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; parte final do art. 56 (as expressões: “(...) e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data de publicação ou transmissão que lhe der causa”); §§ 3.º e 6.º do art. 57; §§ 1.º e 2.º do art. 60; a íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. Além disso, requereu a fixação de interpretação, consonante com a Constituição da República de 1988, do “§ 1.º do art. 1.º; da parte final do caput do art.2º; do art. 14; do inciso I do art. 16; do art. 17; do art. 37; e em relação à lei em geral”¹ .

Em 21 de fevereiro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu parcialmente a liminar requerida pelo partido, determinando que os magistrados suspendessem o andamento dos processos e os efeitos de decisões judiciais que tratam sobre matéria estabelecida em 20 artigos da Lei. Na ocasião, o Supremo autorizou os juízes de todo o país a utilizar, quando cabível, regras dos Códigos Penal e Civil para julgar processos sobre os dispositivos da lei que foram suspensos.

Naquela oportunidade, o Presidente do Congresso Nacional, comunicou a tramitação dois projetos de lei, um de autoria do Senador Marcelo Crivella e outro do Senador Romero Jucá. O primeiro, com intuito de modificar a Lei 5.250/1967, acrescentava parágrafos ao artigo 12 da referida lei, bem como um novo artigo, introduzindo dispositivos que disciplinassem a divulgação de informações lesivas à honra e imagem do indivíduo. Quanto ao segundo, introduzia também substâncias mudanças na Lei, especialmente quanto ao direito de resposta.

A Advocacia Geral da União (AGU) enviou ao Supremo Tribunal Federal, em junho de 2008, um parecer no qual opinava pela manutenção de alguns dispositivos da Lei de Imprensa, contrariando o intento do Partido Democrático Trabalhista. Segundo o autor do parecer, o advogado da União Sérgio Tapety, a lei de fato apresentava alguns dispositivos não

¹ ADPF. Petição Inicial.Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=130&processo=130>>. P.49.

recepcionados pela Constituição da República de 1988, como os artigos 51 e 52, que determinavam limites para a indenização por danos morais ocasionados pela imprensa. Entretanto, o advogado da União entendeu que boa parte dos artigos da Lei n.º 5.250/1967 estavam em consonância com os preceitos constitucionais.

Sustentou, para tanto, que os artigos 20, 21 e 22 do referido diploma legal, que tratavam dos crimes contra a honra praticados pelos meios de comunicação, guardavam relação harmoniosa com os princípios constitucionais. Asseverou que os veículos midiáticos, em razão da natureza de sua atividade e potencial lesivo, devem estar sujeitos a uma pena maior para os crimes de calúnia, difamação e injúria. Alega que, em decorrência da “potencialização do dano à honra da vítima”, o Estado deveria atuar de maneira proporcional ao ato lesivo, buscando, por conseguinte, prevenir e reprimir as ações injuriosas da mídia.

O parecer defende que a liberdade de imprensa, apesar de assegurada pela Constituição, não pode sobrepor-se a outras garantias fundamentais, cabendo ao Estado mediar de forma proporcional essa relação, evitando, assim, que “o exercício de um direito degenera em um abuso”.

Para concluir, a Advocacia Geral da União aduziu que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental promovida pelo PDT carecia de exatidão e fundamentos, constituindo mera alegação genérica e abstrata. Segundo a AGU, não merece prosperar a alegação de não-recepção de toda a Lei de Imprensa, quando apenas alguns de seus dispositivos foram impugnados. Para a instituição, seria necessária maior especificidade da petição inicial apresentada pelo argüente, com indicação clara e específica de todos os dispositivos constitucionais, acompanhados da devida fundamentação jurídica.

Em setembro de 2008, a decisão foi prorrogada por mais seis meses a pedido do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ação, que alegou falta de tempo para analisar o mérito da questão.

Em parecer encaminhado ao Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2008, o procurador-geral da República em exercício, Roberto Monteiro Gurgel, entendeu pela procedência parcial do pedido de revogação da Lei n.º 5.250/1967. Para tanto, afirmou que a liberdade de expressão adquire papel fundamental, na razão em que se torna substrato necessário para se proporcionar o direito à informação, corolário para se construir um “Estado verdadeiramente Democrático de Direito”.

Gurgel ressaltou, na introdução da argumentação do parecer, a importância da discussão travada na instância suprema do Poder Judiciário do país. Afirmou estar em jogo a concepção de Estado e de Direito, tratando-se de debate acerca da espinha dorsal que sustenta a estrutura orgânica e sistêmica da República. Asseverou que discutir liberdade de expressão pressupõe reconsiderar os padrões de democracia existentes, optando-se por aqueles que se quer construir. A partir daí, avalia-se o papel dos direitos fundamentais como instrumentos capazes de conferir legitimidade ao poder.

O Procurador afirmou, na oportunidade, que a noção liberal clássica de liberdade de imprensa ainda estava atrelada a uma visão de autonomia privada. Tal entendimento teve por consequência o direcionamento dos debates para uma delicada conjuntura bipolarizada de exercício de direitos fundamentais: de um lado a liberdade de expressão e informação e, de outro, direitos personalíssimos de intimidade, honra e vida privada.

Realizou uma análise comparada de diferentes tratamentos jurídicos dados à liberdade de expressão em alguns países ocidentais, citando como exemplos de visões extremadas a Alemanha e os Estados Unidos. Ressaltou que a existência de conflitos principiológicos é ponto comum a estes países, criando uma relação polarizada entre o princípio da liberdade de expressão e os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. No tocante ao país germânico, procurou caracterizar a soberania dos direitos da personalidade sobre a livre manifestação do pensamento. Sustentou que, na Alemanha, a Corte Constitucional enfatiza o princípio da dignidade humana, subordinando a liberdade de expressão à preservação da reputação, privacidade e intimidade das pessoas. Ele atribui a origem dessa ênfase ao histórico de violências cometidas contra os judeus pelo Terceiro Reich e à propaganda do ódio racial que culminou no holocausto e na 2ª Guerra Mundial. Conclui que “o sistema constitucional alemão não se preocupava tanto com a proteção à liberdade de expressão e informação, mas primordialmente com os reflexos que daí pudessem surgir em prejuízo à dignidade humana”.

Em contrapartida, afirmou que o modelo americano prioriza a liberdade de expressão, sendo um dos pilares do ideal democrático americano. Diz que a Suprema Corte americana garante uma proteção à liberdade de expressão sem precedentes no mundo, assegurando que o Estado não deve intervir no conteúdo das matérias divulgadas.

Após o estudo comparado da liberdade de expressão, Gurgel procura entender o modelo brasileiro. Desta forma, chega à conclusão de que o regime jurídico conferido à liberdade de expressão e informação em grande parte das democracias ocidentais, incluindo o Brasil, seria fruto de uma mescla entre os extremos alemão, embasado na dignidade da pessoa, e norte-americano, estruturado na liberdade. Propõe que se adote no Brasil um modelo capaz de gerar uma relação harmônica entre os direitos à intimidade e à liberdade de informação.

1.1 A retomada da discussão no Supremo Tribunal Federal

A discussão sobre uma nova Lei de Imprensa compatível com as diretrizes da “Constituição Cidadã” não se constitui fato recente. Há quase duas décadas, tramita no Congresso Nacional projeto de uma nova Lei de Imprensa, de autoria do ex-Senador Josaphat Marinho, com o compromisso de restabelecer a consonância entre a normatização da imprensa e o hodierno texto constitucional (NETO, 2004, p.11). Em 1991, a primeira versão do projeto de uma nova Lei de Imprensa foi aprovada pelo Senado. Três anos depois, a Câmara dos Deputados, pela Comissão de Comunicação, aprovou na Comissão de Constituição e Justiça, uma terceira versão do projeto de lei para substituir a lei 5.250/1967, tendo por relator o deputado Vilmar Rocha. Em que pese a grande morosidade da tramitação, é necessário considerar a complexidade da matéria, ocasionando uma série de revisões do projeto a ponto de fornecer à sociedade algo compatível com seus anseios ao propor-se a revogar de maneira inequívoca os dispositivos autoritários da Lei de Imprensa em vigor - a Lei nº 5.250/67 - que instituem a censura prévia, a apreensão de publicações, a prisão de jornalistas e até a proteção das autoridades diante do trabalho investigativo da imprensa.

Segundo Neto, o âmago da problemática acerca da edição de projeto da nova lei de imprensa é a pouca receptividade demonstrada pelo Poder Legislativo para regulamentar os artigos 220 a 224 da Constituição, que trata da democratização dos meios de comunicação. Para ele, esse é um tema excessivamente polêmico, não encontrando consenso sequer na classe jornalística.

Ressalte-se que não é a primeira ocasião em que a Lei de Imprensa é alvo de ação para reconhecer a incompatibilidade com a Constituição em vigor. Em 1992, foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) em que se alegava a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250/67. Naquela oportunidade, acolhendo a teoria

kelseniana de que toda nova Constituição priva de eficácia as leis com ela incompatíveis, a ação não foi conhecida por impossibilidade jurídica do pedido, acórdão relatado pelo ministro Paulo Brossard, alegando que “o vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as”. (ADIn n. 2-1/600, Min. Paulo Brossard, publicado no Diário de Justiça de 21/11/1997).

Passados pouco mais de quinze anos do julgamento da ADIn 2-1/600, o debate acerca da incompatibilidade da Lei de Imprensa com o texto constitucional voltou a tomar espaço no STF em razão do julgamento da ADPF n.º 130. Pode-se dividir a discussão quanto à compatibilidade da Lei de Imprensa em três frentes de posicionamento: os que defendiam revogação completa ou parcial da lei, arguindo a inconstitucionalidade e incompatibilidade com o cenário político atual; os que sustentavam uma revogação parcial, alegando a existência de um cerne constitucional na lei em questão; e, por fim, aqueles que advogavam a manutenção integral da lei, no período em que o Poder Legislativo estivesse elaborando um novo texto normativo, evitando-se, assim, um “vácuo normativo”.

Frise-se, por oportuno, que, apesar da aparência de contradição entre essas frentes, há um ponto significativamente comum: a incompatibilidade da lei com o cenário atual. Importante notar que, mesmo aquelas que se posicionam no sentido da manutenção do texto legal, imputam a tal ato um aspecto de provisoriedade. Não se preocupam em defender a constitucionalidade da lei de forma aprofundada, preferindo, no entanto, com fulcro no interesse público, evitar a insegurança jurídica causada por essa ausência de normatização específica.

Para a primeira vertente, a Lei de Imprensa, promulgada em plena ditadura, não possuía compatibilidade com a realidade brasileira. Dizia que as penas eram exageradamente severas e retrógradas, constituindo uma forma de represália à prática jornalística no país, com baixa representatividade das necessidades sociais. Uma lei de quarenta anos atrás não poderia prever a velocidade do tráfego de informações da comunicação contemporânea, tampouco entender as complexas decorrências de uma rede mundial de computadores.

Essa foi a posição majoritária no julgamento da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 30 de abril de 2009. Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.

Carlos Ayres Britto, em sua pormenorizada análise da questão, abordou o limite da proteção constitucional da liberdade de imprensa e a relevância do tema em países de democracia consolidada, como os Estados Unidos da América. O ministro também ressaltou que Constituição brasileira reservou um capítulo específico para a imprensa devido à sua importância na sociedade. Ayres Britto afirmou, ainda, que a imprensa moderna é vista como um instrumento institucional que desempenha funções diversas, um mecanismo de caráter multifuncional. Disse que as atribuições da imprensa transitam da informação em geral à denúncia e cobrança de medidas corretivas, devendo ser realizada necessária análise do conteúdo informado para a investigação. Afirmou que é papel da imprensa investigar qualquer conduta que entender não se relacionar ao esquadro jurídico e dos padrões minimamente aceitáveis como próprios da experiência humana em determinada quadra histórica.

Após as considerações iniciais, o ministro relator adentrou ao cerne da discussão com um importante ponto de reflexão, afirmando ser a imprensa a verdadeira irmã siamesa da democracia, ela passaria a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos. “Até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma (ganha-se costas largas ou visibilidade – é fato –, se as liberdades de pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor jornalístico, ou quando vem a lume por veículo de comunicação social)”².

Entendeu, Ayres Britto, que a Constituição Federal contemplando grande rol de princípios fundamentais, como os bens jurídicos de personalidade, fixou a precedência das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu, as quais não poderiam sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, inclusive de emendas

² Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Publicada no DJE de 06/11/2009. p. 55

constitucionais, sendo reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de imprensa. Afirmou que isso estaria conciliado, de forma contemporânea, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; a posteriori, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo, ainda, do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, entretanto, em situação de maior rigor do que a aplicável em relação aos indivíduos em geral.

Em análise conclusiva, Ayres Britto considerou de excepcional relevância a questão da primazia das liberdades de pensamento e de expressão lato sensu. Aduziu serem estas liberdades que não podem sofrer controle “nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se” (fl.55). Ademais, alegou que tais garantias são reforçadamente protegidas quando exercitadas como atividade profissional e como atividade de qualquer dos órgãos de Comunicação Social..

O voto da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha acompanhou as diretrizes de posicionamento do relator. Em seu discurso, afirmou que a Lei de Imprensa tem por marco inicial a intenção de tolher a liberdade de expressão. Acrescentou, ainda, que o ordenamento jurídico já dispõe de mecanismos para combater e sanar todos os abusos que eventualmente ocorram sob o manto da liberdade de imprensa.

Exaltou a liberdade de imprensa como manifestação mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana. Afirmou que “quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menos a dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes”(fl.97). Ocorre que a Lei nº 5.250 trata de prever que toda liberdade seria um abuso do exercício e não apensa o uso, que, nos termos da Constituição de 88, é plenamente garantida até como uma forma de se dar plena expressão à liberdade da pessoa e à sua dignidade.

A ministra fez, ainda, uma análise dos diferentes ordenamentos jurídicos, chegando à conclusão que existe um grande número de Estados Democráticos que dispõe de uma lei de imprensa, não sendo, contudo, considerados antidemocráticos. Finalizou seu voto

com a citação de um discurso proferido no Senado, em 1914, por Rui Barbosa, que versava sobre a lei de imprensa, disse: "Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do direito comum, os do Código Penal, os da Constituição em vigor" (fl.300). Completou o célebre jurista: "A ela - liberdade de imprensa- exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama" (fl.300).

O posicionamento do ministro Ricardo Lewandowski teve algumas semelhanças com o da Ministra Carmen Lúcia. Afirmou que o texto da lei, além de não se harmonizar com os princípios democráticos e republicanos presentes na Carta Magna, é plenamente dispensável, supérfluo, porquanto a matéria já se encontra regulamentada pela própria Constituição. "Trata-se, ademais, de um texto legal totalmente supérfluo, porque a matéria nele contida já se encontra, no que interessa à cidadania, regulada por inteiro no texto constitucional" (fl. 101).

Enunciou diversos dispositivos constitucionais que garantiriam o direito à manifestação de pensamento, dentre eles o direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Afirmou que, de um lado, o texto constitucional, nos artigos 5º, incisos IV e IX, e 200 assegura o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura. Em esteira diversa, os artigos 5º, incisos V e X, a Carta Magna garantem o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

O ministro procurou esclarecer uma preocupação de alguns juristas e doutrinadores no sentido de que se a lei fosse totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. Este argumento se funda no caráter genérico do tratamento da matéria na Constituição, artigo 5º, V, que assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo". Portanto, pontuou Lewandowski, "trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre os meios e os fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário" (fl. 103).

Quanto à indenização por dano material, aduziu o ministro que o valor é

aferido objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial, caso necessário. Já quanto à indenização por dano moral, afirmou que esta vem sendo ordinariamente estabelecida pelos juízes e tribunais, “com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da equidade e da razoabilidade, além de outros critérios como o da gravidade e a extensão do dano; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; e a condição financeira do ofendido e do ofensor” (fl. 104).

Finalizou o ministro realizando breve estudo comparado, que nos países onde a imprensa é mais livre, onde a “democracia deita raízes mais profundas”, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja submetida a qualquer disciplina legal.

Carlos Alberto Menezes Direito iniciou seu pronunciamento destacando o relevante papel social da imprensa na fiscalização das atividades estatais. O ministro afirmou ser a imprensa a única instituição munida de flexibilidade para expor as mazelas do Executivo, sendo de competência de outras instituições à tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa possui uma missão democrática, porquanto o cidadão depende da atividade desempenhada por ela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Portanto, para o ministro, é fundamental que a imprensa tenha autonomia em relação ao Estado. Afirmou, ainda, não haver espaço para tolhimentos à liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas, revelando a existência de permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e os de liberdade de informação e expressão. “Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias” (fl. 91).

Em seu voto, Menezes Direito ressaltou a necessidade de certo cuidado para a composição dos conflitos principiológicos que envolvam a liberdade de imprensa, atribuindo à proporcionalidade a forma de solucionar os embates entre direitos fundamentais. Reiterou a importância da discussão acerca da liberdade de expressão em um regime democrático, afirmando ser este “valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história”(fl.91).

O ministro Celso de Mello também acompanhou o relator da ADPF, entendendo pela incompatibilidade plena da Lei de Imprensa com a Constituição de 1988, votando procedente a ação. O decano do Supremo Tribunal Federal asseverou não existir nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento. Aduziu que nenhuma pessoa desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, “mostra-se intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de extração eminentemente Constitucional” (fl. 148).

Celso de Mello iniciou seu voto fazendo referência à Conferência Hemisférica sobre liberdade de expressão, realizada em 1994 no Castelo de Chapultepec, na Cidade do México. Naquele ano, elaborou-se uma Carta de Princípios norteadora dos regimes democráticos que deveria ser objeto de constante observância e respeito por parte do Estado. Consignou-se naquele documento que a liberdade de imprensa constitui condição essencial “para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade não devendo existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação” (fl. 145-146)..

Contudo, em que pese a proteção conferida à liberdade de expressão, salientou o ministro que tal liberdade, como qualquer outro direito, não tem caráter absoluto, fazendo menção ao direito à vida e sua paradigmática relativização, a possibilidade de pena de morte nos casos de guerra, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, da Carta Magna. Ponderou, deste modo, que mesmo tendo o direito de informar fundamento constitucional, o seu exercício abusivo, com exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil, atrairá o poder punitivo do Estado, podendo haver, ainda, o dever de indenizar. Tal garantia, que reconhece a quem se sentir lesado o direito de pleitear indenização por danos materiais e morais, está expressamente explicitada no texto constitucional - artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República de 1988.

Destacou a problemática acerca do conflito de princípios fundamentais, alegando que o mesmo texto constitucional que promulga a liberdade de expressão confere igual proteção a outros direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, direito à privacidade e direito de resposta. Os referidos direitos funcionariam como restrições constitucionais à liberdade de imprensa, cabendo ao Poder Judiciário, ante um

conflito principiológico, ponderar qual direito deverá prevalecer em cada caso, com arrimo no princípio da proporcionalidade.

Quanto à controvérsia referente ao direito de resposta, o ministro lembrou que o direito de resposta contra previsão no ordenamento jurídico pátrio desde 1923, com a Lei Adolpho Gordo. Com a Carta Política de 1988, esse direito alcançou status constitucional - artigo 5º, V - se qualificando como norma de suficiente densidade normativa, podendo ser aplicada de forma imediata e independente, não havendo falar necessidade de regulamentação legal.

O ministro Cezar Peluso manifestou igualmente concordância com o entendimento exarado no voto do ministro Ayres Britto, porém fez ressalvas quanto à fundamentação do relator. Sustentou que a doutrina, sobretudo no Direito norte-americano, propõe algumas posturas extremadas quanto à liberdade de expressão. Afirmou que constitui temática pacífica na doutrina e jurisprudência pátria 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 unimoda”(fl. 122). Ponderou que quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, por lógico, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais, dispostas no artigo 220 e nas normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma “plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais” (fl. 123).

Concluiu que a liberdade de imprensa é plena nos “limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição” (fl. 123). Destacou ser evidente que a Constituição estabelece limites predefinidos ao exercício de tal direito, pontuados, por exemplo, na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Alegou, ainda, que “a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segunda as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana” (fl. 123).

Por derradeiro, o ministro avaliou ser plenamente compatível com o sistema constitucional uma lei que regule a liberdade de expressão. Quanto às alegadas lacunas que seriam deixadas pela revogação da Lei n.º 5.250/67, disse que até a edição de nova lei de imprensa pelo Congresso Nacional, se este o julgar devido, se deve incumbir o Judiciário da competência para decidir questões relacionadas, sobretudo, ao direito de resposta e a temas

correlatos.

A segunda frente opinava pela revogação parcial da lei, acreditando existir nela um “núcleo vivo”, garantidor de alguma segurança jurídica, sem prejudicar direitos fundamentais. A Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), por exemplo, defendia a revogação dos artigos considerados autoritários e inconstitucionais, mas também advogava pela manutenção dos demais artigos até que o Congresso Nacional votasse um novo texto para reger as relações da sociedade com os veículos de imprensa e, em especial, os seus profissionais. A entidade se posicionava à favor da aprovação do texto legal substitutivo do ex-deputado Vilmar Rocha ao Projeto de Lei nº 3.232/1992, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, mas que aguarda votação terminativa há mais de 10 anos. Havia, porém, dentro dessa linha, algumas divergências quanto ao que deveria ou não ser mantido pela nova lei. Para algumas empresas, entre elas o jornal O Estado de S. Paulo, devia haver uma “lei mínima” de imprensa, dando-se maior liberdade à imprensa moderna.

Corroboraram com essa frente os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que se pronunciaram pela parcial procedência da ação. De acordo com o presidente do STF, o direito de resposta encontra previsão em âmbito constitucional, porém necessitando, no plano infraconstitucional, de normas de organização e procedimento para viabilizar o seu efetivo exercício. Atentando-se para a insegurança jurídica que poderia ser gerada com a revogação integral da Lei de Imprensa, lançou mão dos seguintes argumentos: "Nós estamos desequilibrando a relação, agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais; nós também vamos aumentar a perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança também diante das criações que certamente virão por parte de todos os juízes competentes".

O ministro Joaquim Barbosa foi o primeiro a manifestar-se pela procedência parcial da ação. Alegou, para tanto, que os artigos que versavam sobre os tipos penais de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social deveriam ser mantidos, porquanto compatíveis com a Constituição Federal. Afirmou que o tratamento específico dessas figuras penais em um complexo normativo próprio se justificaria em razão da grande intensidade do dano, quando praticado pela imprensa, causado à imagem da pessoa ofendida.

Quanto à questão de fundo, a problemática da normatização da atividade jornalística, defendeu que não basta ter uma imprensa livre, sendo preciso que seja diversa e plural, "de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de idéias e pensamento aos mais diversos segmentos da sociedade" (fl. 108). Em nítida crítica aos grupos hegemônicos que dominam o mercado da informação, concluiu que a diversidade da imprensa deve ser plena, devendo-se impedir a concentração de mídia que, em seu entender, seria algo extremamente prejudicial à democracia. Afirmou que "é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração" (fl. 109). Afirmou que situações como as existentes em alguns estados do país, nos quais grupos "hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos" (fl. 109).

No tocante ao preconceito e aos crimes de guerra, Barbosa, corroborando com o posicionamento da ministra Ellen Gracie, votou pela manutenção dos dispositivos legais que tratavam desse tema. Todavia, aduziu que o julgamento da ADPF não estava levando em consideração um importante fator da interação humana: o respeito. Afirmou que é necessário que a liberdade de imprensa seja também considerada sob a perspectiva do respeito "da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação" (fl. 110).

Ponderou, ainda, que o Estado poderia, sim, intervir no uso do direito da livre expressão, e não de maneira negativa e repressora, como muitos entendem. Alegou, ainda, que "o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente e inconscientemente, silenciar e marginalizar" (fl. 111). Concluiu, por fim, que a mera supressão das expressões ligadas à atividade discriminatória se assemelhará a admitir que, a partir de então, a proteção constitucional à liberdade de imprensa "compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados" (fls. 132-133).

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, acompanhou a divergência iniciada

pelo ministro Joaquim Barbosa, votando pela procedência parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Segundo a ministra, a interpretação do artigo 220 da Constituição Federal de 1988 – que enuncia que nenhum diploma legal pode se constituir em embaraço à plena liberdade de informação – deve se pautar no sentido de que a lei que tratar dessas garantias não deverá impor obstáculos ao exercício da liberdade de informação.

Iniciou a fundamentação de seu voto, em consonância com a fundamentação do relator, afirmando que a imprensa deve ser essencialmente livre ou então não seria imprensa, não sendo o Estado competente para se fazer intermediário entre as atividades de expressão e informação, e a sociedade. Entretanto, disse não observar a existência de uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal a fim de permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as outras garantias individuais. Divergiu, portanto, da fundamentação do ministro Ayres Britto quanto ao fato da proteção dada pela Constituição às liberdades de pensamento e de expressão impede toda e qualquer atuação legiferantes do Estado em matéria de imprensa. Aduziu 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” (fl. 128).

Firmou entendimento no sentido de que o disposto no artigo 220 da Constituição da República, quando aduz que nenhum instrumento normativo conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV, “quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação” (fl. 128). Ademais, concluiu que seria competência do Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou real embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme o disposto no artigo 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, XIII e XIV do seu artigo 5º.

Quanto à natureza das condutas lesivas cometidas pelos veículos de comunicação social, compartilhando da linha inaugurada pelo ministro Joaquim Barbosa, entendeu que “a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quanto maior for

a sua extensão, maior agravante trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá” (fl. 127).

O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, também entendeu pela procedência parcial da ADPF n.º 130, pleiteando a manutenção das regras que disciplinam o direito de resposta constantes da Lei de Imprensa. Discordando do posicionamento majoritário da Suprema Corte brasileira, pugnou pela necessidade de regulamentação do citado direito, afirmou que "o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício" (fl. 263).

O ministro adentrou a controvérsia acerca da vedação à restrição legislativa da liberdade de imprensa afirmando que “a positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo não impediu, contudo, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo” (fl. 210). A análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos constitucionais. A história de progressiva efetivação do valor da liberdade de imprensa se confunde com a própria história de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa.

Destacou a existência de duas vertentes, aferidas com base na jurisprudência de algumas Cortes internacionais, sobre o conceito e conteúdo da liberdade de imprensa no debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita. Da primeira, derivada do modelo norte-americano, conclui-se que “formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do "mercado das idéias" (fls. 210-211) e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso Abrams; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no Voto de Louis D. Brandeis no caso Whitney v. California”.

Já da segunda, tem-se que na Alemanha, o chamado Tribunal Federal Constitucional, “por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso caso Lüth, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos

direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa” (fl. 217).

No decorrer do voto, a controvérsia em relação ao direito de resposta resultou em diferentes posicionamentos dos ministros. Gilmar Mendes disse ver com grande dificuldade a supressão das regras da Lei de Imprensa. "Nós estamos desequilibrando a relação, agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais; nós também vamos aumentar a perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança também diante das criações que certamente virão por parte de todos os juízes competentes" (fl. 266).

O ministro previu fenômenos que podem surgir a partir da jurisprudência no sentido da revogação da lei, especialmente o direito de resposta: um de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e eventualmente até exóticas, ou um caso estranho de ultratividade dessa lei que não foi recebida. Aduziu que a ausência de parâmetros vai provocar a continuação da aplicação do direito de resposta previsto na lei revogada..

Para a terceira linha, a ação ajuizada pelo deputado Miro Teixeira deveria ser indeferida. Tal medida, porém, não se deve à improcedência da fundamentação da ação, tampouco a qualquer critério formal, mas à coerência para com o interesse público, a manutenção da segurança jurídica. O argumento preponderante dessa vertente é o de que se mantenha a eficácia da Lei de Imprensa, adaptando-se seus preceitos às garantias constitucionais previstas, como vem sendo feito desde a promulgação da Constituição de 1988, durante o período em que o Poder Legislativo se incumbe de compor novo complexo normativo. Pretende-se, destarte, proteger tanto a sociedade quanto a imprensa, evitando-se deixar ambas em um hiato normativo.

O ministro Marco Aurélio de Mello foi o único a propor a total improcedência da ação ajuizada contra a Lei de Imprensa. Disse em seu voto deixar à carga dos representantes do Poder Legislativo a edição de uma lei que substitua a atual, sem ter-se enquanto isso o vácuo que só levaria à babel, à insegurança jurídica, desprovido de uma norma explícita da matéria. Iniciou o voto com um questionamento retórico quanto aos reais beneficiários do “vácuo normativo”. Afirmou que caso a Lei de Imprensa fosse revogada, “passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão

estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade - o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica” (fl. 134).

Outro ponto central do argumento defendido pelo ex-ministro da Justiça do Trabalho foi o questionamento de que preceito fundamental estaria sendo violado pela Lei de Imprensa. Afirmou que a imprensa brasileira não pode ser considerada cerceada, limitada, sendo na verdade uma imprensa livre. Ponderou: “não posso - a não ser que esteja a viver em outro Brasil – dizer que nossa imprensa hoje é um imprensa cerceada, presente a Lei n.º 5.250/67. Digo – e sou arauto desse fenômeno – que se tem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação a homem público ou privado, pouco importa, a dignidade há de ser mantida”(fl. 141).

Ademais, o ministro deu certa ênfase na refutação do argumento de que a edição da norma durante o período militar a tornaria, em um primeiro momento, antidemocrática. Aduziu não poder proceder a partir de um ranço, de um pressuposto de que essa lei foi editada “em regime que apontava não como de chumbo, mas como regime de exceção, considerado o essencialmente democrático” (fl. 143). Para concluir, o ministro citou trechos de editorial publicado no jornal Folha de S. Paulo, no dia 30 de março de 2008. Reproduziu um dos trechos no qual era dito que sem a Lei de Imprensa, apenas as grandes “empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder e a decisões abusivas de magistrados os veículos menores e as iniciativas individuais” (fl. 137).

Finalizando a fundamentação do voto, o ministro Marco Aurélio proferiu as seguintes perguntas: “gostaria de saber e pediria que me respondessem com pureza d'alma: qual é o preceito fundamental descumprido a respaldar o acolhimento de pedido formulado na inicial desta ação? (...) o que ocorrerá no dia seguinte, quando não mais vigente esse diploma? (fl. 143)”

Dos onze ministros que, à época, compunham o STF, Eros Grau foi o único ausente. Seu voto, porém, foi proferido na assentada anterior, sessão realizada em 30.04.2009, e não fez ressalvas ao posicionamento do Relator.

No dia 30/4/2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do

voto do Relator, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130. Na oportunidade, ficaram vencidos, em parte, o ministro Joaquim Barbosa e a ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigo 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o ministro presidente do STF Gilmar Mendes que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 30.04.2009.

1.2 Revogação da Lei de Imprensa

Após quase duas décadas, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), que, apreciando a liminar de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pelo deputado Miro Teixeira, do PDT, revogou a lei 5.250/1997, a Lei de Imprensa. Atentando-se para um “contraste histórico”, o Supremo Tribunal Federal optou por revogar essa lei, aduzindo que, no atual cenário democrático, tal lei perdeu significativamente sua adequação ao regime jurídico, tendo sido destituída de sua constitucionalidade e efetividade.

Com a ausência de um conteúdo normativo específico, os aplicadores do direito deverão se pautar nas disposições constitucionais e nas normas previstas nos códigos civil e penal, até que, se for o caso, constituam nova lei sobre o tema. Nasce assim a grande discussão, herdeira do questionamento ocorrido na Suprema Corte brasileira, acerca da necessidade de normatização da imprensa no país.

Tomada em sua plenitude, a discussão acerca da necessidade de restabelecimento de complexo normativo específico para regulamentação da imprensa divide juristas, doutrinadores, jornalistas e a sociedade, de forma ampla. O ministro relator da ADPF n.º 130, ministro Carlos Ayres Britto, posteriormente ao julgamento da ação, afirmou que a edição de uma Lei de Imprensa por si só pode ensejar notável incompatibilidade com um regime democrático. Com base em estudos históricos e sociológicos, os apoiadores dessa tese alegam que as tentativas de normatização da imprensa, ao longo dos tempos, resultaram em inúmeras restrições à liberdade de imprensa, sendo portanto, nociva e incompatível com um ordenamento que preceitua a liberdade de expressão como direito fundamental. Fundamentam-se em Tocqueville quando dizem que, na incapacidade de se elaborar uma lei que contemple a complexidade do direito à liberdade de expressão, na ausência de um meio-

termo, o caminho mais coerente com os mandamentos constitucionais seria a inexistência de um regulamento específico.

Reforçam seu argumento com um estudo comparativo, no qual trazem exemplos de países em que a imprensa não possui legislação específica, como os Estados Unidos, por exemplo, mostrando os resultados decorrentes de uma imprensa efetivamente livre. Pontua Carvalho Filho (1990, p.32): "Uma Lei de Imprensa é ao mesmo tempo severa contra o jornalismo e ineficiente para proteger a honra e a intimidade das pessoas". Dizem ainda que os Códigos Civil e Penal já dispõem de mecanismos para proteção social e punição dos abusos da imprensa, necessitando apenas de certa adequação e atualização. Dizem, ainda, que analisando a interação da imprensa com a sociedade, sobretudo as tentativas históricas de normatização dessa relação, defendem que ao longo dos séculos a liberdade de imprensa foi vítima de restrições de direito por parte do Estado, gerando abusos de ambos os lados.

Já para os que defendem, ministro Gilmar Mendes, por exemplo, a elaboração de novo diploma legal, alegam que, juntamente com a Lei de Imprensa, revogou-se todo o complexo de procedimentos que regulavam as ações referentes aos crimes de imprensa. Dizem que a elaboração de uma lei, em consonância com os preceitos constitucionais, viabilizaria maior clareza ao texto da Constituição, garantindo maior efetividade. Aduzem ter sido criado um "vácuo normativo", mencionado pelo ministro Marco Aurélio de Mello em seu voto, deixando alheios à tutela judicial institutos como a regulamentação do direito de resposta, a posição do jornalista e o teto de indenizações dos jornalistas em relação as empresas que trabalharam. Há também nítida preocupação econômica, como a exigência uma regulamentação específica para "proteger a mídia da indústria de indenizações" que possa inviabilizar o negócio de algum veículo.

No projeto da nova Lei de Imprensa, que tramita no poder legislativo desde 1992, existem visíveis divergências entre a nova lei e a revogada pelo STF. Os principais pontos do projeto da nova Lei de Imprensa substituem a pena de detenção de um mês a três anos por prestação de serviços comunitários e multa, prevê multas de 10% a 20% do faturamento dos veículos de comunicação em caso de condenação por matérias caluniosas. Esta multa pode chegar a 50% em caso de reincidência. O projeto ainda impede que pessoas ou instituições que se sintam ofendidas com matérias possam processar os veículos de comunicação em caso de retratação espontânea por parte da empresa. Quanto à polêmica questão das revisões editoriais, garantem aos jornalistas que tiverem suas matérias alteradas a

faculdade de não assiná-las ou imputarem toda a responsabilidade por eventuais danos ao veículo de imprensa.

CAPÍTULO II

2 Correlação entre a regulamentação da imprensa na América e a consolidação da esfera pública.

O debate em torno da problemática referente à regulamentação da liberdade de expressão em regimes democráticos, mais especificamente no que concerne à emancipação da imprensa, perfaz caminho comum ao de algumas importantes questões: a importância da atividade comunicacional para os processos de formação da esfera pública e, ainda, para os de articulação do poder político dentro desta. Tais processos sociais têm arrimo nas interações dialéticas entre os distintos argumentos, atores e arenas do meio social, viabilizando, além da formação da denominada opinião pública, o fortalecimento das estruturas deliberativas. Torna-se fundamental, portanto, uma análise da função da imprensa como catalisadora e viabilizadora dos referidos processos, possibilitando-se, assim, pleno entendimento da ação da imprensa na atividade político-social, desempenhando função indispensável à manutenção do regime democrático.

Em “Mudança estrutural da esfera pública”, genuína produção da escola de Frankfurt, publicada em 1962, Habermas evidencia a importância do conceito de esfera pública para uma análise sistêmica da imprensa. Na referida obra, o autor possibilita uma compreensão da função da imprensa nos regimes democráticos, evidenciando a conceituação e o papel da esfera pública na manutenção desse regime. Entretanto, saliente-se que, em um primeiro momento, o filósofo atribui aos meios de comunicação, sobretudo à imprensa, a responsabilidade pela perda da capacidade crítica do público e, por conseguinte, por uma “desconstrução” da esfera pública (HABERMAS, 1984, p. 254). Expõe, portanto, visão excessivamente crítica e redutora da função desempenhada pelos veículos de comunicação, tachando-os como “agentes despolitizadores” da esfera pública.

Entretanto, mesmo tendo esta tonalidade crítica como pano de fundo, Habermas realiza importante estudo acerca das origens e funcionalidades dos meios de comunicação, aduzindo que a refuncionalização do princípio da esfera pública constitui-se numa reestruturação da esfera pública enquanto uma esfera que pode ser aprendida na evolução de sua instituição por excelência: a imprensa (HABERMAS, 1984, p. 213). O filósofo afirma que a imprensa, sendo oriunda do sistema das correspondências privadas, e

tendo, ainda, estado por longo período subordinada a elas, foi de começo organizada em forma de “pequenas empresas artesanais”. Nestes empreendimentos havia clara preocupação com uma maximização dos lucros, mantida nos padrões tradicionais da primeira fase do capitalismo. Reside neste ponto o epicentro da crítica de Habermas à atuação dos meios de comunicação na esfera pública. A transformação dos jornais de “pequenas empresas artesanais” em empresas de economia privada, com evidente intuito de lucro, acaba por tornar a imprensa algo manipulável à medida que se comercializa (HABERMAS, 1984, p. 217). Segundo Habermas, com essa crescente necessidade de comercialização e concentração na perspectiva mercadológica, técnica e organizacional, as empresas jornalísticas se solidificam, no século XX, em conglomerados com vultoso poder social, imputando à permanência dessas empresas na iniciativa privada as diversas ameaças à função crítica do jornalismo (HABERMAS, 1984, p. 221).

Contudo, merece destaque novo movimento político, em sentido amplo, originado dentro dos próprios meios de comunicação, que contribuiu para a conversão da imprensa de informação em uma imprensa de opinião (HABERMAS, 1984, p.214). “Os jornais passaram de meras instituições publicadoras de notícia para, além disso, serem porta-vozes e condutores da opinião pública, meios de luta da política partidária.” (BÜCHER apud HABERMAS, 1984, p.214). Dentro desse contexto, o direcionamento econômico das empresas jornalísticas foi, em geral, para um segundo plano, contrariando os princípios de um capitalismo que se consolidava em escala continental. Os jornais perfaziam caminho contrário ao da rentabilidade, configurando-se, com frequência, desde o início, atividades deficitárias. O “impulso cada vez mais político” podia ser financiado, por assim dizer, por meio da falência. (HABERMAS, 1984, p.214).

Neste momento, como a esfera pública se mostrava politicamente ativa, os veículos de comunicação mais consolidados editorialmente restringiam às suas redações a liberdade característica (HABERMAS, 1984, p.215). Essa “nova imprensa” se desenvolvia a partir da sua atuação política, promovendo certa politização do público, atuando como uma espécie de mediador e fortalecedor das discussões travadas por esse mesmo público, não mais servindo como um mero órgão de transporte de informações ou um instrumento da cultura consumista. (HABERMAS, 1984, p. 216).

De fato, as empresas jornalísticas dessa época estavam integralmente submetidas à censura, sendo incapazes de tomarem um posicionamento crítico enquanto

veiculassem apenas notícias. “As regulamentações das autoridades degradam a imprensa a uma mera empresa, sujeita como todas as demais, às interdições e proibições da política”. (HABERMAS, 1984, p.216)

Todavia, esta imprensa compromissada com a função de tornar pública sua visão acerca dos fatos cotidiano, conferindo o que Habermas denominou “publicidade”, deu lugar a uma modalidade que o filósofo denominou de “imprensa comercial”, cujo nascedouro coincidiu com a consolidação, ao longo do século XIX, do Estado de direito burguês e a conseqüente legalização de uma esfera pública (LUCA, 2009). O autor infere que, a partir deste momento, a orientação majoritariamente econômica acabou por distanciar a imprensa de sua função político-social nas sociedades democráticas. E valeu-se da definição de K. Bücher, segundo a qual “o jornal assume o caráter de uma empresa que produz espaço para anúncios como uma mercadoria que se torna vendável através da parte reservada à redação”(LUCA, 2009).

Translúcida é a dedução de que tal processo, assim como ocorreu no continente europeu, deu-se igualmente em terras brasileiras. No século XIX, a imprensa do Brasil foi particularizada pela massiva conotação política dos impressos que circulavam no país – “como atesta o papel que os mesmos desempenharam na luta pela independência, na crise aberta com a abdicação de D. Pedro I, em 1831, ou no movimento em prol da Abolição, enquanto a subsequente atualização tecnológica apontou para a transição rumo ao mercado” (LUCA, 2009). Assim, no final do século XIX, a imprensa brasileira caracteriza-se de vez como uma atividade capitalista e, em decorrência dos processos de profissionalização, especialização, investimento tecnológico, bem como com o crescimento das receitas publicitárias, ocorre relativa diminuição da dependência das empresas de comunicação em relação aos favores do Estado.

2.1 Restrições à imprensa: origens e a dinâmica do modelo brasileiro

Contrariando o que se possa depreender das circunstâncias políticas e culturais atuais, a existência de sociedades dotadas de certa autonomia no tocante à liberdade de expressão, proporcionando o debate, a seleção, o processamento e a propagação de conteúdos de maneira mais libertária, de forma geral, quase sem restrição, não constitui propriamente a regra da história e na diversidade da experiência humana, mas sim, preponderantemente a exceção (WELTMAN, 2008, p. 28). A imprensa esteve, portanto, sob

diferentes tipos de controle por muito mais tempo do que na ausência destes, demonstrando que a “imprensa livre” não configura um modelo originário, mas moderno. Feita esta ressalva, faz-se mister analisar historicamente como foram pautadas as ações normativas do Estado em relação à imprensa, possibilitando uma maior compreensão destas ações a partir de uma avaliação do contexto histórico e político nos diferentes períodos e sociedades ao longo do tempo.

Em que pese a moderna perspectiva mercantilista das empresas jornalísticas e, ainda, o grande oligopólio da propriedade destas instituições, pode-se afirmar que inexistiu na história da legislação de imprensa brasileira ações do Estado no sentido de mediar o acesso dos diferentes atores ao poder deliberativo, resultando em uma prejudicial inércia antidemocrática. Não houve, portanto, necessária preocupação em assegurar o justo equilíbrio entre o interesse social, os direitos dos cidadãos, as exigências constitucionais e legais, por um lado, e os interesses dos particulares engajados na operação das empresas de mídia, por outro. Como se verá, a seguir, em breve histórico das normatizações da imprensa, estas leis desde suas origens até os modelos brasileiros passaram ao largo de um estabelecimento de mecanismos de garantia do efetivo exercício da liberdade de expressão, em se tratando do contexto dos meios de comunicação, bem como também não interferiram na dinâmica da propriedade das empresas jornalísticas, para garantir o acesso democrático ao poder deliberativo.

No século XV, período inaugural do desenvolvimento do atual modelo de jornalismo, havia certa liberdade de edição e impressão de quaisquer publicações, contribuindo para a divulgação das idéias das mais variadas correntes que integravam a elite intelectual (MELO, 2003, p.89). Contudo, a partir do século XVI ocorre o primeiro ato de censura à livre publicação. Em 1501, o papa Alexandre VI impõe a “obrigatoriedade da licença para a impressão de quaisquer obras” nos países de religião católica. Anos depois, seriam promulgados outros regulamentos, dentre eles o “Índice de livros proibidos”, aprovado pelo Concílio de Trento e publicado em 1563 (BLANCO, 1966). Tomando por base as ações da Igreja, os soberanos de diversos países passaram a adotar medidas similares, submetendo a imprensa ao jugo da censura estatal (BOURQUIN, 1952, p.238). Viabilizavam a censura de formas diferentes: concediam monopólio da imprensa para determinado grupo de pessoas, partidários do governo ou até mesmo executavam um sistema de vigilância, exercendo censura prévia das obras a serem impressas (SIEBERT, 1967, p.69).

Dentro dessa conjuntura de repressão, a imprensa sofreu um período de retrocesso e certo desvio de seus conceitos originais. Dedicando-se largamente aos interesses das “autoridades temporais”, que eram dotadas de grande coerção social e poder decisório, as publicações periódicas do século XVII e XVIII não conseguem estabelecer-se como “veículos de informação popular” (MELO, 2003).

Apesar de a Inglaterra ter sido pioneira na abolição da censura prévia, com a abolição do “Licencing Act”, em 1695, foi na França que a liberdade de imprensa se consolidou (BOURQUIN, 1952, p.238). Com o declínio dos regimes monárquicos, somado ao avanço dos ideais iluministas, a imprensa experimentou novamente a liberdade da edição e publicação de obras literárias e periódicos. Enquanto cabeças de monarcas rolavam pelo continente europeu, a Comunicação Social também passava por um período de “guilhotinização” de suas correntes retrógradas, procurando se adaptar às incertezas do futuro que se projetava. Com a Revolução Francesa, os princípios iluministas permearam os mais diferentes institutos sociais, tornando-se princípios regentes de uma nova ordem social (HOBBSAWM, 1995, p.97). A reestruturação do Estado, em sua organização administrativa e atribuições de competência, resulta em um hiato em que a própria sociedade procurou se moldar, momento de menor intervenção do Estado em vários séculos.

Ademais, a mencionada revolução proporcionou a emancipação do chamado jornalismo político, criando não só uma imprensa política diária, mas sobretudo o incentivo a adoção pelos estados gerais do chamado “princípio da publicidade dos atos administrativos”, positivado na Constituição francesa de 1791, que em seu parágrafo 11, dispõe: “A livre comunicação de idéias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do ser humano. Por isso, cada um pode falar, escrever e imprimir livremente, resguardando-se a responsabilidade quanto ao mau uso dessa liberdade nos casos previstos por lei”. Contudo, esta liberdade perdurou até o “Golpe do 18 Brumário”, em 1799, que suprimiu a liberdade e retomou a censura nos jornais da França. A liberdade somente retorna ao cenário político-social com a “revolução de julho”, em 1830, que implementou a concepção fundamental da máxima liberal: “o rei reina e não governa” (MARTINS, 2009)

Já nas colônias inglesas, o controle do conteúdo das impressões foi decretado quase que imediatamente após a implantação das primeiras tipografias, proibindo-se que qualquer impresso circulasse sem a permissão da metrópole, a “licença”. Provavelmente, a rigidez do controle censorador sobre os impressos americanos seja o motivo

da pequena quantidade de tipografias nos EUA no século XVII. Só em 1695, com a abolição da censura prévia no território inglês, as colônias inglesas viveram semelhante processo de “libertação editorial”, acarretando um significativo aumento do número de tipografias em solo americano (MCMURTRIE, 1969 apud BRIGGS, 2004, p.162). Já nas colônias espanholas, a censura persistiu até os movimentos de independência, extinguindo-se somente em 1812. Há, porém, relatos de que no início do século XIX, com a invasão da Espanha pelas tropas de Napoleão, houve uma diminuição do rigor das autoridades da metrópole, proporcionando a primeira abertura para a liberdade de imprensa.

Contudo, em que pesem as conquistas sociais com o fim da censura prévia, o desenvolvimento efetivo da imprensa na América só se dá em maior grau depois que as “colônias americanas” conquistam sua independência política. As conquistas sociais decorrentes dessa emancipação, melhorias na educação, urbanização e industrialização ajudam a dar o suporte necessário à aceleração do processo de consolidação da imprensa. Ademais, a independência americana (1776), assim como a francesa (1789), trouxe consigo a consolidação do conceito de cidadania, constituindo mudança substantiva no pensamento e nas concepções político-sociais do Estado. Assim, sedimenta-se a idéia de que as pessoas são titulares de direitos desde seu nascimento, cabendo ao Estado reconhecê-los, respeitá-los e protegê-los (SARAVIA, 2008, p. 62). Confirmando essa nova concepção dos direitos individuais, são editados dois importantes instrumentos jurídicos, quais sejam: a Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789), que sintetizou alguns dos principais ideais libertários e liberais da primeira fase da Revolução Francesa. Este último, em seu artigo 11, determina que a “livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, devendo responder pelos abusos desta liberdade nos casos determinados pela lei” (SARAVIA, 2008, p. 62).

Se foi na França, com a Revolução de 1789, que se concebeu o embrião da liberdade de expressão, foi no chamado “Mundo Novo” que ocorreu um desenvolvimento peculiar desse instituto democrático. Pouco tempo após a promulgação da Constituição americana, o documento sofre sua primeira emenda, em 1791. Possivelmente o texto de maior referência em matéria de liberdade de imprensa, dispõe: “o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício das mesmas; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de

dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos” (SARAVIA, 2008, p. 62).

Tocqueville traça com clareza as diferenças da imprensa nos Estados Unidos e na França, destacando a influência dela não só no ordenamento jurídico, mas nos costumes dos países. Aduziu que “a liberdade de imprensa não faz seu poder sentir-se apenas sobre as opiniões públicas, mas também sobre todas opiniões dos homens” (TOCQUEVILLE, 2001, p. 207). Tocqueville diz, ainda, que essa liberdade não pode ser compreendida à parte de um estudo acerca da soberania do povo, sendo, pois, correlativas.

A liberdade de imprensa na América obteve proporção dantesca, superando até mesmo a França. Thomas Jefferson, um dos precursores do ideal democrático na América, chegou a afirmar, em carta escrita de Paris para Edward Carrington, em 1787, que, sendo a opinião do povo a base dos governos democráticos, o objetivo maior deve ser preservá-la exata (MADISON, HAMILTON, JAY, 1987 p. 237). Aduz o federalista americano que se tivesse de optar por um governo sem jornais ou jornais sem um governo, não hesitaria em preferir este último, desde que todos tivessem acesso efetivo a estes jornais. Tal acessibilidade efetiva não se limita ao acesso material, superficial, do conteúdo. Seria necessário que todos soubessem ler e analisar a informação, condição sine qua non para a formação de uma opinião pública. Avaliando tais origens da democracia americana, torna-se simples aferir o porquê de tal direito assumir importância visceral no sistema americano. Uma garantia absoluta. Assim, pode-se notar que desde as primeiras positivizações, nas célebres “declarações de direitos e textos constitucionais” - já proclamava a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (Virginia Bill of Rights), em seu artigo 12: "que a liberdade de imprensa é um dos grande baluartes da liberdade, e nunca pode ser restringida, senão por governos despóticos”.

Já no Brasil, a história da imprensa teve como marco inicial um ato autoritário: veemente proibição da imprensa no país, por meio de Carta Régia expedida pela Coroa portuguesa, em 1747, que vedava a impressão de livros e avulsos (NETO, 2004, p.5). Porém, em 1807 a imprensa ressurgiu. Naquele ano, o Padre Viegas de Menezes abriu uma tipografia em Minas Gerais, sendo logo fechada pelo governo português, o qual, mesmo em Portugal, tolerava apenas artigos inócuos, tais como os que eram publicados na Gazeta de Lisboa (NETO, 2004, p.6).

A chegada da Família Real ao Rio Janeiro constitui outro marco importante do processo de implementação da imprensa no país. Mais do que uma referência histórica, tal

transição originou uma série de transformações estruturais e sociais no Brasil. A situação rude do país revelava o atraso em relação às colônias espanholas e inglesas, em grande parte devido ao espírito “ladrihador” dos portugueses (HOLANDA, 2006,p.62), que, por séculos, basearam sua colonização na simples exploração econômica, não se preocupando em desenvolver um projeto de efetiva colonização e desenvolvimento do território brasileiro. Compreende-se desse contexto que o estabelecimento da imprensa não constituiria uma iniciativa isolada, vinculando-se a um complexo de medidas governamentais capazes de proporcionar uma infraestrutura mínima para o desempenho das atividades da Coroa Portuguesa (MELO, 2003,p.132). Entretanto, em 1808, mal a família real portuguesa havia estabelecido residência no Brasil, entrava em circulação o primeiro jornal feito no Brasil, a Gazeta do Rio de Janeiro, o qual consistia em um folhetim com notícias a respeito de nobres europeus, “feito por nobres e censurado por nobres” (PIERANTI, 2008, p. 133)

De início, a imprensa brasileira estava intimamente relacionada à produção de impressos oficiais, atendendo às exigências da recém-chegada Corte lusitana. Mas com o transcorrer do tempo, as autoridades portuguesas começaram a estimular a produção de “livros, opúsculos e instrumentos comerciais”. Contudo, é com a publicação da Gazeta do Rio de Janeiro, cujo primeiro exemplar circulou em 1808, que se dá início o jornalismo nacional, gerando nos colonizadores a necessidade de uma legislação específica. Aplica-se, então, em um período inicial, a lei portuguesa de 12 de julho de 1821, posta em execução na Bahia. Essa lei instituía que a contenção dos excessos dos abusos praticados pela imprensa caberia a um Júri, composto por 24 jurados selecionados pelo Regente (PEREIRA, 1993,p.75).

Com a Constituição de 1824, ocorre nova legislação acerca da atividade de imprensa no país. Inspirada nos ideais iluministas sedificados com as revoluções americana e francesa, consagra a liberdade de imprensa como direito social, assim dispondo no parágrafo quarto de seu artigo 179: “todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a lei determinar”. Posteriormente, a Lei de Imprensa, de 20 de setembro de 1830, veio regular o artigo 179 da mencionada Constituição, mantendo as penas corporais e pecuniárias, e dissertando, também, sobre o Tribunal de Imprensa (LANER, 2009). Já em 1890, após a Proclamação da República, os crimes de imprensa encontraram previsão no recém promulgado Código Penal e, um ano depois, em 24 de fevereiro de 1891, com a Constituição

Republicana, foi vedado o anonimato das publicações tipográficas.

No século seguinte, com a Lei Adolfo Gordo, em referência ao Senador relator da lei - Lei 4.291 de 17 de janeiro de 1921 -, ocorrem as primeiras restrições à Imprensa na era republicana. É instituída novamente a censura prévia, com uma inovação: a teoria da responsabilidade solidária para os crimes de imprensa em substituição à tradicional responsabilização sucessiva. Estabelece-se que cada um, jornalista e jornal, deve a totalidade da indenização e o autor da ação, se ganhar na Justiça, pode cobrar a dívida de quem ele quiser (LANER, 2009).

Com a Revolução de 1930, instaurou-se um regime de direito pleno, buscando-se um gradual processo de democratização do país. Mas o que se percebeu, em sentido oposto à democracia, foi a ampliação das limitações ao livre fluxo de informação. Poucos dias antes da promulgação da Constituição de 1934, Getúlio Vargas baixou o Decreto nº 24.776, para revogar as disposições vigentes. A estrutura do Decreto, considerado a segunda Lei de Imprensa da Era Republicana, mereceu apreciações positivas, ainda que contrariasse os princípios da liberdade de expressão (PEREIRA, 1993,p.83). São determinações importantes desse período a volta do júri, com tribunal formado por cinco pessoas, para julgar as infrações de imprensa. Outros pontos importantes, além da censura prévia à imprensa, foram: a proteção ao chefe de Estado brasileiro, aplicando-se penas em dobro quando praticados delitos contra ele e a prisão especial aos condenados, sem sujeição ao regime carcerário.

Todavia, na contramão das circunstâncias vividas pela imprensa brasileira, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, sancionada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, viabilizou tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de imprensa, visibilidade em uma escala global, botando na pauta de discussão a necessidade da garantia destes direitos. Em seu artigo 19, o referido documento dispõe: “todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras” (SARAVIA, 2008, p. 64).

Assim, com a queda do Estado Novo e o governo provisório de José Linhares, estabelecem-se regras mais liberais, excluindo-se a censura prévia da Constituição por meio do Decreto-Lei nº 8.356 de 12 de dezembro de 1945, que eliminava os órgãos

encarregados da repressão e da censura e retornava a vigência do Decreto nº 24.776/34. Tempos depois, nas eleições de 1950, Getúlio Vargas retorna à Presidência, dessa vez com respaldo de votação popular, sofrendo pesada carga oposicionista por parte dos jornais do Rio de Janeiro. Esse conturbado cenário político exerceria grande influência na elaboração da nova Lei de Imprensa, a Lei nº 2.083 de 12 de novembro de 1953, “considerada retrógrada por sua estrutura técnica, defeituosa na sua redação, imprecisa nas suas especificações e por não contemplar os meios eletrônicos de comunicação”, comenta Pereira (1993, p.95).

Mesmo com as evidentes debilidades, esta lei sobreviveu até o início da ditadura, revogando-se com a publicação da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Após o golpe militar de 31 de março de 1964, são editados Atos Institucionais e Complementares que suspendem a vigência de artigos da Constituição de 1946 e de leis então em vigor. Tal lei exigia dos profissionais e das publicações medidas preventivas que acabavam por conduzir a um tipo de autocensura ou restrição que prejudicasse o exercício pleno da liberdade, inserida na própria Constituição de 1946 (PEREIRA, 1993,p.95). Cria-se a figura do censor, símbolo estatal da repressão à liberdade de expressão, que participava das redações, sendo competente para “filtrar” o que podia ser publicado. Saliente-se que o regime militar impôs, logo após a aprovação da Lei de Imprensa, novas e pesadas restrições à atuação dos jornalistas e das empresas. Isso ocorreu com a ampliação das penas dos delitos de imprensa pela Lei de Segurança Nacional. O auge da repressão é o período de vigência do Ato Institucional nº 5, que vigorou de 13 de dezembro de 1968 a 31 de dezembro de 1978, outorgando plenos poderes ao Executivo.

A Ditadura Militar tem seu término em meados da década de 80, retornando o país aos seus ideais democráticos sufocados por mais de 20 anos. Num contexto de intensificação do processo de globalização, a Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, revela-se um marco do processo de implementação efetiva da democracia no Brasil, trazendo em seu texto uma série de institutos liberais e garantias sociais. A liberdade de expressão, positivada no interior do capítulo que trata das Garantias Fundamentais, percebe a condição de cláusula pétrea, tornando-se absoluta no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, em um contexto de redemocratização dos países latino-americanos iniciado com a queda dos regimes ditatoriais instaurados em meados do século XX, a Conferência de Chapultepec, realizada em 11 de março de 1994, na Cidade do México, constituiu um marco fundamental na consolidação da liberdade de imprensa como um direito

fundamental. Promulgada pela Sociedade Interamericana de Imprensa, a Declaração de Chapultepec é uma carta de princípios e destaca “uma imprensa livre como uma condição fundamental para que as sociedades resolvam os seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam a sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação”. Este documento conta com a assinatura de entidades como a Unesco, Organizações dos Estados Americanos, Comitê Mundial de Liberdade e Associação Mundial de Jornais (LEITE, 2008, p. 2).

Todavia, apesar de relativo respaldo internacional, esta declaração não constitui documento oficial de Estado, como são, em regra, os acordos internacionais. Trata-se, portanto, de uma “carta de princípios” ratificada por chefes de Estado, entidades não-governamentais, juristas e cidadãos comuns. Os presidentes brasileiros Fernando Henrique Cardoso e Luis Inácio Lula Silva assinaram o documento em 9 de agosto 1996 e em 3 de maio de 2006, respectivamente, firmando o compromisso do Governo com os dez princípios precedidos por uma introdução clara: “Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade” (LEITE, 2008, p. 3).

Contudo, apesar da incorporação destes institutos democráticos à diretriz constitucional, e da crescente preocupação internacional com a liberdade de expressão, a Lei de Imprensa persistiu em vigência por mais de quarenta anos. Mas mesmo com o vagar do tempo, e com a conseqüente alteração do contexto sócio-político, este instrumento normativo subsistiu inalterado por tais mudanças, gerando uma indefensável desatualização e grande incompatibilidade com os novos valores democráticos. Ademais, tal lei acabou por retardar ainda mais os processos de democratização dos meios de comunicação, objetando uma reestruturação plena dos alicerces do Estado democrático que emergia.

Cumprido salientar, todavia, que apesar das variações do foco da normatização da atividade jornalística, não houve preocupação por parte do Estado em democratizar o acesso aos veículos de informação, criando um modelo viável de debate na esfera pública. Deste modo, os modelos de normatização da imprensa sempre estiveram mais ligados ao conteúdo veiculado pelas empresas jornalísticas, evitando uma discussão acerca da ampliação do acesso de diferentes argumentos às diversas arenas, restringindo-se a estabelecer sanções e moldar condutas.

Percebe-se, portanto, até mesmo no período de efetivação do regime democrático, a ausência de implementação de institutos sólidos que proporcionassem o pleno exercício do direito de livre se expressar e de acesso desembaraçado à informação, no tocante aos meios de comunicação. Também não se encontra no histórico da legislação brasileira a real preocupação com a pluralidade e legitimidade da atuação dos veículos de comunicação na esfera pública, não se viabilizando, assim, um acesso mais democrático às diferentes arenas desta esfera.

2.2 Comunicação e Democracia: fluxo do poder deliberativo na esfera pública política.

Nesse contexto de conflito entre a liberdade de imprensa e a atividade regulamentadora do Estado, Habermas destaca a importância do papel da esfera pública na consolidação dos regimes democráticos. Para tanto, em *Direito e Democracia*, Habermas define esfera pública 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 (HABERMAS, 1997, p.92). A esfera pública seria, portanto, um fenômeno social elementar, assim como os conceitos tradicionais sociológicos de ação, ator, grupo ou coletividade, “porém, ele não se encontraria arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social” (MEDEIROS, 2000).

Nessa mesma obra, Habermas busca encontrar uma resposta à questão relativa à “implantação da circulação do poder regulado pelo Estado de Direito. O filósofo alemão afirma que a política e o direito não podem ser entendidos como “sistemas autopoieticamente fechados”, estando abertos ao mundo da vida (HABERMAS, 1997, p.84). Sustenta que a elaboração institucionalizada da opinião e da vontade necessita de amparo dos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada.

Apoiando-se em um modelo desenvolvido por Bernhard Peters, ordena os processos de comunicação e de poder decisório do sistema político em um eixo binominal, centro-periferia, organizados em um sistema de comportas. O núcleo do sistema político, “centro”, seria constituído pelo poder executivo (administração), o poder judiciário e a “formação democrática da opinião e da vontade”, como parlamentos, eleições políticas, entre outros (HABERMAS, 1997, p.86). Os atores inseridos nesse contexto são aqueles dotados de capacidade de intervir de forma direta em processos decisórios, atuando por meio de situações

comunicativas que empregam as deliberações formais, as negociações face a face e os discursos institucionalizados (MARQUES, 2008, p.25). Habermas conclui que no interior desse núcleo, essa “capacidade de ação” é variável, subordinando-se à complexidade organizatória dos atores. “O complexo parlamentar é o que se encontra mais aberto para a percepção e a tematização de problemas sociais; porém, comparado ao complexo administrativo, ele possui uma capacidade menor de elaborar problemas” (HABERMAS, 1997, p.87).

Aduz que nas proximidades do referido núcleo administrativo configura-se uma espécie de periferia interna, esferas dotadas de certa autonomia de organização, controle e soberania, mas visceralmente vinculadas ao governo: universidades, sistemas de seguros, câmaras, associações beneficentes, fundações, etc. (HABERMAS, 1997, p.87). Há ainda, nas periferias desse núcleo, um terceiro nível, composto por associações politicamente orientadas para a formação da opinião ou, conforme Habermas: “organizações que preenchem funções de coordenação em domínios sociais carentes de regulação”: grupos de interesses, instituições culturais, grupos de ativistas ambientais, igrejas, etc. (MARQUES, 2008, p. 25). Os atores integrantes desse eixo periférico são aqueles que não são capazes de fugir da assimetria do poder, que faz com que a prática deliberativa desses atores fique restrita “exclusivamente à formação da opinião sem abranger a tomada de decisão” (FRASER apud MARQUES, 2008). Mas mesmo sem ter atuação direta nos resultados dos processos de decisão, incumbe a esses atores calcular abordagens alternativas, informações diversas, bem como emitir opiniões fundamentadas, os “pontos de vista”, sobre questões problemáticas relevantes. Habermas acentua que essas associações formadoras de opinião, com atividade específica na divulgação de informações e na realização de certa influência pública, são constituintes da “infra-estrutura civil” de uma esfera pública controlada pelos veículos de comunicação de massa. Tal esfera, por meio de fluxos comunicacionais variados e conexos, forma o “verdadeiro contexto periférico” (HABERMAS, 1997, p. 87-88).

Após estabelecer uma compreensão do contexto geral, delineada a diferenciação conceitual entre os níveis central e periférico do sistema político, bem como a relação visceral destes com a esfera pública, Habermas se volta para explicar o sistema de comportas proposto por Peters, que define a regulação dos fluxos da comunicação entre os núcleos do poder político. Afirma que as decisões impositivas, para que otimizem sua efetividade, devem percorrer os canais estreitos do núcleo do sistema político (HABERMAS,

1997, p.88). Contudo, citando Peters, afirma que a legitimidade das decisões subordina-se aos processos de formação da opinião pública e da vontade na área periférica. Para Peters, o centro funciona como um sistema de comportas, destinado ao tráfego de processos no âmbito do “sistema político-jurídico”, tendo capacidade limitada para controlar a regulação e a dinâmica desses processos(PETERS apud HABERMAS, 1997, p. 89). Conclui que, dentro dessa seara, a idéia de democracia se funda na concepção que os processos políticos de formação de vontade, de status periférico, devem ser determinantes para o desenvolvimento político (PETERS, 1993, p. 340-341).

Desta forma, assevera que o “modelo de circulação do poder político” institui que, por um lado, o eixo periférico, por possuir “maior sensibilidade para a percepção e identificação de problemas”, viabilizaria certa mobilização da esfera pública, que, de outro lado, se incumbe da decisão sobre quais das interpretações, alternativas e soluções viáveis encaminhadas pelo debate entre os cidadãos podem ser legitimadas e instituídas (MARQUES, 2008, p. 26). Seria, portanto, por meio dos chamados canais intermediários da esfera pública que essas interpretações, perspectivas e opiniões seriam transportadas para o centro decisório formal.

Para Habermas, a delimitação teórica entre as funções do eixo central - poder decisório - e as atribuições da periferia – identificação de problemas - institui também diferenciação entre um poder comunicativo oriundo de “debates promovidos por diferentes grupos e atores da sociedade civil nas esferas públicas informais e um poder administrativo restrito às esferas públicas informais e um poder administrativo restrito às esferas formais e decisórias do Estado” (MARQUES, 2008, p.27). Uma formação democrática, pública, da vontade estaria vinculada às decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, noutras palavras, ao exercício do poder político administrativo. Já a formação da opinião pública aconteceria a partir da participação dos cidadãos e associações cívicas nas atividades discursivas da esfera pública (MARQUES, 2008, p. 27). Habermas define que a formação da opinião pública se dá em uma rede pública e inclusiva de esferas públicas subculturais que se sobrepõem umas às outras, cujas fronteiras reais, sociais e temporais são fluidas (HABERMAS, 1997, p.32-33)

Apesar das críticas feitas à teoria da democracia deliberativa proposta por Habermas, essa teoria revela-se eficaz para uma compreensão e solução da problemática construída entre a relação de interdependência entre o poder administrativo e o poder

comunicativo. Afirma, por meio da política deliberativa, a necessidade de uma justificação mútua e da “prestação de contas entre governantes e governados de modo a não isolar esses dois poderes e a tornar compreensíveis e potencialmente aceitáveis as ações desempenhadas por todos os concernidos” (MARQUES, 2008, p. 27). O filósofo sustenta que, de forma sintética, o procedimento ideal da deliberação e da tomada de decisão presume-se sempre uma “associação titular” que se afirma competente para regular de modo imparcial as condições de sua convivência (HABERMAS, 1997, p. 31). Portanto, as deliberações que ocorrem nas esferas públicas articuladas em rede e aquelas que se dão nos contextos decisórios formais são parte de um processo democrático de tematização e de tratamento de problemas de interesse coletivo, não podendo, por conseguinte, serem avaliadas como pólos opostos de uma dinâmica discursiva voltada para a busca de entendimentos recíprocos (MARQUES, 2008, p. 28). Segundo Habermas, a deliberação, como processo social e comunicativo, consolida-se com o resultado da incessante atualização dos debates travados nas esferas públicas parciais voltadas a possibilitar melhor compreensão dos problemas e questões que envolvam a sociedade como um todo, possibilitando a cada participante uma melhor articulação perante os outros, defendendo seus próprios interesses e propondo alternativas. (HABERMAS, 1997).

Habermas conclui que o mecanismo da deliberação tem grande poder de adaptação, adequando-se as diferentes finalidades, relacionando, a cada uma delas, um contexto comunicativo particular. Sob esse prisma, o debate acerca de temas de relevância geral, bem como a própria interpretação das necessidades, processa-se, de início, “nos contextos privados de formação das biografias particulares para, em um segundo momento, repercutirem na esfera pública” (HABERMAS, 1997, p. 40). Afirma, ainda, que a construção de opiniões relevantes, informadas e influentes têm seu lugar na esfera pública. Já as decisões, aprovações de leis e normas são realizadas nos âmbitos institucionais formais (MARQUES, 2008, p. 30).

Portanto, tais diferentes formas de processamento de problemas e busca por soluções de temas controversos comuns têm lugar, por conseguinte, em contextos específicos, necessitando de mecanismos comunicativos próprios. O processo deliberativo comportaria, então, uma série de falas cotidianas que circulariam, se interceptariam e tomariam formas específicas em diferentes contextos comunicativos organizados (MARQUES, 2008). Para Habermas, a existência de uma multiplicidade de espaços discursivos e modo de comunicação caracteriza, como nas sociedades complexas atuais, uma necessidade em conceituar a

deliberação como um processo de socialização e de articulação política fundado na discussão. Para tanto, formam-se redes de fluxos discursivos que associam os espaços institucionais e os espaços públicos mobilizados pela cultura e pelas associações da sociedade civil. Aduz que para que um regular funcionamento das estruturas deliberativas, atuando de modo a viabilizar uma articulação entre atores e arenas discursivas, o papel dos meios de comunicação é imprescindível (HABERMAS, 2006, p. 35).

Percebe-se, portanto, que Habermas concebe a deliberação como processo composto de vários níveis, destacando-se os espaços formais institucionalizados e os contextos sociais informais periféricos. Estes últimos, como exposto anteriormente, são compostos por dois níveis diferenciados: I) uma esfera pública que atua como um contexto intermediário de comunicação entre as deliberações formalmente organizadas no centro e as falas cotidianas entre públicos episódicos da sociedade civil; II) e uma base formada por cidadãos organizados e orientados politicamente para a sistematização de informações e pontos de vista acerca de problemas coletivos (MARQUES, 2008, p.29).

Para Habermas, o “sistema dos media” atua na esfera pública com a responsabilidade de processar as demandas vindas dos atores centrais (políticos, lobistas, representantes administrativos, etc.) e dos atores de base (movimentos sociais, associações especialistas, grupos minoritários, etc.) (MARQUES, 2008, p. 30). A tematização intersubjetiva dessas demandas, associada a seu processamento pelos meios de comunicação, daria origem a uma esfera pública enraizada em redes de fluxos de mensagens desordenadas que comportam “notícias, reportagens, comentários, conversas, cenas, imagens, shows e filmes de conteúdo informativo, polêmico, educacional ou de entretenimento” (HABERMAS, 2006, p. 415).

2.3 Atuação dos meios de comunicação na esfera pública e a efetivação da liberdade de expressão

Se na década de 1960 Habermas expressava uma visão redutora dos meios de comunicação, caracterizando-os como agentes despolitizadores da esfera pública e como instrumentos de reprodução e de manutenção das relações de poder nas sociedades contemporâneas, nas décadas de 1980 e 1990 ele procura reformular os pontos lacunares de sua reflexão, conferindo aos media a função de captar, organizar e disponibilizar uma vasta gama de perspectivas e opiniões auxiliando, assim, na estruturação, e não na destruição, da

esfera pública.

Assim, em uma concepção moderna, tem-se que os meios de comunicação dispõem de um referencial privilegiado da esfera pública, viabilizando a reprodução e construção de diferentes argumentos, sistematizando o conteúdo discursivo que perfaz as diferentes esferas deliberativas do processo político. Ademais, eles proporcionam um campo de “difusão e amplificação de temáticas” em que ocorre o desenvolvimento de uma dinâmica de compartilhamento de problemas e soluções oriundos de atores das mais diferentes “esferas públicas parciais” ao longo do tempo (MARQUES,2008, p.35).

Em seus textos mais recentes, Habermas reafirma a centralidade dos meios de comunicação na esfera pública ressaltando o fato de que eles alimentam os fluxos comunicativos e deliberativos que a sustentam, elaborando, via mecanismos e estratégias próprios, articulações entre diferentes falas e construindo o que Habermas chama de opiniões publicadas. Aponta, ainda, os meios de comunicação como um espaço limítrofe e poroso entre os diferentes contextos que compõem o centro (reduto da elite política) e a periferia (movimentos sociais, associações cívicas, cidadãos comuns, etc.) do sistema político (MARQUES, 2008, p. 24) .

A localização do sistema dos media na periferia dos sistema político implica, todavia, uma dubiedade: os meios de comunicação mesmo fazendo parte das margens do sistema político, constituem a interface entre os discursos e conversações elaborados por públicos situados em diferentes arenas de discussão e debate. Claro que os media não podem ser concebidos como canais neutros, capazes de transformar em opiniões publicadas todas as falas oriundas do centro e das conversações informais entre cidadãos comuns. A esse respeito, a crítica de Habermas permanece atual, pois, segundo ele, o acesso de diferentes atores ao espaço público depende da existência de meios de comunicação “independentes dos atores políticos e sociais, capazes de se encarregar imparcialmente das preocupações e sugestões do público e, à luz desses temas e contribuições, eles devem constranger o processo político a se legitimar e aceitar uma crítica mais vigilante” (HABERMAS, 1997, p.111).

Apesar de atualizar suas ressalvas às assimetrias de poder provocadas pelos meios de comunicação, Habermas atribui a eles um papel central nos processos de organização dos debates travados na esfera pública. Para ele, o sistema dos media e seus

atores atuam na organização das questões em feixes de opiniões tematicamente especificadas, constituindo-se, assim, como uma fronteira porosa entre o centro e a base de processos deliberativos da opinião desencadeado pelas conversações cotidianas entre os atores organizados da sociedade civil.

Habermas anota três virtuais contribuições oferecidas pelos meios de comunicação à manutenção e efetiva revisão das estruturas deliberativas que apoiam a esfera pública política. A primeira reporta-se ao poder de publicização adquirido pelos meios de comunicação. Estes, por sua vez, conferem visibilidade não só a diferentes questões e públicos, como também aos contextos nos quais essas questões e públicos articulam-se, através de processos comunicativos específicos (formais, informais, extraordinários, etc.). A segunda contribuição diz respeito à capacidade dos meios de comunicação de promover um simultaneidade de acesso aos conteúdos discursivos que circulam em vários contextos comunicativos, contribuindo para que múltiplas audiências possam opinar diante de questões problemáticas. E, como terceira contribuição, ressalta-se a maneira pela qual esse meios registram e estruturam, nos termos de Habermas, uma “rede virtualmente presente de conteúdos de comunicação”, na qual se registram as mensagens, tornando-as válidas e acessíveis a qualquer um, em qualquer momento histórico (MARQUES,2008, p.28).

Benjamin Page (1996, p.5), por sua vez, atribui aos profissionais da comunicação não apenas a articulação de um espaço de discussão entre profissionais especializados nas mais diversas áreas do conhecimento, mas, sobretudo, a realização de uma compilação de informações sobre políticas públicas, contendo debates e eventuais esclarecimentos, de forma a torná-la acessível a uma ampla audiência de indivíduos. Deste modo, uma das principais colaborações dos veículos de comunicação ao processo deliberativo seria esta disponibilização de uma vastidão de informações vinculadas aos processos reflexivos de debate público (BOHMAN, 2007). Assim, estes veículos desempenhariam a função de coleção de “informações qualificadas” e opiniões de diferentes arenas de maneira que os indivíduos teriam acesso a pontos de vista diferentes dos seus e dos quais, muitas vezes, não tinham conhecimento (MANIN, 2002, p.55).

Ademais, a referida publicização de determinada temática no campo da “visibilidade mediada”, em qualquer veículo de comunicação, permite sua divulgação às mais diversas arenas e públicos, possibilitando uma análise crítica do conteúdo, bem como promovendo um fluxo de discursos que se contrapõe e geram esclarecimentos recíprocos.

Seria possível, portanto, compreender o espaço de “visibilidade mediada” como um “contexto de entrecruzamento e enfrentamento de diferentes proposições e pontos de vista” (MARQUES, 2008, p. 34).

Assim, pode-se afirmar que os meios de comunicação desempenhariam importante função na democratização da participação dos diferentes atores e cenários nos processos deliberativos, retirando de um estado de invisibilidade várias proposições, demandas, decorrentes dos mais variados meios. Tal papel reveste-se de extrema importância não somente para os atores centrais, dotados de posição privilegiada nestes processos, mas, sobretudo, para os grupos e atores pertencentes à periferia do sistema, proporcionando a inclusão destes nas esferas públicas de discussão e debate (MARQUES, 2008, p.31). Os meios de comunicação seriam, portanto, potencialmente favoráveis aos processos democráticos.

Pressuposto lógico para a consolidação deste processo, a liberdade de expressão, em sua concepção contemporânea, compreendendo os processos de livre manifestação da opinião, bem como de viabilização da transmissão destas, o acesso às fontes de informação e o poder de divulgá-las sem embaraços, pode ser considerada como “um dos pilares dos regimes democráticos e uma condição essencial do exercício das demais liberdades públicas” (MARTÍNEZ, 2007, p. 10).

Contudo, deve-se entender por democracia, para tal, algo que transcende a definição de um governo das maiorias, norteando-se em razão da procura do “autogoverno popular”, possibilitando aos cidadãos uma participação mais livre e igualitária da formação da vontade do Estado (DAHL, 2001, p. 51). Assim, a democracia não “é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história” (SILVA, 2002, p. 126). O Estado Democrático, por ser fruto deste conceito, funda-se no princípio da soberania popular, que assevera “a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, na simples formação das instituições representativas” (SILVA, 2002, p. 117). Deste modo, esta contribuição não se realiza apenas por meio do exercício dos direitos políticos, pautando-se também, conforme descrito por Habermas, na atuação dentro da esfera pública, em arenas múltiplas que pressionam e fiscalizam a ação dos governantes (SARMENTO, 2007, p. 6). Tal processo deliberativo é, segundo o filósofo, um processo de socialização e de articulação política fundado na discussão, formando-se redes de fluxos discursivos que

associam os espaços institucionais e os espaços públicos mobilizados pela cultura e pelas associações da sociedade civil (HABERMAS, 2006, p. 35).

Assim, conforme debatido, para que as estruturas deliberativas atuem de modo a viabilizar uma articulação entre atores e arenas discursivas, o papel dos meios de comunicação é imprescindível (HABERMAS, 2006, p. 35). Todavia, para que essa relação entre os veículos de comunicação e o processo deliberativo seja plena e efetiva, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar livremente as suas convicções (SARMENTO, 2007, p. 20). Em um contexto de liberdade de acesso à informação, dispendo ainda de efetiva livre expressão, os meios de comunicação poderiam mediar os processos deliberativos na esfera pública, desempenhando importante função na democratização da participação dos diferentes atores e cenários nos processos deliberativos (MARQUES, 2008, p. 31).

Desta forma, percebe-se a magnitude da liberdade de expressão no regime democrático, possibilitando que o interesse público seja erigido através do “confronto livre de idéias”, no qual todos os grupos e cidadãos tenham uma possibilidade mais concreta de participação, “seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares” (SARMENTO, 2007, p. 20). Frise-se que tal processo de troca de informações é realizado pela modalidade institucional do direito de livre expressão: a liberdade de imprensa. Esta, por sua vez, impõe maior transparência ao funcionamento da máquina do Estado, viabilizando o ideal democrático de controle dos governantes pelos governados.

Todavia, tem-se que a participação destes atores na circulação do poder político não se dá de modo igualitário, existindo, por conseguinte, uma relação de assimetria entre os diferentes participantes da esfera pública política. James Bohman (1996, p. 26) propõe uma divisão entre “públicos fortes” e “públicos fracos”, tomando por base aspectos de participação e influência dos indivíduos no âmbito decisório. Os primeiros seriam aqueles pertencentes a um âmbito central, abrangendo desde os atores ligados ao Estado (atores institucionalizados) até determinadas elites que dispõem de pleno acesso aos canais midiáticos. Tais grupos, por estabelecerem os temas que merecem destaque na esfera pública, excluindo uma infinidade de outras temáticas e opiniões, são chamados de definidores primários (PENA, 2005, p. 154). Já o segundo grupo se caracterizaria pela pluralidade, sendo constituído pelos demais atores da sociedade civil. Ressalte-se, por oportuno, a incoerência proporcionada por este sistema de participação deliberativa pretensamente democrático. Se

por um lado temos os membros da sociedade, em toda sua coletividade, percebendo inúmeras dificuldades de acesso aos debates ditos “coletivos”, por outro, temos um pequeno grupo legitimado pela representação popular, ou pelo capital, dispondo de pleno acesso aos debates.

Com isso, de acordo com Habermas, os meios de comunicação conferem visível preferência à divulgação dos discursos e interesses da elite, tornando-se um espaço de assimetria quanto a acessibilidade dos diferentes grupos e temas. Isto possibilita afirmar, ainda, que os discursos derivados dos contextos marginais, apesar de parcialmente contemplados pela “visibilidade mediada”, dificilmente exercerão algum tipo de influência sobre o sistema político por meio dos media (HABERMAS, 1997, p. 111). Desta forma, para que se entenda o “sistema dos media” como espaço de fluxo de argumentos, deve-se identificar que os atores dos debates têm acessos díspares aos canais mediáticos, “possuindo um capital material e comunicativo assimétrico e buscam dar forma às questões sob um ponto de vista que os favoreça” (MARQUES, 2008, p. 34).

Dessarte, com diminuta participação nas temáticas abarcadas pelos veículos mediáticos, grande parte da sociedade pode não se reconhecer na realidade ali construída, porquanto a seleção dos fatos e discursos se remontam a um universo que não a inclui. Então, os agentes sociais percebendo a existência de uma opinião dominante, muitas vezes imposta pelos meios de comunicação, podem ocultar seus argumentos e opiniões devido ao receio de uma exclusão maior. Este fenômeno foi observado por Felipe Pena, em Teoria do Jornalismo, aduzindo que os “indivíduos buscam a integração social através da observação da opinião dos outros e procuram se expressar dentro dos parâmetros da maioria para evitar o isolamento” (PENA, 2005, p. 155). Portanto, face à falta de legitimidade social dos temas abordados na mídia, priorizando os discursos oriundos das elites e das esferas centrais do poder político, resulta um efeito contrário ao proporcionado pelos ideais democráticos. “Há uma tendência ao silêncio quando o indivíduo, por medo de isolamento, não expressa sua opinião quando ela é minoritária” (BARROS FILHO, 1988, p. 208).

Percebe-se, assim, como a imprensa, mesmo sendo um importante alicerce do regime democrático moderno, encontra-se distorcida de seus ideais originários em razão de algumas vicissitudes, dentre elas a referida assimetria de acesso aos veículos midiáticos, podendo desempenhar papel contrário ao seu principal ideal: a liberdade de expressão. Portanto, detectado o problema referente à dissimetria de participação dos diferentes atores e discursos nas abordagens da imprensa, deve-se analisar um fator determinante para a

perpetuação destas desarmonias: a concentração da propriedade dos meios de comunicação.

2.4 Concentração dos meios de comunicação e o cerceamento do direito à comunicação

Conforme exposto, os meios de comunicação podem ser considerados entes dotados de um referencial privilegiado na esfera pública, atuando de forma a encampar, reconstruir e reproduzir pontos de vista diversificados “articulando o conteúdo discursivo que circula nas diferentes esferas deliberativas do processo político” (MARQUES, 2008, p. 34). Ademais, inexiste corrente teórica contemporânea que ignore a função desempenhada pelos meios de comunicação como coluna do regime democrático, em razão de sua interferência sobre a opinião pública e, ainda, à sua capacidade de pautar o debate político, delineando agendas específicas (CAVALCANTI, 2008, p. 7). Procedem, portanto, importante papel de efetivar um diálogo entre cidadãos e seus representantes, proporcionando um espaço para debates na arena pública.

Esta função, contudo, não é desempenhada de forma plena e satisfatória, estando prejudicada pelo elitismo de seleção dos assuntos selecionados para debate nos veículos de comunicação. O controle limitado dos veículos midiáticos é apontado por muitos como o grande responsável por tal desvirtuamento da função democrática da imprensa, podendo direta ou indiretamente abalar os sustentáculos do regime democrático em uma sociedade contemporânea, aumentando a capacidade das elites de conduzirem a opinião pública e restringirem a circulação do poder político na esfera pública (LEITE, 2008, p. 2).

Contudo, a concentração dos meios de comunicação não representa necessariamente uma patologia do sistema vigente, podendo ser produto “de uma política de maximização de lucros em uma economia de mercado, à qual as empresas podem, inclusive, ver-se forçadas quando as fontes de financiamento se encontram limitadas, de modo tal que não suficientes a entrada de novos atores” (MARTÍNEZ, 2007, p. 13). Entretanto, diante deste contexto de concentração dos meios de comunicação, uma questão reveste-se de extrema relevância: como a concentração da mídia oferece um impacto negativo na liberdade de expressão, no pluralismo de vozes e conteúdos que se espera dos veículos de comunicação?

Adotando-se concepção democrática, entende-se por pluralismo o respeito e reconhecimento da diversidade, ou seja, a proteção a coexistência de uma variedade de opiniões, pensamentos, crenças, comportamentos, etc. Percebe-se, portanto, que o pluralismo constitui uma das estruturas conceituais da democracia, sustentando que a efetiva participação

popular na coisa pública materializa-se necessariamente “em um ambiente no qual a contribuição de cada um seja dada pelo que pensa em liberdade e expressa nas mesmas condições, de tal maneira que a diversidade e a individualidade se transformam no verdadeiro aporte ao sistema” (MARTÍNEZ, 2007, p. 15).

Assim, atribui-se ao sistema democrático um anseio de busca da verdade “não a partir de imposições da autoridade, mas tendo como fundamento a inteligência de homens livres” (MARTÍNEZ, 2007, p. 15). A preocupação com o pluralismo, como forma de garantir a diversidade, demonstra uma certa maturidade da sociedade para que se ampare nos alicerces do consenso e não do autoritarismo, “e sua adoção pelo grupo social é um reconhecimento da cooperação mútua para alcançar as metas propostas, entre as quais se encontram as que material e espiritualmente constituem o bem comum” (MARTÍNEZ, 2007, p. 15).

À primeiro vista, o conceito pluralismo, conforme já exposto, encontra-se ordinariamente vinculado à uma garantia eficaz da liberdade de expressão, sobretudo do ponto de vista da diversidade de argumentos, arenas e atores. Assim, tem-se que ele possibilita a efetivação de uma comunicação livre entre os cidadãos, conferindo, assim, legitimidade à ordem jurídica (SARMENTO, 2007, p. 21) . Contudo, no tocante aos meios de comunicação, translúcida é a conclusão de que não é viável uma diversidade de agentes, em larga escala, quanto à administração, gestão e manutenção destas empresas, embora exista a necessidade de garantia de acesso aos veículos de comunicação enquanto público e, ainda, como ator participante da produção e seleção de notícias e fatos de maior relevo social.

Assim, tal constatação faz-se fundamental para o reconhecimento de uma impossibilidade de atuação direta por parte de todos os membros da sociedade, em razão da insuficiência e escassez dos meios, caracterizando certa restrição lógica ao pluralismo. Afirma-se a necessidade da pluralidade da mídia, esperando-se garantia de acesso à produção e distribuição do conteúdo veiculado por ela. Porém, não se pode exigir que os meios de comunicação, em sua estruturação finalística, retratem os interesses de cada indivíduo, o que somente se daria caso se delegasse a função de gestão das empresas de comunicação social exclusivamente ao Estado, representando de forma institucional todos os cidadãos, “mas em prejuízo dos alguns que poderiam gerir diretamente esses meios e lhes imprimir diversos signos, tendências e linhas editoriais” (MARTÍNEZ, 2007, p. 16).

Cria-se, deste modo, um aparente paradoxo. Se por um lado tem-se o direito a liberdade de expressão como um direito de todos, por outro, constata-se a impossibilidade de gestão coletiva dos meios de comunicação, definindo o controle da produção da notícia como uma possibilidade real de uns poucos (MARTÍNEZ, 2007, p. 16). Assim, apesar da garantia abstrata ao direito de livre expressão ser de cunho coletivo, a seleção dos argumentos, atores e arenas é estritamente restrito. Reside neste tópico, conforme exposto por Ángela Martinez (2007), um elemento subjacente à preocupação manifesta pelas diferentes sociedades quando, além da restrição da produção das notícias, existe uma concentração da propriedade dos meios de comunicação.

Contudo, afere-se que um modelo onde se submetesse a gestão das empresas de comunicação à tutela estatal, provavelmente, não seria hábil a solucionar esse panorama de desconfiança quanto a imparcialidade e pluralidade dos conteúdos transmitidos pelos meios de comunicação, pois “embora viesse a impedir a imposição de critérios de consumo ou de rentabilidade sobre as comunicações, tal intervenção implicaria grave erro de retroceder muitos anos no desenvolvimento dos modelos políticos ocidentais” (MARTÍNEZ, 2007, p. 17). Caso assim se procedesse, correria-se o risco de perder a trabalhosa distinção entre o espaço do público, espaço privado e a esfera do livre pensamento daquela de direcionamento estatal ou de verdade ou ideologia oficial (MARTÍNEZ, 2007, p. 17).

Entretanto, faz-se oportuno destacar que a mera imposição do pluralismo externo na comunicação social, promovendo-se a diversidade de empresas no mercado das comunicações, com a instauração da competição entre diversos veículos comerciais privados, embora de suma relevância, não necessariamente garantiria uma pluralidade de informações e opiniões. Com efeito, em sistemas de comunicação pautados exclusivamente pelas regras do mercado, “todos os veículos tenderão a priorizar a maximização da sua audiência e a atração de publicidade e patrocínio – objetivos que nem sempre se acomodam bem com a missão democrática da imprensa” (SARMENTO, 2007, p. 25).

Assim, embora a outorga da propriedade dos meios de comunicação seja feita, majoritariamente, em benefício de particulares, possuindo entre eles interesses diversos, “deixá-los somente nas mãos do Estado importa substituir a liberdade de expressão por um serviço estatal de comunicações que irá necessariamente selecionar conteúdos e tendências com uma única voz” (MARTÍNEZ, 2007, p. 17). Por lógico, tal risco não objeta a incursão do Estado no campo da comunicação social, exigindo-se, em contrapartida, determinados

requisitos legais. Por este motivo, a diretriz axiológica dos regimes democráticos liberais permite que coexistam “as garantias de livre atividade econômica dos particulares e a possibilidade de intervenção do Estado, seja de ordenação e de regulação, sobre elas ou de participação nessas mesmas atividades sem privilégios, obedecendo a um estatuto geral” (MARTÍNEZ, 2007, p. 18).

Portanto, constata-se que, muito embora exista uma virtual democracia quanto à oportunidade de realização da atividade midiática, para sua consecução é necessário possuir alguns requisitos próprios. Uma das barreiras que se impõe ao indivíduo que quiser explorar a atividade de comunicação social é o volume de capital, já que “são necessários vultuosos recursos econômicos para a criação e a manutenção de veículos de comunicação, e obviamente, a imensa maioria da população não dispõe destes recursos” (SARMENTO, 2007, p. 23). Configura-se, portanto, uma barreira promovida pelo capital, levando a escassez de empresas no mercado, uma vez que poucos na sociedade terão as condições econômicas necessárias para se engajarem nesta atividade.

Percebe-se, assim, uma mudança de foco na exigência do pluralismo, abandonando a necessidade de participação de todos os atores sociais, em razão da impossibilidade já exposta, e reforçando a imposição da necessidade de diversidade de conteúdos. Assim, se existirem ao menos dois veículos de comunicação diversos em determinado mercado, por um lado já se garante certa pluralidade, “mas não necessariamente diversidade, e com isso se enfatiza que, na realidade, o que se deve buscar para definir o pluralismo de um sistema de meios de comunicação é a manifestação de princípios ou doutrinas diversos neles” (MARTÍNEZ, 2007, p. 18).

Para melhor ilustrar a questão do pluralismo, na modalidade de diversidade de argumentos, opiniões, atores e arenas, transcreve-se descrição realizada pelo Conselho da Europa:

“A diversidade deveria ser definida como a possibilidade de escolher em um momento dado entre diferentes gêneros jornalísticos, diferentes temas e acontecimentos, diferentes fontes de informação, diferentes formatos, apresentações e estilos, diferentes interesses, opiniões e valores, diferentes autores, diferentes perspectivas etc. Em síntese, diversidade reenvia a reconstruções culturais do universo diferentes por parte dos meios de comunicação” (MARTÍNEZ, 2007, p.18).

Contudo, sendo inquestionável o poder da imprensa nas sociedades democráticas, potencializado pela liberdade de expressão desses veículos e o alto grau de

seletividade do mercado, em grande parte decorrente do capital, esses meios de comunicação tornaram-se alvos em potencial para as elites econômicas. Conforme exposto, a concentração da propriedade dos veículos de comunicação, reduz a oferta de informações de diferentes fontes, atentando drasticamente contra a diversidade de argumentos, opiniões e informações. Deste modo, a concentração do referido poder da imprensa em poucas mãos configuraria um grande problema para o ideal democrático, porquanto com pouca participação da sociedade civil, há risco de cerceamento do direito de expressão da maioria da população ou, até mesmo, uma interferência pouco saudável para o livre exercício da democracia.

Faz-se necessário, portanto, que haja uma regulação em função do interesse público, soberano nos regimes democráticos, e não em favor de interesses políticos de curto prazo, principalmente quando estes favorecem grupos particulares. Deve-se proceder, em análise deontológica, a implementação de políticas que garantam certo grau de diversidade das informações, meios, atores e arenas, sendo tal medida indispensável para que se resgate a legitimidade da relação entre o papel dos meios de comunicação, e sua inerente liberdade de imprensa, e a liberdade de expressão e de informação por parte dos cidadãos, garantindo-se, assim, salutar exercício da democracia.

Contudo, as exigências regulatórias criam um outro problema, qual seja, como assegurar o justo equilíbrio entre o interesse social, os direitos dos cidadãos, as exigências constitucionais, por um lado, e os interesses dos particulares engajados na operação das empresas de mídia? A questão, nesse caso, não constitui um embate entre a regulação do mercado de comunicação social e a liberdade da iniciativa privada. Na verdade, discute-se a intervenção legislativa em prol do interesse público versus a regulação, ou ausência desta, para servir exclusivamente aos interesses privados.

CAPÍTULO III

3 Diretrizes constitucionais e a insuficiência da Lei n.º 5.250/1967

Esclarecido o papel dos meios de comunicação na consolidação da esfera pública, bem como a relação destes com a efetivação da liberdade de expressão e informação, volta-se novamente ao julgamento referente à Lei de Imprensa. Assim, descritos os pressupostos teóricos de análise, passa-se à elaboração de diagnóstico acerca da efetiva proteção conferida pelo poder legislativo aos referidos direitos fundamentais. Para tal, diferente do que foi realizado no primeiro capítulo do presente estudo, quando se analisou os fundamentos da decisão sob o prisma da compatibilidade da revogada Lei nº 5. 250/1967 com o ordenamento jurídico vigente, passa-se agora a avaliar como alguns dispositivos do diploma legal revogado disciplinavam a questão da liberdade de expressão e de informação, aferindo se estes garantiam, ou não, uma efetiva proteção a estas garantias.

Impõe-se, portanto, necessário retomar a discussão travada no STF acerca da Lei de Imprensa, avaliando a harmonia do texto legal revogado com a efetivação dos mencionados direitos, possibilitando, assim, a detecção de possíveis carências legislativas quanto a matéria. Portanto, proceder-se-á análise acerca da tutela legal da relação entre a atividade dos meios de comunicação e os direitos de expressão e de informação da sociedade, procurando entender se as normas contidas na Lei n.º 5.250/67 revestem-se da necessária complementaridade de sentido e aplicação das diretrizes traçadas na Constituição da República.

Conforme exposto, os discursos defendidos pela Suprema Corte brasileira, quando do julgamento da ADPF nº 130, apesar dos posicionamentos aparentemente divergentes, tiveram um cerne comum: a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa. Assim, mesmo aqueles que se posicionavam no sentido da manutenção do texto legal, imputavam a tal ato um aspecto de provisoriedade, sendo, portanto, unanimidade a decisão pela incompatibilidade da referida lei, em sua condição de sistema normativo, face o novo ordenamento jurídico.

Contudo, percebe-se que a argumentação defendida por quatro ministros do STF no sentido de se preservar determinados dispositivos da lei, a fim de não se promover um “vácuo normativo”, revela certa satisfatoriedade entre os mandamentos legais presentes na referida lei e o interesse público tutelado. Assim, em razão da aparência de

constitucionalidade de alguns destes artigos, faz-se mister analisar alguns desses dispositivos, identificando os que detinham relevância e compatibilidade com a nova ordem constitucional, proporcionando maior aplicabilidade ao disposto na Lei Magna.

3.1 Compatibilidade da regulamentação da liberdade de imprensa com a novo ordem constitucional

O ministro relator Carlos Ayres Britto desenvolveu um pensamento amparado na capacidade de autorregulação destes, afirmando que esta “nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância”. Ressalta, portanto, a importante ação regulatória advinda da sociedade, que por meio de seus valores e da seletividade de informações, opera como “antídoto social contra os abusos e desvios da imprensa”.

Todavia, apesar do posicionamento do ministro, *prima facie*, parecer concluir pela incompatibilidade da atividade da imprensa para com qualquer restrição legal, em outro momento este entendimento demonstra certa flexibilização. Tem-se que, em um primeiro momento, aduziu que “em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica”. Contudo, após interpelação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa, Ayres Britto ressaltou que “há matérias periféricamente de imprensa, ou lateralmente de imprensa, que podem ser objeto de lei”.

O ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por sua vez, atentando-se a tensão constitucional entre os direitos da personalidade e os de liberdade de informação e expressão. Pontuou que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias”. Citando Auguste Comte, o ministro afirma que a liberdade de imprensa poderia ser considerada sob a perspectiva política de duas maneiras distintas, a saber: como um direito ou como uma instituição política. Quanto esta segunda concepção, que Comte identifica como base do sistema representativo, anotando, ainda, que “a liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldades ao exercício desta instituição política”. Assevera que, partindo de uma concepção científica, esta liberdade “íntegra, necessariamente, o conceito de

democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias”.

Afirma, outrossim, que a liberdade de imprensa não se coaduna com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldade ao exercício dessa instituição política. Aduz que “qualquer lei que se destine a regular esse exercício da liberdade de imprensa como instituição a disciplinar, tendo por objetivo dar a cada cidadão esclarecido voz na formação da lei, não pode revestir-se de caráter repressivo, que o desnature por completo”.

A ministra Cármen Lúcia, ratificando o posicionamento do ministro relator Ayres Britto, afirmou que a liberdade de imprensa, como manifestação mais importante da liberdade, se compõe para a “realização da dignidade da pessoa humana”. Contrariando o defendido pelo ministro Menezes Direito, reforçou a complementaridade dos conceitos de liberdade de imprensa e o de dignidade da pessoa humana, expondo que “quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes”.

Refutando o argumento de que uma lei de imprensa, por si só, revelaria certo autoritarismo estatal, a ministra expôs um levantamento realizado por ela no qual se constatou que “muitos Estados Democráticos contam com lei de imprensa e nem por isso são considerados antidemocráticos”. Concluiu seu voto afirmando que a Constituição da República de 1988 positivou regularmente e plenamente os elementos necessários para que os abusos sejam evitados, existindo, portanto, no ordenamento jurídico pátrio, mecanismos para controlar e punir todos os abusos que, eventualmente, sejam cometidos em nome da liberdade de imprensa. Pontuou: “vale para imprensa, isso vale para todo mundo”.

Este mesmo posicionamento adotou o ministro Ricardo Lewandowski, asseverando que a lei de imprensa constituía texto inteiramente supérfluo, porque a matéria nele contida já se encontrava, no que interessa à cidadania, regulada por inteiro no texto constitucional. Procedendo um contraponto com o voto lavrado pela ministra Cármen Lúcia, Lewandowski afirmou que “nos países onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja submetida a qualquer disciplina legal”.

O ministro Joaquim Barbosa aduziu ser uníssono entre os membros da

Suprema Corte brasileira a concepção da imprensa como exercente de papel fundamental “na evolução e na consolidação da democracia”. Sustentou, igualmente, a função de fiscalizador do Estado e da sociedade, afirmando que é através dos veículos de comunicação que os cidadãos tomam conhecimento dos assuntos da pólis, desempenhando papel fundamental na “orientação” e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação”.

Joaquim Barbosa inaugura na discussão travada pelo STF o discurso de que não basta uma imprensa ser livre, devendo ser, também, plural, diversa, “de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de idéias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade”. O ministro destacou uma problemática inerente às sociedades modernas que demandam devida atenção por parte dos Estados: a concentração dos veículos de imprensa nas mãos de poucos grupos econômicos. Ressaltou que essa conjuntura de patente oligopólio prejudica a “formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos”.

Utilizando-se de argumentação proposta pelo professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, nos Estados Unidos da América, o ministro atesta que nem sempre o Estado atua de forma negativa, repressiva, no campo das liberdades de expressão e de comunicação”. Portanto, conclui que o Estado pode, e deve, orientar-se no sentido de proteger a liberdade de imprensa, em sua abrangência e diversidade.

Realizando análise sistemática dos fatores relacionados à liberdade de imprensa, relacionou alguns dotados de maior relevo jurídico: “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”. Frisa, todavia, quanto este último, a questão da concentração dos veículos midiáticos, alegando existir uma situação de elevada impotência a que pode ser relegado determinado grupo social “marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes”. O ministro afirmou, por derradeiro, a importância de uma análise da liberdade de imprensa sob a ótica dos destinatários da informação e não exclusivamente à luz dos interesses dos produtores da informação. Debate este que afirmou, lamentavelmente, não estar presente, no julgamento da ADPF nº 130.

O ministro Cezar Peluso sustentou o argumento de que a constituição não concede caráter absoluto a qualquer direito, nem sequer em relação à vida. Deste modo, “não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda”. Entendeu, ainda, que a liberdade de imprensa é “plena nos limites conceitual-constitucionais”, dentro do espaço reservado pela Constituição. Contudo, o texto constitucional procura manter o equilíbrio entre os valores que adota, consoante suas concepções ideológicas, ponderando entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o ministro Peluso adotou entendimento favorável a edição de outra lei de imprensa, alegando que “até que o Congresso Nacional, caso 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”.

A ministra Ellen Gracie reforçando o posicionamento exposto pelo ministro Joaquim Barbosa, afirmou que a ofensa proveniente dos veículos de comunicação, em decorrência de sua propagação e extensão do dano, deverá ter por parte do Estado maior reprovabilidade. Discordando do argumento manifesto pelo relator, ministro Ayres Britto, entendeu, ainda, não haver “hierarquia entre os direitos fundamentais consagradas na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais”.

Ratificando novamente o entendimento consagrado pelo ministro Joaquim Barbosa, a ministra Ellen Gracie aduziu que a plenitude da liberdade de imprensa “não é automaticamente comprometida pela existência de legislação infraconstitucional que trate da atividade de imprensa, inclusive para protegê-la”, sendo possível, por conseguinte, a regulação desta atividade. Assim, conclui que caberá ao poder judiciário avaliar se determinada disposição legal representa embaraço, obstáculo, ao livre exercício de manifestação, observadas as diretrizes constitucionais expressamente indicadas, consoante o disposto no artigo 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu artigo 5º.

Encerrando seu voto, a ministra afirmou que o artigo 220 da Constituição da

República, quando positiva que nenhum instrumento normativo poderá constituir obstáculo à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, XI, XIII e XIV, “quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação”.

O ministro Marco Aurélio, por se posicionar contrariamente à revogação da lei de imprensa, não manifestou com profundidade a necessidade de um novo diploma legal para regular a atividade da imprensa, mas entendeu pela possibilidade de composição de um novo complexo normativo para disciplinar a matéria. Afirmou que deve-se deixar “à cargo de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro, dos representantes dos Estados e, portanto, deputados e senadores, a edição de lei que substitua a em exame”.

O ministro Celso de Mello, por sua vez, mencionando a Declaração de Chapultepec, quando da Conferência Hemisférica sobre a Liberdade de Expressão, afirmou que “nada é mais nocivo, mais perigoso, do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, pois o pensamento há de ser livre - permanentemente livre”. Afirmou que sob a égide da vigente Constituição, a liberdade de informação e de manifestação do pensamento assume papel fundamental como pilar do regime democrático. Asseverou, ainda, que a liberdade de informação jornalística desempenha relevante função político-social, eis que, “em seu processo de evolução histórica, afirmou-se como instrumento realizador o direito da própria coletividade à obtenção de informação”.

Aduziu que se deve observar uma peculiaridade referente à liberdade de imprensa que, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação, reveste-se de abrangente conteúdo, compreendendo, entre outras prerrogativas: o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar. Sustenta que a crítica jornalística traduz direito impregnado de qualificação constitucional e, quando inspirada pelo interesse público, não se revela suscetível à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal. Assevera, ainda, que o direito de crítica encontra “suporte legitimador” no pluralismo político, um dos pilares constitucionais do Estado Democrático de Direito. Afirma que “o reconhecimento da legitimidade do direito de crítica, tal como sucede no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como ‘pressuposto do sistema democrático’, erigindo-se, por efeito de sua natureza mesma, em condição de verdadeira ‘garantia institucional da opinião pública’ ”.

Salientou que o regime constitucional vigente no país favorece, expressivamente, a conjuntura em que se desenvolvem as liberdades de pensamento. Todavia, concluiu que não há no ordenamento jurídico direitos ou garantias revestidas de caráter absoluto, sendo que a Constituição da República, mesmo assegurando o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a “intervenção normativa” por parte do Poder Legislativo, viabilizando-se a emanção de regras concernentes à proteção de determinados direitos fundamentais, observadas as diretrizes traçadas pela própria Constituição.

O ministro Gilmar Mendes indagou que, se é unânime a aceitação da importância da liberdade de imprensa no contexto de um regime democrático e do seu significado como “direito fundamental universalmente garantido”, não menos evidente é que, no campo prático, “nunca houve uma exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da idéia de imprensa livre e a sua efetiva realização e proteção”. Declarou que mesmo em “nações de democracia avançada”, a liberdade de imprensa configura um valor em constante afirmação e concretização, estando o Brasil, em toda sua recente democracia, neste mesmo estágio de busca por uma imprensa efetivamente livre.

Garantiu que grande parte dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, exaltam a liberdade de imprensa como um direito de caráter quase absoluto, não estando sujeito a restrições por parte do Estado. Atestou, ainda, que no Brasil, apesar das previsões expressas acerca da possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa, previstas nas primeiras constituições, o texto constitucional de 1988 adotou, em seu artigo 220, disposição similar ao “modelo liberal clássico da liberdade de imprensa, verbis: “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”. Contudo, o ministro afirmou que ao mesmo tempo em que positiva a não restrição da liberdade de imprensa, o texto constitucional não apenas autoriza, como “obriga a intervenção legislativa no sentido de sua promoção e efetividade”.

Entretanto, reiterou que a positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa, como valor defeso de restrições de qualquer natureza, não impediu, todavia, a “delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo”. Sustentou que a “análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na

interpretação e aplicação desses textos constitucionais”. Assim, conclui que o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito insere-se na jurisprudência constitucional “a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa”.

3.2 Liberdade de Manifestação do Pensamento e da Informação: Lei de imprensa e a perpetuação da ausência de regulamentação

Objeto primordial da discussão no Supremo Tribunal Federal, a Liberdade de manifestação do pensamento e da informação, conceito estrutural do Estado Democrático de Direito, ironicamente, empresta seu nome ao primeiro capítulo da Lei n.º 5.250/67. Editado em pleno regime ditatorial brasileiro, o referido diploma legal positivava sete artigos no intuito de disciplinar o exercício da liberdade de expressão nas relações de comunicação social, discorrendo, ainda, acerca da propriedade das empresas de comunicação social.

Transcreve-se, por oportuno, o referido capítulo da revogada Lei de imprensa, verbis:

DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DA INFORMAÇÃO

Art . 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Govêrno poderá exercer a censura sôbre os jornais ou periódicos e emprêsas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

Art . 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes.

§ 1º A exploração dos serviços de radiodifusão depende de permissão ou concessão federal, na forma da lei.

§ 2º É livre a exploração de emprêsas que tenham por objeto o agenciamento de notícias, desde que registadas nos termos do art. 8º.

Art . 3º É vedada a propriedade de emprêsas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador.

§ 1º Nem estrangeiros nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderão ser sócios ou particular de sociedades proprietárias de emprêsas jornalísticas, nem exercer sôbre elas qualquer tipo de contrôle direto ou indireto.

§ 2º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das emprêsas jornalísticas caberão, exclusivamente, a brasileiros natos, sendo rigorosamente vedada qualquer modalidade de contrato de assistência técnica com emprêsas ou organizações estrangeiras, que lhes faculte, sob qualquer pretexto ou maneira, ter

participação direta, indireta ou sub-reptícia, por intermédio de prepostos ou empregados, na administração e na orientação da empresa jornalística.

§ 3º A sociedade que explorar empresas jornalísticas poderá ter forma civil ou comercial, respeitadas as restrições constitucionais e legais relativas à sua propriedade e direção.

§ 4º São empresas jornalísticas, para os fins da presente Lei, aquelas que editarem jornais, revistas ou outros periódicos. Equiparam-se às empresas jornalísticas, para fins de responsabilidade civil e penal, aquelas que explorarem serviços de radiodifusão e televisão, agenciamento de notícias, e as empresas cinematográficas. (Redação dada pela Lei nº 7.300, de 27.3.1985)

§ 5º Qualquer pessoa que emprestar seu nome ou servir de instrumento para violação do disposto nos parágrafos anteriores ou que emprestar seu nome para se ocultar o verdadeiro proprietário, sócio, responsável ou orientador intelectual ou administrativo das empresas jornalísticas, será punida com a pena de 1 a três anos de detenção e multa de 10 a 100 salários-mínimos vigentes na Capital do País.

§ 6º As mesmas penas serão aplicadas àquele em proveito de quem reverter a simulação ou que a houver determinado ou promovido.

§ 7º Estão excluídas do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo as publicações científicas, técnicas, culturais e artísticas.

Art . 4º Caberá exclusivamente a brasileiros natos a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, transmitidos pelas empresas de radiodifusão.

§ 1º É vedado às empresas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto ou expediente, mantenham ou nomeiem servidores ou técnicos que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou conhecimento da vida administrativa ou da orientação da empresa de radiodifusão.

§ 2º A vedação do parágrafo anterior não alcança a parte estritamente técnica ou artística da programação e do aparelhamento da empresa.

Art . 5º As proibições a que se referem o § 2º do art. 3º e o § 1º do artigo 4º não se aplicam aos casos de contrato de assistência técnica, com empresa ou organização estrangeira, não superior a seis meses e exclusivamente referente à fase de instalação e início de funcionamento de equipamento, máquinas e aparelhamento técnicos.

Art . 6º Depende de prévia aprovação do CONTEL qualquer contrato que uma empresa de radiodifusão pretenda fazer com empresa ou organização estrangeira, que possa, de qualquer forma, ferir o espírito das disposições dos artigos 3º e 4º, sendo também proibidas quaisquer modalidades contratuais que de maneira direta ou indireta assegurem a empresas ou organizações estrangeiras participação nos lucros brutos ou líquidos das empresas jornalísticas ou de radiodifusão.

Art . 7º No exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação não é permitido o anonimato. Será, no entanto, assegurado e respeitado o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, radiorepórteres ou comentaristas.

§ 1º Todo jornal ou periódico é obrigado a estampar, no seu cabeçalho, o nome do diretor ou redator-chefe, que deve estar no gozo dos seus direitos civis e políticos, bem como indicar a sede da administração e do estabelecimento gráfico onde é impresso, sob pena de multa diária de, no máximo, um salário-mínimo da região, nos termos do art. 10.

§ 2º Ficará sujeito à apreensão pela autoridade policial todo impresso que, por qualquer meio, circular ou fôr exibido em público sem estampar o nome do autor e editor, bem como a indicação da oficina onde foi impresso, sede da mesma e data da impressão.

§ 3º Os programas de noticiário, reportagens, comentários, debates e entrevistas, nas emissoras de radiodifusão, deverão enunciar, no princípio e ao final de cada um, o nome do respectivo diretor ou produtor.

§ 4º O diretor ou principal responsável do jornal, revista, rádio e televisão manterá em livro próprio, que abrirá e rubricará em tôdas as fôlhas, para exhibir em juízo, quando para isso fôr intimado, o registro dos pseudônimos, seguidos da assinatura dos seus utilizantes, cujos trabalhos sejam ali divulgados.

Muito embora o pedido principal da ADPF nº 130 se pautou no reconhecimento da “total invalidade jurídica da Lei n.º 5.250/67, porquanto incompatível com os tempos democráticos”, o deputado Miro Teixeira, autor da arguição, requereu, alternativamente, em relação ao disposto no capítulo transcrito, a declaração de não-recebimento, pela Constituição: a) da parte inicial do § 2º do artigo 1º, relativa ao fraseado “... a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem ...” ; b) do § 2º do artigo 2º; c) da íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º e 6º.

Todavia, apesar da revogação da Lei de Imprensa, percebeu-se que, em relação ao transcrito capítulo, a decisão pela incompatibilidade de tais artigos frente a nova ordem constitucional constituiu temática de extrema controvérsia. Apesar de, conforme defendido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em sua maioria, tais dispositivos manifestarem visível incompatibilidade com um regime democrático, seja sob a ótica da linguística, pelo uso de expressões nitidamente autoritárias como “não será tolerada”, quer pelo conteúdo normativo de tais, conforme a expressão: “que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei”, encontra-se entre esses artigos alguns com perfeita simetria com os mandamentos constitucionais.

Neste contexto, o dispositivo, senão, que melhor reproduzia o “espírito” da Constituição de 88 é o artigo 1º, cabeça, que preconizava ser “livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer”. Nota-se que tal dispositivo, mesmo promulgado mais de vinte anos antes, reúne algumas das diretrizes estabelecidas pela Constituição da República de 1988, dispostas nos incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento), IX (livre expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença) e XIV (acesso à informação). Possui, entretanto, conotação mais abrangente, reunindo em um só mandamento a liberdade de expressão, o repúdio à censura e a responsabilização do emissor pelos resultados advindos

de sua ação.

Apesar de compartilhar o caráter abstrato do texto constitucional, não se prestando a satisfazer o que o Ministro Gilmar Mendes chamou “intervenção legislativa no sentido de promover a liberdade de expressão, bem como sua efetividade”, pode-se realizar, a partir deste artigo, uma análise acerca da necessidade de regulamentação da liberdade de expressão no contexto da comunicação social. Proceder-se-á, então, um estudo não restrito ao expressamente disposto na lei, mas, sobretudo, as lacunas que devem ser preenchidas pelo poder legislativo a fim de garantir uma efetiva liberdade de expressão em relação aos meios de comunicação.

Para melhor entender esse mandamento legal, será analisado o núcleo semântico “é livre a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura”, interpretando-se, conjuntamente, os direitos tutelados neste mandamento e a escassez de elementos viabilizadores de proteção e efetividade da fruição destas garantias. Torna-se medida de bom alvitre, para tal, separá-lo em dois eixos: por um lado, os direitos à livre expressão e à informação e, por outro, a vedação à censura.

Quanto ao primeiro grupo, tem-se que constituem, por essência, verdadeiros pressupostos do Estado Democrático de Direito, constituindo as bases estruturais do regime democrático. Conforme exposto, esta democracia transcende a definição de um governo das maiorias, norteando-se em razão da procura do “autogoverno popular”, possibilitando aos cidadãos uma participação mais livre e igualitária da formação da vontade do Estado (Dahl, 2001, p. 51). Todavia, esta contribuição não se consolida apenas por meio do exercício dos direitos políticos, como também, conforme descrito por Habermas, pela atuação na esfera pública, em arenas múltiplas que pressionam e fiscalizam a ação dos governantes (Sarmiento, 2007, p. 6). Tal processo deliberativo é, segundo Habermas, um processo de socialização e de articulação política fundado na discussão, formando-se redes de fluxos discursivos que associam os espaços institucionais e os espaços públicos mobilizados pela cultura e pelas associações da sociedade civil (Habermas, 2006, p. 35).

Assim, para o filósofo, para que as estruturas deliberativas atuem de moda a viabilizar uma articulação entre atores e arenas discursivas, o papel dos meios de comunicação é imprescindível (Habermas, 2006, p. 35). Contudo, para que essa relação entre

os veículos de comunicação e o processo deliberativo seja plena e efetiva, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar livremente as suas convicções (Sarmiento, 2007, p. 20). Em um contexto de liberdade de acesso à informação, bem como de livre expressão, os meios de comunicação poderiam mediar os processos deliberativos na esfera pública, desempenhando importante função na democratização da participação dos diferentes atores e cenários nos processos deliberativos (Marques, 2008, p.31).

Entretanto, para que a atividade destes veículos de comunicação desempenhem seu papel legitimador da democracia, materializando a garantia da liberdade de expressão, necessita-se que exista uma multiplicidade de vozes na esfera pública, sendo que “a escassez de diversidade quanto à difusão de idéias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica” (Farias, 2004, p. 79).

É por meio de uma imprensa plural que se garante à sociedade o conhecimento das diversas concepções políticas, ideológicas e filosóficas existentes na sociedade, possibilitando um amplo debate dentro da esfera pública. Ademais, quanto a própria atividade da imprensa, “o pluralismo das fontes de informações poderá resultar em uma melhor qualidade do conteúdo da comunicação” (Farias, 2004, p. 80). Como exposto no capítulo anterior, a concentração dos veículos de comunicação constitui um grande obstáculo para a constituição de uma comunicação social democrática, pondo em risco a diversidade de discursos, atores e arenas inerentes as esferas públicas das sociedades democráticas, podendo resultar em uma homogeneização das idéias, das notícias e perspectivas divulgadas.

Não obstante, em que pese a problemática do pluralismo, é importante ressaltar a magnitude do papel da liberdade de expressão no regime democrático, possibilitando que o interesse público seja erigido através do confronto livre de idéias, no qual todos os grupos e cidadãos tenham uma possibilidade mais concreta de participação, “seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares” (Sarmiento, 2007, p. 20). Destarte, entendendo o papel da liberdade de expressão e de informação no Estado Democrático de Direito, passa-se a analisá-los quanto ao seu tratamento constitucional.

Quanto à liberdade de acesso à informação, faz-se oportuno proceder uma divisão conceitual desta, observando-se com mais clareza algumas de suas vertentes. A

doutrina ordinariamente o divide em: direito de ser informado, o direito de se informar e o direito de informar. Quanto à primeira espécie, tem-se que o direito fundamental de ser informado encontra guarida, de forma geral, no inciso IX do artigo 5º da Constituição da República, que aduz: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”. Destarte, percebe-se que, no ordenamento brasileiro, “não vige apenas um interesse geral pela informação ou um direito moral de ser informado, mas um verdadeiro e próprio direito do destinatário das notícias de recebê-las, isto é, uma posição jurídica subjetiva autônoma” (Farias, 2004, p. 168). Assim, o âmbito normativo configurado pelo inciso IX do art. 5º protege igualmente o sujeito ativo e o sujeito passivo do processo de comunicação.

Todavia, sabe-se que a chamada auto-censura exercida pelos meios de comunicação inviabiliza a fruição efetiva de tal direito, haja vista o grande risco de contaminação e deturpação das informações veiculadas por estes conglomerados, conforme seus próprios interesses políticos. Assim, a análise da imparcialidade, bem como da veracidade da informação, relacionadas a essência da atividade jornalística, ficam prejudicadas pela falta de diversidade das fontes, monopolizando os elementos de formação e direcionando a construção da chamada “opinião pública”. Constata-se, por conseguinte, que o mercado, quando enodado pela ausência de pluralidade, torna-se um fator extremamente estorvador do direito de ser informado.

Já o direito de se informar, com previsão legal no inciso XIV do artigo 5º da Constituição, que proclama: “é assegurado a todos o acesso à informação”, vincula-se, por excelência, à liberdade de busca de dados ou documentos. Constitui, assim, o direito individual ou coletivo de se requerer, perante o Estado ou bancos de dados públicos, informações de interesse pessoal ou coletivo. É, ainda, o direito individual de buscar, em bancos de dados particulares, informações de interesse particular. O cidadão tem direito de acesso aos arquivos públicos, admitido o sigilo tão somente em relação aos documentos cuja revelação possa provocar grave dano aos interesses da Nação ou da sociedade. Como uma das garantias desse direito fundamental a Constituição Federal de 1988 instituiu o habeas data, que deverá ser judicialmente concedido para “assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público” (WEICHERT, 2007).

Assim, pode-se entender o direito de se informar como um mecanismo de controle da Administração Pública, porquanto ele viabiliza o “acompanhamento e o conhecimento das atividades dos órgãos estatais, bem como enseja o acesso participativo na gestão da coisa pública” (FARIAS, 2004, p. 166)

O direito de informar, por sua vez, aspecto ativo da liberdade de comunicação, encontra-se disposto no inciso IX do artigo 5º da Constituição da República. Visceralmente vinculado à “função pública da comunicação social”, é por meio deste direito que se assegura a multiplicidade de argumentos, atores e arenas, garantindo-se, por lógico, a pluralidade na arena pública. Assim, o direito de informar é, sem dúvida, ferramenta fundamental para a real participação do cidadão na vida pública, sendo, ainda, de suma importância para a formação de um debate democrático na esfera pública, estabelecido, sobretudo, com base na livre discussão.

Muito embora constitua um direito fundamental reconhecido a todos os cidadãos, tem-se que atividade de comunicar em uma larga escala os assuntos de interesse geral, em uma dimensão clássica da liberdade de comunicação, é atualmente “exercida principalmente pelos profissionais da comunicação, por meio dos órgãos de divulgação de massa” (FARIAS, 2004, p. 168). Conforme anteriormente elucidado, os meios de comunicação são responsáveis, concordante com o exposto pelo ministro Joaquim Barbosa, pela conscientização dos cidadãos a respeito dos problemas da polis, sendo “fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos”, desempenhando relevante papel político e social.

Contudo, caso estes meios de comunicação não sejam dotados de pluralidade, diversidade, de maneira a oferecer e contemplar os mais diferentes atores e arenas da esfera pública, submeter-se-à essa benéfica função da mídia ao controle de um pequeno grupo de empresários, desviando os meios de comunicação de seu caráter democrático.

Adentrando ao texto constitucional, tem-se que as liberdades de expressão e de informação estão garantidas nos incisos IV, IX e XIV do Art. 5º e 220, cabeça, da Constituição da República, estando consubstanciadas entre os direitos humanos de primeira dimensão, ou seja, entre os direitos individuais de status negativo, nos quais postulava-se uma abstenção estatal para sua plena efetivação. Conforme defendido pelo ministro Gilmar

Mendes, a concepção liberal clássica acerca da mencionada liberdade a protegia de qualquer intervenção estatal, seja por meio de mecanismos de censura, seja por força de lei. Assim como sustentáculo do regime democrático, a condição de emancipação do conteúdo veiculado na esfera pública frente o controle estatal era tida como absoluta.

Desta forma, por meio desta compreensão, argumenta-se que alguns dispositivos constitucionais ratificariam esse pensamento libertário, determinando um posicionamento absenteísta por parte do Estado. Cita-se, a título de exemplo, a divergência acerca do artigo 5º, inciso IX, da Lei Magna, que apregoa: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Em uma leitura rasa do referido artigo, poderia-se afirmar que o objetivo principal do dispositivo é a liberdade de expressão, proibindo-se, tanto por via expressa quanto lógica, a censura. Esta, contudo, era entendida somente em relação as arbitrariedades entre Estado e imprensa, “ignorando-se outras forças sociais hegemônicas, como o mercado” (FILHO, 2005, p. 2).

Deste modo, chega-se ao segundo eixo de significação do artigo 1º da Lei 5.250: a vedação à censura. Conforme exposto, quando se fala em censura à liberdade de imprensa, deve-se ter em mente o caráter dúplice desta, envolvendo tanto a censura por parte do Estado, como aquela realizada pelos próprios meios de comunicação, a chamada “autocensura”. Contudo, levando-se em conta o contexto histórico, não é difícil perceber que o legislador deu, à época, maior ênfase a censura estatal, não levando em conta as arbitrariedades do mercado da comunicação.

Contudo, para se ter uma idéia da projeção que essa oligopolização tem no interesse social, destaca-se que em uma recente pesquisa de opinião a respeito da liberdade de imprensa, realizada em 14 países, constatou-se que os cidadãos brasileiros são os mais preocupados com a elevada concentração da propriedade dos meios de comunicação. Encomendado pelo Serviço Mundial e realizada pelas empresas de pesquisa GlobeScan e Synoyate, o estudo examinou a opinião de 11.344 pessoas por meio de um questionário. Conforme os resultados divulgados, 80% dos brasileiros se mostram preocupados com a propriedade das companhias de mídia, acreditando que esse controle pode levar à "exposição das visões políticas" dos proprietários destes veículos. Tal porcentagem esteve próxima a de países como México (76%), Estados Unidos (74%) e Grã-Bretanha (71%). Os brasileiros também demonstraram grande interesse em participar do processo de decisão sobre o que é

noticiado: 74% dos entrevistados disseram que gostariam de "ser ouvidos" na escolha das notícias (BORTOLOTTI, 2007).

Analisando o resultado do mencionado estudo, pode-se perceber que a questão do oligopólio dos veículos de comunicação transcende as fronteiras meramente acadêmicas e jurídicas, revelando-se temática de relevante interesse social. Tem-se que a centralização da propriedade dos meios de comunicação no Brasil não constitui um fato novo, sendo, em verdade, a regra da distribuição do controle deste veículos no país. Vieira (2007) explica que nos anos 90 os veículos de comunicação de massa pertenciam, quase que exclusivamente, à nove "famílias": Abravanel (SBT), Bloch (Manchete), Civita (Editora Abril), Frias (Folha de São Paulo), Levy (Gazeta Mercantil), Marinho (Organizações Globo), Mesquita (O Estado de São Paulo), Nascimento Brito (Jornal do Brasil) e Saad (Rede Bandeirantes).

Entretanto, passados quase vinte anos, a situação da concentração da propriedade se agravou ainda mais. Quatro destes grandes grupos perderam espaço para os demais (Bloch, Levy, Nascimento Brito e Mesquita), acirrando a caracterização de um poderoso oligopólio. Vieira aduz que, hodiernamente, seis grandes grupos predominam no panorama da comunicação social brasileira, são eles: Civita, Marinho, Frias, Saad e Abravanel – bem como Sirotsky, à frente da Rede Brasil Sul (RBS) nos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, "são os clãs que comandam o oligopólio midiático no Brasil" (VIEIRA, 2007, p.1).

E ao contrário do que se possa pensar, as inovações tecnológicas não foram capazes de viabilizarem efetivamente meios alternativos para o desenvolvimento de uma competição mais justa, sendo, pelo contrário, fatores que agravaram ainda mais a situação e o poder desse oligopólio. Em estudo realizado pelo Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação, intitulado "Os donos da mídia", apurou-se o grande poder das redes, constatando-se que as "Organizações Globo", em parceria com suas 30 afiliadas, detém 89 transmissoras de TV VHF, 8 de TV UHF, 34 rádios AM, 53 rádios FM e 20 jornais, totalizando 204 veículos de comunicação. Já o SBT, contando com maior número de afiliadas, 47, detém 180 veículos. Concluída em 2002, a pesquisa não abrangeu dados sobre os portais de internet, que também pode-se observar estarem em claramente divididos entre estes grupos (LEITE, 2008, p. 10).

Venício Artur de Lima, em sua obra intitulada “Mídia, Teoria e Política”, realiza profícuo exame sobre o tema da concentração da propriedade dos meios de comunicação, constatando que a chamada “convergência tecnológica”, ao contrário do que se possa pensar, acabou por enaltecer o poder do oligopólio sobre os veículos de comunicação. Com notável profundidade, o autor indica que, em escala local, e, por meio de afiliações e decorrências da propriedade cruzada dos meios, reforçam-se as elites políticas locais, criando uma situação de profunda incoerência para com os ideais democráticos.

Diante deste panorama de polarização do acesso aos meios de comunicação, faz-se mister salientar que o contexto político de concentração proprietária destes meios atenta diretamente contra vários institutos constitucionalmente protegidos, tais como a liberdade de expressão e de imprensa, o direito de informar, o pluralismo político, enfim, contra os pilares do regime democrático e, por conseguinte, contra a função social da propriedade e da comunicação social. Com efeito, avaliando este panorama da condição da imprensa brasileira, pode-se conjecturar, conjuntamente com a concentração da propriedade, “o fortalecimento de elites políticas locais, que pode se constituir em ameaça concreta, não só para a liberdade de expressão mas para a própria democracia no Brasil” (LIMA, 2001, p.114).

Percebe-se, portanto, que o impacto da concentração dos veículos de comunicação nas sociedades modernas acaba por desvirtuar a imprensa de sua função originária, acarretando, ainda, uma “desconstrução” da esfera pública brasileira. Conforme sustentado por Habermas, os meios de comunicação dispõem de um referencial privilegiado da esfera pública, sistematizando o conteúdo discursivo que perfaz as diferentes esferas deliberativas do processo político. Todavia, a análise do quadro brasileiro revela uma grande falta de sintonia entre atores centrais e periféricos do sistema político brasileiro, “que se acentua quando esses atores periféricos ainda estão desenvolvendo as capacidades necessárias para assumir a articulação e a representação de seus próprios interesses na esfera de visibilidade mediada” (MARQUES, 2008, p. 35). Deste modo, o modelo de circulação do poder político desenvolvido por Habermas não encontra efetividade na conjuntura brasileira, vez que as demandas oriundas da periferia não conseguem chegar ao centro de uma forma eficiente, não sendo, por conseguinte, prontamente incorporadas ao processo de definição das políticas públicas e sociais.

Nesta perspectiva, nota-se que no quadro das múltiplas esferas públicas constituídas na sociedade civil brasileira, frequentemente os fluxos argumentativos

permanecem atrelados a seus contextos de origem, podendo-se inferir que: “ a) nem todos os assuntos escapam ao âmbito privado ganhando outros contextos comunicativos de maior visibilidade; b) nem todos os públicos e discursos alcançam oportunidades iguais de participação, de inclusão deliberativa e de desenvolvimento da autonomia para endereçarem suas demandas a outros contextos de deliberação” (MARQUES, 2008, p. 35).

Sem diminuir a importância da primeira suposição, pode-se, com base na segunda hipótese, afirmar a existência de grande assimetria na participação dos diferentes atores na circulação do poder político, constatando-se que os meios de comunicação, concorde defendido por Habermas, conferem notável preferência a divulgação dos discursos e interesses da elite, tornando-se um espaço de assimetria quanto à acessibilidade dos diferentes grupos e temas (HABERMAS, 1997, p. 111). Afirma-se, ainda, que a referida assimetria encontra suporte na grande concentração dos meios de comunicação, que resulta no oligopólio de seleção dos temas e demandas que merecem destaque na esfera pública.

Assim, se é certo que a distribuição do controle dos meios de comunicação na sociedade brasileira é extremamente irregular, objetando a atuação de novos atores e impedindo a efetiva participação popular, tem-se que “esse panorama acaba por privar as organizações da sociedade civil do mais importante meio de divulgação e discussão de suas idéias: o veículo de comunicação de massa” (BRITTOS e COLLAR, 2008, p. 71). A reversão desse contexto, contudo, se pautaria na viabilização de uma estrutura que atribuísse ao titular do direito a prerrogativa de se expressar publicamente, garantindo não apenas o mero direito de obter informação e de livre expressão, mas condições técnicas para a produção e veiculação das informações. “A simples livre expressão, sem qualquer prerrogativa, implica tão somente assegurar que os cidadão possam manifestar-se sobre os temas desejados de acordo com a sua opinião, mas sem meios para reverberar isso publicamente” (BRITTOS e COLLAR, 2008, p.72).

Assim, tem-se que embora a Lei 5.250/1967 destinava-se a regulamentar a atividade da imprensa no país, sua incompatibilidade com a nova ordem constitucional, em grande parte, era patente, manifestando-se tanto sob o ponto de vista formal, em relação à linguagem utilizada, quanto do ponto de vista material, tendo em vista o caráter manifestadamente autoritário dos referidos dispositivos.

Ademais, os artigos que aparentemente seriam compatíveis com a

Constituição da República são, conforme defendido pelo ministro Ricardo Lewandovski, supérfluos para o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em discordância com o eminente magistrado, a dispensabilidade de tais dispositivos não se dá em razão da autosuficiência do texto constitucional, mas pelo contrário, configura-se em face da imprestabilidade destes artigos para satisfação da necessidade legislativa gerada pela Constituição. Conclui-se, portanto que sob os dois eixos de análise, as liberdades de expressão e de acesso à informação, não encontravam na revogada Lei de Imprensa mecanismos que permitissem, em um cenário atual marcado por assimetrias de acesso aos veículos de comunicação, a viabilização e efetivação de seus exercícios.

Nota-se, por outro lado, que a omissão da lei, acaba por não só prejudicar a fruição das referidas liberdades, como dá suporte a um panorama que dificulta o exercício destas.

Faz-se oportuno, diante deste quadro, analisar como a Constituição da República estabelece as diretrizes de proteção à liberdade de expressão, avaliando quais as medidas que deveriam ser tomadas pelo Poder Legislativo a fim de restabelecer a democracia na participação na esfera pública brasileira.

3.3 Liberdade de Expressão: contraste entre a realidade e as diretrizes constitucionais

Depreende-se do votos dos ministros que, apesar da alegada concepção libertária dos direitos fundamentais, o texto constitucional não veda a ação positiva do Estado no sentido de garantir a efetivação de tais direitos, sendo, na verdade, um dever estatal. Resgatada a discussão travada no Supremo Tribunal Federal, impõe-se observar como a Constituição da República de 88 disciplina a questão da liberdade de expressão, bem como a da liberdade de acesso à informação, no âmbito da relação entre a sociedade e os meios de comunicação social.

Apesar do referido panorama de intenso cerceamento de tal direito, a Constituição da República 88 positiva uma série de preceitos a fim de proteger a liberdade de expressão. Só no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, enumera-se a liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), e o direito ao acesso à informação e a garantia do sigilo da fonte (inciso XIV). Contudo, o texto constitucional ainda elegeu um capítulo específico para contemplar a “comunicação social”, reafirmando a garantia da

liberdade da manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação em seu artigo 220, cabeça. Outras medidas de proteção a tal direito podem ser encontradas na proibição da edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística, disposta no parágrafo primeiro do artigo 220, bem como na vedação de qualquer censura política, ideológica e artística, disposta no parágrafo 2º do referido artigo.

Analisando o contexto de edição da Lei Magna, em uma conjuntura pós-ditatorial, pode-se entender o motivo deste aparente rigor no cuidado com a matéria em apreço. Assim, em um momento de reafirmação dos ideais democráticos na sociedade brasileira, a proteção conferida pela Constituição a liberdade de expressão revela o valor fundamental deste direito para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se afirmar que o grande relevo conferido pelo poder constituinte à liberdade de expressão e, de forma geral, aos demais direitos fundamentais, torna incoerente a concepção libertária de que tais direitos sugerem, quanto a questão da regulamentação, uma não-intervenção do Estado para sua plena efetivação. Na verdade, pode-se inferir o contrário, "que as violações aos direitos fundamentais não são produzidas apenas pela ação do Estado, mas decorrem muitas vezes da sua inércia" (SARMENTO, 2007, p. 30). Desta forma, diante da realidade brasileira, historicamente marcada por desigualdades e polarizações sociais, faz-se medida de respeito aos preceitos constitucionais que o Estado promova, por meio de mecanismos legais, a busca pela materialização de tais garantias fundamentais, protegendo-as da ação de terceiros e buscando, deste modo, a satisfação do interesse público.

Nesta perspectiva, percebe-se que o ideário constitucional expresso em seu preâmbulo denota como objetivo primordial a instituição de um Estado Democrático, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna". Destarte, percebe-se que "o compromisso maior da Carta de 88 não é com a manutenção do status quo, mas com a mudança em direção à construção de uma sociedade mais justa, livre e igualitária" (SARMENTO, 2007, p. 31).

Nesta mesma esteira, pode-se salientar a proclamação no texto constitucional do direito de acesso à informação, disposto em seu artigo 5º, XIV. Faz-se mister observar, nas sociedades democráticas, a importância da função dos meios de

comunicação na satisfação deste direito, promovendo, com fulcro no interesse público, um constante fluxo de informações entre as diferentes instâncias sociais. Assim, a elevação deste direito fundamental demonstra que a “disciplina constitucional dos meios de comunicação no Brasil não se volta apenas à proteção dos emissores das manifestações, priorizando, ao revés, os direitos dos receptores” (SARMENTO, 2007, p. 31). Esta compreensão reforça o papel do Estado na garantia da satisfação das garantias fundamentais, regulando, inclusive, a atividade dos veículos de comunicação social, viabilizando, assim, um amplo acesso da sociedade à diversidade de argumentos e informações que circulam nas diferentes esferas públicas.

Conforme exposto, o texto constitucional, apesar de dispor sobre a liberdade de expressão no capítulo inerente aos direitos individuais, dedica um capítulo exclusivo a questão da liberdade de expressão no âmbito da comunicação social. Não é difícil imaginar o motivo pelo qual o constituinte procedeu esta divisão na disposição do texto, separando a liberdade de expressão em seu modelo puro, simples, daquela exercida pelos meios de comunicação. Assim, pode-se afirmar que o texto constitucional confere pesos diferentes a estas modalidades de liberdade, de modo que uma concepção mais libertária talvez possa se justificar no campo das comunicações travadas entre indivíduos, contudo, esta postura definitivamente não se aplica às comunicações de massa, “dado o enorme poder que estas possuem na sociedade contemporânea, cujo exercício sem quaisquer limites tende a resultar em tirania privada” (SARMENTO, 2007. p. 32).

Entretanto, a condição do poder não constitui o único motivo da distinção entre estas modalidades da liberdade de livre expressão, estando relacionada, sobretudo, ao papel desempenhado por cada uma no contexto social. Enquanto o indivíduo pode figurar tanto no pólo ativo quanto no passivo da ação comunicativa, podendo ser emissor ou receptor da informação, os meios de comunicação, por sua vez, detém não só a função de emissores da mensagem, mas figuram, ainda, como proporcionadores de um campo de “difusão e amplificação de temáticas” em que ocorre o desenvolvimento de uma dinâmica de compartilhamento de problemas e soluções oriundos de atores das mais diferentes “esferas públicas parciais” ao longo do tempo (MARQUES, 2008, p.35). São, portanto, além de emissores, arenas de discussão. Por esse motivo, é necessário que os meios de comunicação, em respeito à democracia e ao pluralismo de opiniões, procurem trazer para discussão os mais variados argumentos, por serem instâncias de formação de debates, “mas não é razoável exigir que um agente envolvido numa discussão qualquer tivesse que trazer à baila todas as

posições a propósito do assunto, já que ele não é forum, mas apenas partícipe do diálogo” (SARMENTO, 2007, p. 32).

Preocupado em garantir esse necessário pluralismo, o poder constituinte positivou no parágrafo quinto do artigo 220 da Constituição a proibição a configuração de monopólios ou oligopólios entre os meios de comunicação social, procurando assegurar a pluralidade de informações e de fontes, vedando-se uma “unicidade da informação”. Como visto, para o ministro Ayres Britto, tal dispositivo, per si, teria o condão de viabilizar a “concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários”. Contudo, esta perspectiva defendida pelo eminente ministro não levou em consideração circunstâncias decorrentes do dinamismo do mercado, tais com a caracterização da propriedade cruzada dos meios de comunicação, procedendo uma análise restrita frente a maleabilidade das relações de mercado.

Deste modo, pode-se inferir que esta vedação à configuração de monopólio ou oligopólio encontra-se desprovida da necessária eficácia legal, pois revela-se insuficiente para coibir verdadeiras ofensas ao interesse público, como é o caso da propriedade cruzada dos meios de comunicação. Assim, a não-proibição da propriedade cruzada dos veículos de comunicação acaba por tornar inócuo o mencionado texto constitucional, porquanto possibilita que um mesmo grupo seja dono de jornais, emissoras de rádio e televisão, criando-se grandes conglomerados de comunicação social, os chamados “latifúndios midiáticos”.

Portanto, se o intuito da vedação ao oligopólio consiste em garantir a pluralidade de informações, desde a seleção dos fatos veiculados até a forma de abordagem destes, protegendo os direitos comunicativos do público de ter amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse geral, a propriedade cruzada acaba por macular a dinâmica da produção de notícias, promovendo certa uniformização nas notícias transmitidas, pautadas segundo o interesse desses grandes grupos empresariais. E o papel regulatório do Estado deve intervir nestas situações, buscando a promoção da diversidade e do pluralismo de opiniões na esfera pública.

Em síntese, infere-se da diretiva erigida pelo poder constituinte, que o Estado deve promover ações positivas com intuito de garantir a eficácia de fruição das garantias fundamentais por parte da sociedade, mantendo, portanto, estreita relação com o

interesse público. No tocante a liberdade de expressão relacionada aos meios de comunicação, deve promover mecanismos que garantam a função destes veículos, conforme defendido por Habermas, em relação a uma promoção de uma simultaneidade de acesso aos conteúdos discursivos que circulam em vários contextos comunicativos, contribuindo para que múltiplas audiências possam opinar diante de questões problemáticas. Assim, deve-se buscar a garantia tanto do pluralismo externo quanto do pluralismo interno no âmbito da comunicação social.

Quanto ao primeiro, cabe ao poder estatal não apenas o combate da formação dos referidos monopólios e oligopólios no âmbito da comunicação social, seja em suas formas simples ou derivadas da propriedade cruzada, como também de “desenvolver uma mídia pública, e ainda fomentar o surgimento de veículos alternativos, destinados a setores que não têm acesso aos canais tradicionais da comunicação social, abrindo espaço para novas vozes no espaço público” (SARMENTO, 2007, p. 36). As rádios comunitárias constituem um bom exemplo destas formas alternativas de promoção do pluralismo. Operadas por entidades sem fins lucrativos, em grande parte localizadas em comunidades carentes, desenvolvem atividades consideradas de elevada importância em razão da contribuição que podem oferecer para o fortalecimento da promoção ativa dos valores que inerentes à liberdade de expressão.

O pluralismo interno, por sua vez, envolve uma atuação um pouco mais complexa por parte do Estado, procurando assegurar que os veículos de comunicação se preocupem, de fato, com a abordagem de temáticas de interesse público, proporcionando a seu público uma cobertura dotada da necessária diversidade, abarcando os distintos pontos de vista existentes. Ressalte-se que “a ausência de pluralismo externo no mercado comunicativo brasileiro é um fator extra que justifica a intervenção estatal visando à promoção do pluralismo interno nos veículos de comunicação social” (SARMENTO, 2007, p. 32).

Portanto, conforme ratificado pelo Ministro Gilmar Mendes, o texto constitucional não somente autoriza uma intervenção do Estado na garantia de satisfação desse direito fundamental, como “obriga a intervenção legislativa no sentido de sua promoção e efetividade”, sendo esta atuação, uma medida de precisa coerência e respeito ao principal fundamento dos Estados modernos: a democracia.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, em um Estado Democrático de Direito, os meios de comunicação desempenham relevante função na estruturação e consolidação da esfera pública, oferecendo um suporte fundamental para a circulação do poder deliberativo, conforme proposto por Habermas. Constituindo um sistema poroso de fluxo de informações e argumentos, os veículos de comunicação são responsáveis pelo processamento das demandas vindas dos atores centrais (políticos, lobistas, representantes administrativos, etc.) e dos atores de base (movimentos sociais, associações especialistas, grupos minoritários, etc.), dando origem a uma esfera pública pautada no fluxo comunicacional entre as diferentes instâncias sociais.

A imprensa, mais antigo veículo de comunicação social, dispendo de um referencial privilegiado da esfera pública, desempenha, por excelência, tal função, viabilizando a reprodução e construção de diferentes argumentos, bem como a sistematização do conteúdo discursivo que perfaz as diferentes esferas deliberativas do processo político. Assim, ela proporciona um campo de difusão e amplificação de temáticas em que ocorre o desenvolvimento de uma dinâmica de compartilhamento de problemas e soluções oriundos de atores das mais diferentes “esferas públicas parciais”, viabilizando uma participação mais democrática dos diferentes atores sociais nas elaborações de demandas para ação estatal, bem como no exercício do poder deliberativo deste.

Dentro desta perspectiva, tem-se que os meios de comunicação permitem a consolidação da liberdade de expressão da sociedade, compreendendo os processos de livre manifestação da opinião, bem como de viabilização da transmissão destas, o acesso às fontes de informação e o poder de divulgá-las sem embaraços, viabilizando, assim, uma participação ativa na esfera pública, abrangendo os mais variados argumentos, atores e arenas discursivas. Desempenham, portanto, relevante papel democrático, possibilitando que as estruturas deliberativas atuem de modo a viabilizar uma articulação entre atores e arenas discursivas, respeitando a diretriz do pluralismo, por ser diretiva constitucional.

Contudo, consoante disposto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, em uma concepção clássica libertária da liberdade de expressão, apregoa-se um posicionamento absenteísta por parte do Estado,

aduzindo a não-intervenção do poder estatal como medida mais acertada para sua efetiva realização.

Constituiu posicionamento dominante na decisão da ADPF a incompatibilidade da Lei n.º 5.250/67 com a nova ordem constitucional, tendo sido incorporada a discussão o papel do Estado na garantia de proteção e viabilização do exercício da liberdade de expressão. Apesar de não ter sido unanimidade entre os ministros a necessidade de criação de um diploma legal, percebe-se um predomínio do entendimento de que, quanto à realidade da liberdade de expressão, é de suma importância a atuação do Estado na garantia da efetividade de tal direito.

Conforme visto, entretanto, tal papel não foi desempenhado pela revogada Lei de Imprensa ou por qualquer lei brasileira. Assim, os dispositivos da revogada Lei n.º 5.250, em sua maioria, não estavam em consonância com o texto constitucional, tanto da perspectiva linguística, formal, quanto sob a ótica mandamental, material. Entretanto, alguns destes artigos revelevam aparência de compatibilidade com a nova ordem constitucional, o artigo 1º, cabeça, por exemplo, tornando viável a manutenção de tais artigos no ordenamento pátrio. Contudo, apesar de formalmente e materialmente compatíveis com o texto constitucional, tem-se que estes dispositivos encontravam-se desprovidos de caráter prático, executório, reproduzindo o caráter abstrato da norma constitucional.

Ante esta necessidade de se equacionar as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de regulação, a inércia legislativa do Estado proporciona uma série de incoerências entre a diretriz traçada pela Constituição da República e a realidade de atuação desta liberdade na sociedade brasileira.

Neste contexto, merece relevância a situação da liberdade de expressão em relação aos veículos de comunicação. Desprovida de qualquer mecanismo que garanta o acesso e participação dos diferentes atores nos canais de comunicação social, a liberdade de livre se expressar por meio dos veículos de imprensa, assim como sua correlata garantia de livre acesso à informação, encontram-se estritamente dependentes das arbitrariedades dos operadores dos meios de comunicação social. Faz-se necessário que o Estado viabilize uma estrutura que atribua ao titular do direito a prerrogativa de se expressar publicamente, não ficando restrito seu direito a livre expressão às relações intersubjetivas, garantindo não apenas o mero direito de obter informação e de livre expressão, mas condições técnicas para a

produção e veiculação das informações.

Por outro lado, não bastasse essa ausência de regulamentação, a situação da referida liberdade se agrava com a concentração da propriedade dos veículos de comunicação. Apesar da Constituição da República, em seu artigo 220, § 5º, vedar a caracterização de monopólios ou oligopólios no meio da comunicação social, tal proibição não se estende a propriedade cruzada destes veículos, distanciando-se do objetivo real desta regulamentação, a garantia da pluralidade da informação.

Conforme defendido por Habermas, os meios de comunicação tem uma tendência natural de conferir notável preferência a divulgação dos discursos e interesses da elite, tornando-se um espaço de assimetria quanto à acessibilidade dos diferentes grupos e temas. Caberia ao Estado regular esta condição, garantindo o interesse comum, a democracia nas relações da comunicação social. Nesta perspectiva, a referida oligopolização configura circunstância excessivamente prejudicial ao pluralismo, não garantindo uma abordagem democrática das diferentes manifestações de informações, opiniões e argumentos oriundos das mais diversas arenas sociais de debate.

Consequência desta ausência de regulação, percebe-se, em uma análise do quadro brasileiro, uma grande falta de sintonia entre atores centrais e periféricos do sistema político brasileiro, prejudicando o modelo de circulação do poder político, entendido por Habermas, uma vez que as demandas oriundas da periferia não conseguem chegar ao centro de uma forma eficiente, não sendo, por conseguinte, prontamente incorporadas ao processo de definição das políticas públicas e sociais.

Tal circunstância de assimetria e falta de representatividade é, portanto, fruto da referida inércia legislativa por parte do Estado, que não regulamentou o exercício da liberdade de expressão em relação ao exercício dos meios de comunicação, tampouco proíbe a concentração da propriedade dos veículos de mídia. Entretanto, cabe ao poder estatal, em razão de seu objetivo de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, conforme está positivado no preâmbulo da Constituição da República, promover mecanismos de garantia do pleno exercício do referido direito fundamental, possibilitando, assim, um estado efetivamente democrático.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética na Comunicação: da informação ao receptor**. São Paulo: Moderna, 1988.

BLANCO, Elsa Bustos de Fernández. **La prensa y el Vaticano**. La Plata: Escuela Superior de Periodismo, 1966.

BOHMAN, James. **Political communication and the epistemic value of diversity: deliberation and legitimation in media societies**. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/content/bpl/comt/2007/00000017/00000004/art00004>>.

Acesso em: 14 nov. 2009.

BORTOLOTTI, Plínio. **Voz dos ouvidores**. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=464VOZ003>>. Acessado em: 30 jan. 2010.

BOURQUIN, Jacques. **La libertad de prensa**. Buenos Aires: Calridad, 1952.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

BRASIL. Lei No 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 maio 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA.

PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. ADPF Nº 130/DF. Publicado no DJE de 06-11-2009. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, , 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 5 maio 2009. 1

BRIGGS, Asa; **BURKE**, Peter. **Uma história Social da Mídia: de Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

BRITTOS, Valério Cruz; **COLLAR**, Marcelo Scmitz. **Direito à comunicação e democratização no Brasil**. In: Martins, Paulo Emílio Matos Martins; PIERANTI, Octavio Penna; SARAIVA, Enrique (Org.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008

CARVALHO FILHO, Luiz Fernando. **Dipositivos do texto são inconstitucionais**. Folha de São Paulo, 21 de outubro de 1990, p. 18.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. **Prefácio**. In: Martins, Paulo Emílio Matos Martins; PIERANTI, Octavio Penna; SARAIVA, Enrique (Org.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FILHO, Roberto Cordoville Efrem de Lima. **Direito Humano à comunicação: uma afirmação contra a criminalização dos movimentos sociais**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32616/public/32616-39903-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2010

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade** Vol. 1 - Col. Biblioteca Tempo Universitário 101, São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997

HABERMAS, Jurgen. **Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension?** The impact of normative theory on empirical research". Communication Theory, v.16, 2006, pp. 411-426.

HOBBSAWM, Eric John Earnest. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LANER, Vinícius Ferreira. **A lei de imprensa no Brasil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=146>>. Acesso em: 25 fev. 2009.

LIMA, Venício A. de. **Mídia, Teoria e Política**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

LEITE, Luis Humberto Vieira. **Elitismo democrático na era dos meios de comunicação em massa**. Disponível em: <<http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/publicidade/midiademocracia/ARTIGO01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

LUCA, Tania Regina de. **A grande imprensa no Brasil da primeira metade do século XX**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IRtZ2_xanu0J:sitemason.vanderbilt.edu/files/lhuGoE/Luca%2520Tania.doc+A+GRANDE+IMPRESA+NO+BRASIL+DA+PRIMEIRA+METADE+DO+SÉCULO+XX&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>. Acesso em: 5 dez. 2009

MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=GhAJ2x2coEoC&printsec=frontcover&dq=Bernard+Manin&source=bl&ots=MJI2xbyFpK&sig=NVxe_-PMQ5Id5uKoJ_Z3PaGZXU8&hl=pt-BR&ei=TBrzS7rOGIWouAeo9fyDQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=11&ved=0CD0Q6AEwCg#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 5 dez. 2009.

MARTINEZ, Angela Vivanco. **A Concentração dos meios de comunicação em sociedades democráticas: perigo para a liberdade de expressão ou condição de sobrevivência?**. Rio de Janeiro: Cadernos Adenauer, 2008.

MARTINS, Fábio Peres de Berredo. **Da esfera pública burguesa à nova ordem social: o papel dos media**. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/martins-fabio-esfera-publica-burguesa.pdf>>. Acesso em: 14. nov. 2009.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. **Os meios de comunicação na esfera pública: novas perspectivas para as articulações entre diferentes arenas e atores**. Disponível em: <<http://revcom2.portcom.intercom.org.br/index.php/libero/article/viewFile/5414/4934>>. Acesso em: 27 jul. 2009.

MEDEIROS, Luiza Fontoura de. **O princípio democrático no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=62>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

MELO, José Marques de. **História Social da Imprensa**. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

PENA, Felipe. **Teoria do jornalismo**. São Paulo: Contexto, 2005.

PEREIRA, Moacir. **O direito à informação na nova lei de imprensa**. São Paulo: Global, 1993.

PETERS, Bernhard. Die Integration moderner Gesellschaften. Frankfurt/M., 1993. In: **HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

PIERANTI, Octavio Penna. Censura versus regulação de conteúdo: em busca de uma definição conceitual. In: Martins, Paulo Emílio Matos Martins; PIERANTI, Octavio Penna; SARAVIA, Enrique (Org.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008

SARAVIA, Enrique. O novo papel regulatório do Estado e suas consequências na mídia. In: Martins, Paulo Emílio Matos Martins; PIERANTI, Octavio Penna; SARAVIA, Enrique (Org.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo7. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

SIEBERT, Fred S.; PETERSON, Theodore. Tres teorias sobre la prensa en el mundo capitalista. Buenos Aires: Flor, 1967.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. Belo Horizonte: Itatiaia, 2001.

VIEIRA JR, Vilson. Oligopólio na comunicação: um Brasil de poucos. Disponível em : <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=342&Itemid=99999999>. Acesso em: 23 fev. 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. Dicionário de Direitos Humanos. Disponível em:<<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Informação>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

WELTMAN, Fernando Lattman. Comunicação e regulação na editoração multimídia: um enfoque histórico. In: Martins, Paulo Emílio Matos Martins; PIERANTI, Octavio Penna; SARAVIA, Enrique (Org.). Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008