Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA, PLURALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA. AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL

Prof. Gustavo Binenbojm

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ e de Direito Constitucional da EMERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School (EUA). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

I. INTRODUÇÃO: AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NOS ESTADOS UNIDOS E SEUS DILEMAS TEÓRICOS

Quem lê o texto da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos com rigor literal se engana. Embora vazada em termos peremptórios[1], proibindo a edição de qualquer lei pelo Congresso[2] que viesse a cercear as liberdades de expressão e de imprensa dos cidadãos, seu significado ao longo da história americana jamais chegou a ser tão rigoroso. O fato de ser primariamente uma típica garantia liberal do cidadão contra a autoridade constituída não impediu que algum tipo de limitação sempre fosse admitida como forma de proteção do

[1] Este o texto literal da Primeira Emenda (1791): "O Congresso não editará leis estabelecendo uma religião oficial ou proibindo o livre exercício religioso; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao governo para a reparação de danos." Note-se que, a par de assegurar as liberdades de expressão em caráter genérico e de imprensa em particular, também contempla a liberdade religiosa ("free exercise clause"), a separação entre Igreja e Estado ("establishment clause"), o direito de reunião pacífica ("right of assembly") e o direito de petição ("right to petition the Government").

[2] Vale consignar que o chamado "Bill of Rights" (nome dado ao conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estado Unidos da América) aplica-se originariamente à proteção dos cidadãos frente ao governo federal. Só posteriormente, com o advento da doutrina da "incorporação", tais direitos passam a ser também oponíveis aos Estados-membros.

"interesse público"[3]. Nessa linha é que se tornaram comuns e amplamente aceitas leis penais que protegiam a honra de terceiros contra o exercício abusivo da palavra, bem como outras que proscreviam atividades comunicativas atentatórias à segurança do Estado e da sociedade. A tarefa de doutrinadores e juízes, portanto, consistiu na formulação de princípios ou standards que permitissem separar as atividades expressivas protegidas daquelas não protegidas pela Primeira Emenda[4].

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação da liberdade de expressão, e não na sua limitação em prol do interesse contraposto, constituíram, desde o surgimento dos primeiros casos envolvendo a Primeira Emenda[5], os dilemas teóricos mais candentes da quase totalidade dos debates travados na Suprema Corte acerca do tema. A tradição de flexibilidade e improvisação da common law temperou, ora para bem ora para mal, a rigidez do texto constitucional norte-americano nesse particular[6].

Outro dilema teórico enfrentado no campo da liberdade de expressão nos Estados Unidos, e que nos interessa mais diretamente neste estudo, diz respeito à intervenção estatal destinada não à proteção de outros interesses ou valores, mas à garantia e promoção da própria liberdade de expressão de atores sociais que, por razões variadas, normalmente econômicas, encontram-se excluídos do debate público. Essa a fina ironia do papel do Estado em relação às liberdades de

[3] Nesse sentido, tornou-se célebre a frase de Oliver Holmes pronunciada no julgamento do caso Schenck v. United States, 249 U.S. 47, no sentido de que "os cidadãos não são livres para gritar 'fogo!' falsamente dentro de um teatro lotado."

[4] A literatura sobre a Primeira Emenda é vastíssima. Sugiro, como leitura essencial, o livro clássico de Harry Kalven, A Worthy Tradition, 1988.

[5] Embora editada em 1791, a Primeira Emenda só constituiu objeto de discussão na Suprema Corte norte-americana a partir de 1919, quando julgados os primeiros casos envolvendo a constitucionalidade de leis penais que proibiam a divulgação de idéias anarquistas, comunistas ou contrárias ao alistamento militar e à entrada dos Estados Unidos na Primeira Guerra. Sobre o tema, v. Steven H. Shiffrin & Jesse H. Choper, The First Amendment – Cases – Comments – Questions, 2001, p. 2-50.

[6] Nos primeiros casos julgados pela Suprema Corte sobre liberdade de expressão, como Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), Abrahms v. United Sates , 250 U.S. 616 (1919), Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919) e Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925), desenvolveu-se a chamada doutrina do "clear and present danger" (perigo claro e iminente), que procurava distinguir a mera expressão de idéias de condutas expressivas que colocassem em risco a segurança da sociedade e do Estado. A liberdade de expressão, no entanto, interage com tantos outros valores e de formas tão variadas que não há como se esperar que uma única fórmula pudesse dar conta de toda a gama de situações conflitivas surgidas espontaneamente no meio social. Apenas para registro, a doutrina do "clear and present danger" foi objeto de ampla reelaboração no julgamento do controvertido caso Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969), que envolvia o direito a manifestações da Ku Klux Klan, no qual o standard de controle de constitucionalidade passa a ser "a incitação atual e iminente à prática de ações ilegais e a probabilidade de que a atividade expressiva incite ou produza tal resultado." Como se sabe, a Suprema Corte assegurou, no julgamento do caso, o direito à liberdade de expressão da Ku Klux Klan, entendendo que o requisito da incitação atual e iminente não havia sido preenchido.

expressão e de imprensa: o Estado é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades[7].

Aqui o dilema é ainda mais agudo, pois o conflito se dá entre as dimensões defensiva e protetiva do mesmo direito fundamental, que limita e exige a atuação estatal quase que simultaneamente. Nesse equilíbrio delicado e complexo, qualquer excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que qualquer omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa. Como conciliar, por exemplo, a liberdade editorial das empresas de comunicação com a necessidade de prover acesso a grupos minoritários que não têm outra forma de participação no discurso público? A empresa jornalística deve ser totalmente livre para escolher os fatos que deve divulgar ou algum tipo de regulação deve impor-lhes obrigações relativas à cobertura de conteúdo mínimo (fatos de interesse público) e forma (dever de imparcialidade ou equilíbrio na apresentação das versões)? Em que medida a autonomia editorial da empresa jornalística deve ceder ante ao direito do indivíduo (leitor, ouvinte ou telespectador) de ser adequadamente informado sobre assuntos de interesse geral, de cuja satisfação depende sua autonomia pública como cidadão?

O endereçamento dessas questões, com a busca do sopesamento ideal entre os diversos interesses em jogo, envolve, necessariamente, uma pré-compreensão do significado dos direitos de livre manifestação do pensamento e liberdade de imprensa no sistema constitucional em que inseridos, de forma a que seus fins possam ser conhecidos e, na maior medida possível, concretizados[8]. Em outras palavras, há que se ter uma prévia idéia do papel a ser desempenhado por tais direitos – assim como de todos os demais – para que se possa cogitar de realizá-los em sua máxima efetividade[9].

Daí a Suprema Corte e a doutrina especializada norte-americanas terem perquirido, desde cedo, o significado e papel da Primeira Emenda dentro do

---

[7] V., sobre o tema, Owen Fiss, The Irony of Free Speech, 1996, p. 83: “Nós temos de aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e contradição: que o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também algumas coisas extraordinárias para fortalecê-la.”

[8] Adota-se, aqui, a noção de que os direitos fundamentais apresentam-se, como princípios constitucionais, como mandados de otimização, destinados a alcançar a maior concretização possível em face das circunstâncias jurídicas e fáticas que os limitem. V., sobre o assunto, Robert Alexy, Teoria de los Derechos Fundamentales, 1993, p. 86. V. também J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, p. 174.

[9] Uma das críticas que eu formulo à técnica da ponderação tal como apresentada por autores como Alexy e Canotilho e, no Brasil, pioneiramente, por Daniel Sarmento, em A Ponderação de Interesses na Constituição Federal, 2000, é a aparente neutralidade do intérprete e aplicador da Constituição ao realizar a ponderação guiado pelo princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, a meu ver, é apenas um instrumento de racionalização da ponderação, que não exclui a pré-compreensão do intérprete e aplicador, nem muito menos os seus juízos morais sobre o significado e alcance dos princípios em rota de colisão, o que acaba por determinar o peso específico a ser atribuído a cada um em determinado caso concreto.

modelo de Estado instituído com a Constituição de 1787 e suas dez primeiras emendas, datadas de 1791 e ratificadas nos anos seguintes. Em termos genéricos, e correndo o risco da simplificação excessiva, há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no pensamento norte-americano:

> (I) a teoria libertária, centrada na figura do autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de idéias; tal teoria prega que as garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. Aqui a liberdade de expressão se identifica como uma dimensão da chamada liberdade dos modernos, para usar a expressão cunhada por Benjamin Constant, vista como emanação da personalidade individual a ser defendida da intervenção estatal[10].
>
> (II) a teoria democrática, que vê a Primeira Emenda, essencialmente, como instrumento de autogoverno, de forma a permitir que os cidadãos sejam livremente informados sobre os assuntos de interesse geral e, desde modo, estejam aptos a formar livremente a sua convicção; tal teoria coloca a figura do destinatário da mensagem no centro de gravidade das liberdades de expressão e imprensa. A preocupação com a autonomia individual é aqui centrada menos no emissor que nos receptores das mensagens. Usando mais uma vez a dicotomia vislumbrada por Constant, esta teoria se apresenta como dimensão da chamada liberdade dos antigos, identificada com a cidadania participativa e a construção da vontade comum pela participação ativa do cidadão nos negócios da polis. Como bem sintetizado por Paulo Murillo Calazans, a liberdade de expressão, sob tal ponto de vista, visa à "construção de um ethos argumentativo-deliberativo, propiciando a realização do processo coletivo de debate público e tomada de decisões com apoio em grandes discussões extensíveis a todos os cidadãos."[11]

Para os adeptos da primeira teoria, o papel do Estado deve se limitar à proteção dos direitos do emissor, de vez que qualquer interferência no conteúdo do que se diz, escreve ou reporta acabaria por conduzir a mal maior – o controle do Estado sobre o discurso público e a formação da opinião dos cidadãos[12]. Desta forma, qualquer intervenção regulatória que tenha por propósito cercear a liberdade do emissor em nome de algum suposto direito dos receptores das mensagens é vista com desconfiança e, não raro, taxada de inconstitucional[13].

Já para os ideólogos da segunda teoria, a Primeira Emenda tem como finalidade assegurar a liberdade política dos cidadãos – e não uma mera

---

[10] V. Paulo Ferreira da Cunha, Teoria da Constituição – II – Direitos Humanos-Direitos Fundamentais, 2000, p. 95.

[11] Paulo Murillo Calazans, A Liberdade de Expressão como Expressão da Liberdade, in Temas de Constitucionalismo e Democracia, org. José Ribas Vieira, 2003, p. 74.

[12] V., sustentando tal posição, Robert Post, Constitutional Domains, 1995, p. 268-331.

[13] Essa era a posição normalmente adotada por Harry Kalven, op. cit., p. 87.

liberdade expressiva. Assim, o propósito último das garantias de liberdade de expressão e de imprensa é o de fomentar um "robusto, aberto e livre debate público"[14], que prepare os cidadãos para deliberar sobre assuntos de interesse geral. Esse "mercado de idéias" (marketplace of ideas) deve ser protegido e mesmo incentivado por meio de uma regulação estratégica do Estado, de forma a criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno[15]. Em palavras de Alexander Meiklejohn, precursor da teoria nos Estados Unidos: "o essencial não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito."[16] A regulação, aqui, deixa de ser vista como um mal necessário para se erigir em verdadeira condição necessária da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos.

Ambas as teorias despertam perplexidades. Quanto a teoria libertária, não há resposta para a circunstância de que ao assegurar a autonomia de emissores poderosos de mensagens em termos quase absolutos (v.g., grandes conglomerados econômicos, especialmente da área de comunicação social, elites políticas, intelectuais e artísticas) a autonomia dos que não têm acesso a veículos igualmente poderosos fica comprometida em larga medida e o público em geral, a seu turno, acaba por ter acesso tão-somente aos conteúdos e versões apresentados pelos controladores da chamada "grande mídia". A entrega do controle do discurso público a regras puramente de mercado acaba por excluir a voz daqueles que não detêm um quinhão no mercado de comunicação social[17].

Por outro lado, a teoria democrática parece arrogar para o Estado um papel de curador da qualidade do discurso público, como se fosse possível situar algum ente estatal num ponto arquimediano do qual seria possível avaliar o que merece e o que não merece ser dito. Daí para a censura e o controle dos meios de comunicação pelo governo faltaria pouco[18]. Para os críticos dessa teoria, a regulação do conteúdo (e, em alguns casos, da forma) do discurso dos agentes sociais terminaria por gerar mal maior que a livre manifestação das forças do mercado.

---

[14] New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964).

[15] A metáfora do marketplace of ideas é atribuída a Oliver Wendell Holmes, que usou expressão semelhante em seu voto vencido no caso Abrahms v. United States, 250 U.S. 616 (1919): "(...) o bem maior desejado é melhor alcançado por um comércio livre de idéias (...) O melhor teste da verdade é a capacidade do pensamento de fazer-se aceito na competição do mercado." Anos mais tarde, em 1969, no julgamento do caso Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367, 390 a Suprema Corte afirmou que "o propósito da Primeira Emenda é o de preservar um livre mercado de idéias."

[16] Alexander Meiklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People, p. 25-8, 1960.

[17] Alguns doutrinadores se referem a esse fenômeno como "o efeito silenciador do discurso" (the silencing effect of speech), pelo qual os controladores dos meios de comunicação de massa "abafam" a voz do cidadão comum. V., sobre o tema, Owen Fiss, op. cit., p. 5-26. Daí se vê a importância da pronta legalização de mecanismos espontâneos de comunicação social, como é o caso emblemático das chamadas "rádios comunitárias".

[18] As questões principais que aqui se colocam são as seguintes: (i) quais os critérios a serem utilizados no controle conteudístico dos meios de comunicação? (ii) quem controla os controladores?

Como, portanto, solucionar tal dilema? Por certo, hodiernamente as liberdades de expressão e imprensa – como de resto as liberdades públicas em geral – combinam uma dimensão defensiva (contra ingerências indevidas da autoridade estatal) com uma dimensão protetiva (que demanda a intervenção estatal para a efetivação do seu conteúdo participativo)[19]. Tal constatação, todavia, não soluciona o problema da justa medida da intervenção estatal e das fronteiras entre uma e outra dimensões mencionadas.

Uma das tentativas de solução adotadas na experiência norte-americana, especificamente no campo da imprensa eletrônica, foi a chamada "fairness doctrine", levada a efeito pelo FCC (Federal Communications Commission), agência reguladora federal encarregada por lei da regulação do setor com vistas à "proteção e consecução do interesse público". Tal doutrina será exposta no capítulo seguinte e servirá de parâmetro comparativo para a análise descritiva e propositiva da regulação da comunicação de massa no Brasil.

II. A "FAIRNESS DOCTRINE": ORIGEM, FUNDAMENTOS, ASCENSÃO E QUEDA

A "fairness doctrine" consistiu em um conjunto de normas regulatórias editadas pelo FCC com o intento de promover os fins almejados pela teoria democrática da Primeira Emenda no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Embora consistentemente aplicada desde 1949, quando o FCC pela primeira vez fez uma exposição de motivos detalhada da doutrina, a mesma só ganhou foros de oficialidade normativa em 1959, com a edição de normas codificadas sob o n° 47 C.F.R. § 73.1910 (Código de Regulações Federais). As obrigações impostas pelo FCC às empresas de rádio e televisão como decorrência da fairness doctrine[20] podem ser assim sumariadas[21]:

I) devotar um razoável percentual de tempo da programação à cobertura de fatos e questões controvertidas de interesse coletivo;

II) oferecer razoável oportunidade para a apresentação de pontos de vista contrastantes sobre tais fatos e questões, de modo a proporcionar ao ouvinte ou telespectador o conhecimento das diversas versões e opiniões sobre o assunto;

III) garantia do direito de resposta a candidatos em campanha política que houvessem sido criticados ou pessoalmente atacados em matérias ou editoriais hostis.

---

[19] V. JJ. Gomes Canotilho, op. cit., p. 229.

[20] O termo fairness designa, conforme o contexto em que empregado, lisura, imparcialidade, eqüidade ou honestidade. Aqui, na espécie em questão, o uso do termo indica uma preocupação em garantir o direito do público à obtenção de informação confiável e com o maior grau de imparcialidade e isenção possíveis.

[21] Para uma ampla descrição e análise crítica da fairness doctrine, v. Roland F.L. Hall, The Fairness Doctrine and the First Amendment: Phoenix Rising, 45 Mercer L. Rev. 705 (1994).

Assim, a finalidade primordial da estrutura regulatória erigida pelo FCC era a de evitar um possível efeito inibidor ou tendencioso de decisões das emissoras de rádio e televisão orientadas por interesses meramente comerciais, estabelecendo algumas obrigações que visam a assegurar o direito difuso da cidadania a ser adequadamente informada. Aliás, o próprio direito de resposta, antes que uma mera garantia individual da pessoa ofendida, é visto como instrumento assecuratório do direito do público de conhecer ambos os lados da controvérsia. Dito de outra forma, a doutrina tinha por propósito assegurar e promover a missão democrática da imprensa.

Owen Fiss, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Yale, aponta algumas situações em que orientações puramente econômicas podem produzir um efeito inibidor da cobertura de determinados fatos ou gerar coberturas de parcialidade duvidosa. A empresa de comunicação social pode tornar-se "tímida" em suas críticas ao governo ou a determinados candidatos quando as políticas públicas do governo ou as posições dos candidatos favorecerem os seus interesses econômicos. Em outros casos, a influência do fator econômico pode ser mais sutil e velada: a simples determinação de maximizar lucros pode levar o veículo de imprensa a cortar determinadas questões que deveriam ser divulgadas, mas que ocupariam "espaço" demasiado ou não produziriam o retorno desejado pelo patrocinador[22]. A justificativa da regulação, nesse como em tantos outros setores, é a de corrigir essa falha do mercado[23] em prover a informação adequada ao público.

A constitucionalidade da fairness doctrine foi pela primeira vez apreciada pela Suprema Corte em 1969, quando do julgamento do famoso caso Red Lion Broadcasting Co. v. FCC[24]. Acolhendo em larga medida a teoria democrática da Primeira Emenda, a Corte declarou, unanimemente, que o direito do público de receber informação não censurada e balanceada deve prevalecer sobre o direito das emissoras de rádio e televisão de reinar livremente sobre o conteúdo que veiculam[25]. Ademais, frisou a Corte, "as emissoras são agentes fiduciários do público, com obrigações de apresentar as visões e vozes representativas da comunidade e que seriam de outra forma excluídos das ondas de rádio e TV."[26] Um outro fundamento do acórdão foi também a circunstância fática de as emissoras serem concessionárias de freqüências sonoras ou de sons e imagens não disponíveis ao público em geral. A escassez física das freqüências justificaria a concessão a um número restrito de empresas; em contrapartida, todavia, determinadas obrigações deveriam ser assumidas pelos concessionários em benefício do conjunto da sociedade.

---

[22] Owen Fiss, op. cit., p. 52.

[23] As ditas "falhas do mercado" são tradicionais justificativas para a regulação da economia, dentre as quais se incluem a necessidade de controle sobre monopólios e oligopólios, compensação de informação inadequada ou insuficiente, correção de problemas de ação coletiva, correção de externalidades ou custos de transação, redistribuição de renda ou poder, dentre outros. Para uma visão geral de tais justificativas, v. Breyer, Stewart, Sunstein, Spitzer, Administrative Law and Regulatory Policy – Problems, Text, and Cases, 2002, p. 4-13.

[24] 395 U.S. 367 (1969).

[25] 395 U.S. 367, 390 (1969): "É o direito dos telespectadores e ouvintes que é o mais importante, não o das emissoras de rádio e TV."

[26] 395 U.S. 367, 389 (1969).

Na esteira da política implementada pelo FCC, alguns Estados promulgaram leis instituindo regras de fairness aplicáveis ao jornalismo impresso. Embora a mídia impressa não esteja sujeita à mesma limitação física das ondas de rádio e televisão, o elemento econômico da concentração do mercado (com a formação de monopólios e oligopólios) limita igualmente o acesso ao público leitor dos grandes jornais e revistas, o que justificaria a extensão da fairness doctrine por analogia a tais meios de comunicação[27].

Em 1974, entretanto, e de forma até certo ponto contraditória, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado da Flórida que conferia direito de resposta a candidatos que houvessem sido pessoalmente atacados ou cujos antecedentes houvessem sido criticados por jornais e outros periódicos impressos. O caso, chamado Miami Herald Pub. CO. v. Tornillo[28], embora envolvesse obviamente questões discutidas e decididas no precedente Red Lion, foi tratado de forma inteiramente distinta. E mais estranho: o acórdão proferido pela Corte não fez sequer uma única menção a Red Lion, nem mesmo para distinguir as circunstâncias fáticas do caso em exame do seu antecedente.

A conclusão da Corte foi no sentido de que a previsão legal interferia a tal ponto na autonomia editorial do jornal que violava a Primeira Emenda. Ademais, o acórdão tratou o direito de resposta como forma de regulação de conteúdo, o que, na jurisprudência assente da Corte, impunha a aplicação da modalidade mais severa de teste de constitucionalidade: o chamado strict scrutiny[29]. De acordo com tal modalidade, uma lei que regule o conteúdo das mensagens deve atender a um imperioso interesse público e ser precisamente dimensionada para atingir a tal fim. Na espécie, todavia, a Corte entendeu que tais requisitos não foram preenchidos pela lei do Estado da Flórida, à vista da possibilidade de manifestação do direito de resposta em outros jornais ou mesmo outros veículos de comunicação, sem interferência com a autonomia editorial do jornal. Este seria, por assim dizer, um meio menos gravoso de atingir os mesmos fins colimados pela lei do Estado da Flórida. Por fim, entendeu a Corte que a lei produzia um efeito contraproducente em relação aos fins que almejava atingir, consistente na inibição da cobertura de questões controvertidas e no empobrecimento do vigor do debate público. Confira-se, a esse respeito, a fundamentação do acórdão:

---

[27] Esta a opinião esposada por Bollinger, Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media, 75 Mich.L.Ver. 1, 10 (1976): “a diferença na causa da concentração – a exaustão do elemento físico necessário à comunicação pelas ondas de rádio e TV, em contraste com a constrição econômica no número de possíveis competidores na mídia impressa – me pareceria muito menos relevante de um ponto de vista dos fins da Primeira Emenda que o fato da concentração em si mesmo.”

[28] 418 U.S. 241 (1974).

[29] A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desenvolveu standards de controle de constitucionalidade, conforme o grau de fundamentalidade do direito limitado pela lei e o tipo de limitação imposta. Quanto mais elevado o grau de fundamentalidade e mais invasiva a limitação, mais severo o escrutínio aplicado pela Corte. Há basicamente três níveis de escrutínio: o strict scrutiny (mais severo), o intermediate scrutiny (intermediário) e o rational basis review (mais brando e deferente ao legislador/administrador).

> "Confrontados com as penalidades que poderiam ser cominadas a qualquer jornal que publicasse notícias ou comentário supostamente dentro do espectro do direito de resposta, os editores poderiam bem concluir que a rota segura de ação seria a de evitar controvérsias e assim, sob a lei da Flórida, a cobertura política e eleitoral seria reduzida ou ficaria esmaecida. A implementação do direito de acesso pelo Governo inescapavelmente compromete o vigor e os limites da variedade do debate público."[30]

Na verdade, o caso Miami Herald criou um grande paradoxo dentro da jurisprudência da Suprema Corte sobre a Primeira Emenda. A omissão de qualquer referência ao caso Red Lion deixou sem resposta algumas questões surgidas com a decisão proferida pela Corte em Miami Herald: o que diferencia a autonomia editorial de jornais e revistas daquela desfrutada por emissoras de rádio e TV? Em que medida o argumento do "efeito contraproducente" (inibição da cobertura de questões controversas) é consistente com uma outra regra da fairness doctrine, que é a obrigatoriedade de as empresas de comunicação cobrirem questões de interesse geral? Por outro lado, os detratores da doutrina passaram a ter razão suficiente para questionar: por que emissoras de rádio e TV não têm direito ao mesmo grau de autonomia editorial que os jornais? Afinal, tanto aqueles quanto esses não fazem parte da mesma estrutura chamada imprensa?

Essa tensão entre os casos permaneceu em aberto até 1987 quando, no bojo da "febre" desregulatória levada a efeito durante os anos Reagan (1980-1988), o FCC revogou as normas que compunham a fairness doctrine sob a alegação de que elas seriam inconstitucionais. O Presidente Reagan chancelou a ação do FCC ao vetar, sob o mesmo fundamento (de suposta afronta à Primeira Emenda) um Projeto de Lei aprovado pelas Casas do Congresso que reinstituía a doutrina. Por conta de tal expediente, a Suprema Corte jamais reexaminou expressamente o precedente Red Lion Broadcasting Co. v. FCC.

Não obstante isso, vários autores consideram que a jurisprudência da Suprema Corte, de fato, desde o início dos anos 70, foi se tornando incompatível com as conclusões incisivas estabelecidas no caso Red Lion[31]. Tal transformação não se deu de uma vez só, mas ocorreu em três momentos distintos.

O primeiro golpe na fairness doctrine foi dado pela Corte no julgamento do caso CBS v. DNC[32]. No início dos anos 70, uma organização de defesa do interesse público tentou veicular numa emissora de rádio um anúncio institucional criticando o envolvimento dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã. A emissora se negou a veicular o anúncio por razões comerciais, e o FCC rejeitou o pleito da ONG no sentido de obrigar a emissora a realizar a veiculação por razões de "interesse público". Em 1973, a Suprema Corte, por estreita maioria, manteve a

---

[30] 418 U.S. 241, 248 (1974).

[31] Este o caso, e.g., de Owen Fiss, para quem "o repúdio a Red Lion e, finalmente, à doutrina como um todo, foi uma conclusão lógica extraída pelo FCC e pelo Presidente dos Estados Unidos da jurisprudência desenvolvida pela Suprema Corte desde Miami Herald. (...) "O Presidente e o FCC estavam apenas fazendo o que a Suprema Corte não teve a oportunidade, ou talvez a coragem, de fazer." Op. cit., p. 60-1.

[32] 412 U.S. 94 (1973).

decisão do FCC com base em argumentos que punham em xeque as conclusões do caso Red Lion.

O segundo golpe consistiu, justamente, no caso Miami Herald, antes aludido, decidido em 1974.

Por fim, em 1986, no caso Pacific Gas & Electrict Co. v. Public Utilities Commission[33], a Corte declarou inconstitucional, por violação à Primeira Emenda, exigência instituída por ente regulador de que uma empresa prestadora de serviços públicos de gás e energia elétrica fizesse constar de seus envelopes de faturas mensagem explicando as razões do valor da tarifa fixada pelo ente. Segundo a Corte, a empresa tinha o direito assegurado pela Primeira Emenda de não veicular em seus envelopes mensagem que ela própria considerasse objetável. Tal caso foi citado pelo FCC para justificar a inconstitucionalidade da fairness doctrine, que obrigava emissoras de rádio e TV a veicularem mensagens que elas consideravam objetáveis.

Uma análise acurada do desvio de rota da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos nesses casos se situa certamente fora do escopo do presente estudo[34]. O que se pretende nos capítulos seguintes é empreender uma análise do potencial democrático da regulação da imprensa no Brasil, a partir dos princípios e regras traçados na Constituição de 1988. Nessa empreitada, a experiência americana servirá, em algumas circunstâncias, como exemplo a ser seguido, em outras, como mal a ser evitado.

A Carta de 1988 erigiu um sistema de princípios e regras que, em última análise, reclamam a adoção de uma versão brasileira da fairness doctrine. Após uma análise do potencial democrático de institutos como o “direito de resposta” (art. 5°, V) e o “direito de acesso à informação” (art. 5°, XIV), e dos princípios que regem a comunicação social no país (art. 220 e segs.), concluir-se-á com um delineamento do alcance e limites do direito transindividual do público de ser adequadamente informado em sua relação dialógica com o direito individual das pessoas naturais ou legais à livre expressão.

Como adiante se verá, a intervenção regulatória na liberdade de expressão e imprensa com os contornos acima propostos sujeita-se a avaliações de natureza empírica – por exemplo, as distorções causadas pelo mercado sobre o debate público e a necessidade de sua correção pelo Estado ou, de outro lado, a

[33] 475 U.S. 1 (1986).

[34] No artigo A Life Lived Twice, 100 Yale Law Journal 1117 (1991), o Juiz William Brennan, maior nome da chamada “Corte de Warren” (período em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren, de 1953 a 1969), e que permaneceu em atividade até junho de 1990, narra como a jurisprudência da Suprema Corte retrocedeu em matéria de direitos individuais a partir da metade dos anos setenta. No seu esforço para preservar o legado progressista da Corte de Warren, Brennan proferiu inúmeros votos vencidos, inclusive no tocante a assuntos atinentes à Primeira Emenda. Em um de seus últimos votos na Suprema Corte, no caso United States v. Kokinda, Brennan dissentiu uma vez mais da maioria que mantivera uma decisão administrativa do governo federal negando acesso de ativistas políticos a calçadas públicas. Em voto emocionado, o velho Juiz comparou a posição então prevalecente com as decisões dos anos sessenta, quando a Corte heroicamente estendeu a sua mão para amparar e proteger as manifestações públicas daquele período.

possibilidade de captura do aparato estatal pelos poderosos e seu uso em sentido oposto ao pretendido pela regulação, isto é, para empobrecer e não para enriquecer o debate público – e de moralidade política – qual o papel da liberdade de expressão e, afinal, qual o significado da liberdade no contexto dos atuais Estados democráticos de direito[35].

III. A REGULAÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

III.1. ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Toda ditadura se mantém pela força. Tanques e canhões, todavia, não são suas armas principais. É que se a força bruta impede que novas idéias ascendam ao poder, a censura e o controle do discurso público pelo governo impedem o seu surgimento e divulgação. Como na metáfora de George Orwell, o pior regime totalitário não almeja apenas o controle das ações da sociedade, mas do que pensam os seus cidadãos.

A censura, todavia, não é algo que se reconheça ou declare. Como argutamente observa Luís Roberto Barroso, "em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo."[36] Com efeito, uma das características sorrateiras da censura é a de negar não apenas as idéias diferentes ou discordantes, mas sobretudo a de negar-se a si mesma. A censura costuma ser um mal oculto e silencioso justamente porque a voz silenciada é sempre a dos opositores – os outros invisíveis.

Assim foi que a Emenda Constitucional n° 01/69 proclamava em seu art. 153, § 8°, de forma burlesca, a livre manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, como direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. A fachada liberal da Carta não inibiu, como bem se sabe, a generalização da censura em todos os meios de comunicação durante nosso regime ditatorial próximo passado. Em passagem hoje saborosa, Barroso desenha um painel daquele tempo sombrio e amargo:

> "Suprimiam-se matérias dos jornais diários, sujeitando-os a estamparem poesias, receitas culinárias ou espaços em branco. Diversos periódicos foram apreendidos após a sua distribuição, tanto por razões políticas como em nome da moral e dos bons costumes.

[35] Sobre o tema, v. Owen Fiss, Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power, 1996.

[36] Luís Roberto Barroso, Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in Temas de Direito Constitucional, 2001, p. 345-6.

> No cinema, filmes eram simplesmente proibidos ou projetados com tarjas que transformavam drama em caricatura. Nas artes, o Balé Bolshoi foi impedido de dançar no Brasil, por constituir propaganda comunista. Na música, havia artistas malditos e outros que só conseguiam aprovar suas letras mediante pseudônimo. Na televisão, programas foram retirados do ar, suspensos ou simplesmente tiveram sua exibição vetada. Em momento de paroxismo, proibiu-se a divulgação de um surto de meningite, para não comprometer a imagem do governo."[37]

Ironicamente, naquela mesma quadra da história, nos Estados Unidos da América – nação que deu suporte ao regime militar brasileiro – sua Suprema Corte garantia à imprensa um elevado grau de autonomia, com o propósito de fortalecer a sua capacidade de cobrir ampla e profundamente questões de interesse público[38]. Uma curiosa aplicação ao campo do direito constitucional e da ciência política da doutrina, tão cara aos governos norte-americanos, do "faça o que eu digo, não faça o que eu faço."

Não há tempo, espaço, nem interesse no presente estudo em se descrever em minúcias a superação da censura oficial pela sociedade brasileira. Como é trivialmente sabido, a edição da Constituição de 1988 representou um divisor de águas na história política do país, com a supressão de toda e qualquer forma de censura. As garantias da liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa foram plenamente restabelecidas. De modo até redundante, o art. 5°, incisos IV e IX e o art. 220, caput, §§ 1° e 2° asseguram tais liberdades, com o banimento de qualquer censura política, ideológica e artística. A reconquista de tais garantias liberais merece ser celebrada e preservada.

Ocorre que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público. É interessante notar que, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos, a Constituição brasileira de 1988 contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão. É nesse sentido que Konrad Hesse se refere à natureza dúplice da liberdade de expressão[39].

---

[37] Idem, p. 345.

[38] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). Em apertada síntese, a Corte decidiu que os órgãos de imprensa não poderiam ser criminalmente processados, exceto no caso de malícia real e comprovada (actual malice) ou negligente desconsideração da falsidade da notícia (reckless disregrad of falsity). Tal standard foi fixado pela Suprema Corte com o declarado propósito de criar um espaço no qual os órgãos de imprensa pudessem "respirar" (breathing space), sem o risco de serem calados por ameaças de agentes públicos. Tal decisão é considerada um marco histórico na jurisprudência da Primeira Emenda e uma vitória daqueles que advogam a tese de que, a par de cumprir um papel de garantia individual no sentido liberal, as liberdades de expressão e imprensa devem cumprir uma função democrática de informar e preparar adequadamente a cidadania para o exercício do autogoverno.

[39] Konrad Hesse, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, 1998, p. 302-3: "O alcance completo dessas garantias abre-se, também aqui, somente com vista

Importam-nos mais diretamente, para os fins aqui colimados, os dispositivos constitucionais que cuidam de balancear o poder distorsivo das empresas de comunicação social sobre o discurso público, que devem ser compreendidos como intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais e da ordem democrática traçados em esboço na Constituição. No vértice de tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.

III.2. A CONSTITUIÇÃO E A VERSÃO BRASILEIRA DA FAIRNESS DOCTRINE

A Constituição de 1988 proclama, logo em seu art. 1°, como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil o pluralismo político. Dada a sua condição "fundante"da ordem constitucional, o pluralismo político deve ser compreendido em seu significado mais dilargado, alcançando não apenas o espectro político-partidário, mas todas as concepções e idéias que tenham relevância para o comportamento político coletivo. Por outro lado, como norma-princípio que é, espraia seus efeitos por toda a Carta, condicionando a interpretação dos demais dispositivos e clamando por concretização, conforme as circunstâncias, no maior grau possível.

Constata-se assim, desde logo, que a regulação dos meios de comunicação de massa, à vista de seu poder e sua influência na constituição do discurso público, deve pautar-se pela promoção do pluralismo em sua acepção mais ampla e, sempre que possível, de modo a alcançá-lo em sua plenitude. A maior ou menor eficácia do princípio dependerá das circunstância fáticas e jurídicas a serem ponderadas nas circunstâncias; deverá ele, no entanto, ser sempre considerado na equação racional de ponderação.

Uma outra norma constitucional que merece realce neste ponto está contida no art. 220, § 5°, que proíbe a sujeição dos meios de comunicação social – sejam eles impressos ou eletrônicos – de forma direta ou indireta, a monopólio ou oligopólio. Tal norma se harmoniza perfeitamente com o princípio do pluralismo e tem por propósito evitar o controle do "mercado de idéias" por um ou alguns poucos grupos econômicos.

---

ao seu caráter duplo: elas são, por um lado, direitos subjetivos, e, precisamente, tanto no sentido de direitos de defesa como no de direitos de cooperação política; por outro, elas são prescrições de competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica. Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos meios de comunicação de massa modernos, imprensa, rádio e filme, opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como 'formação preliminar da vontade política' não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental, 'simplesmente constitutiva'.

É interessante notar que o constituinte brasileiro, a par de preocupar-se em banir a censura oficial, atentou também para a necessidade de evitar a censura imposta pelos próprios meios de comunicação, seja ela decorrente de motivações econômicas, políticas ou simplesmente pessoais. Daí se perceber um tratamento dispensado às liberdades de expressão e de imprensa que procura compatibilizar tanto seu aspecto defensivo (liberdade de) como seu aspecto protetivo (liberdade para).

Vale destacar, como ilustração do ponto, a redação do art. 220, caput e seu § 1° da Carta de 1988:

> "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.
>
> § 1° Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5°, IV, V, X, XI e XIV."

Consoante elementar regra de interpretação constitucional, conclui-se que as liberdades de expressão e de imprensa são asseguradas como regra em seu aspecto defensivo, mas estão sujeitas à incidência modificadora de outros princípios e regras constitucionais atinentes à matéria. Assim sendo, deve o agente concretizador da Constituição – seja ele o legislador, o juiz, o administrador ou mesmo o particular – buscar uma concordância prática entre os valores condensados nos princípios em tela.

Além das normas constitucionais mencionadas logo no intróito deste capítulo, alguns direitos individuais relacionados no art. 5° também mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa (art. 220, § 1°). Dentre eles, o direito de resposta (art. 5° inciso V) e o direito de acesso à informação (art. 5° XIV) guardam pertinência mais direta com o ponto que se deseja demonstrar.

O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elastecido para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.

A meu ver, portanto, o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa (collaborative media)[40] em que o público é

[40] Para um estudo específico do fenômeno da collaborative media, v. Caio Mário da Silva Pereira Neto, Kuro5hin.org, Collaborative Media and Political Economy of Information, mimeo.,

convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista[41]. A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação[42].

Na Argentina, a Suprema Corte acolheu esta utilização mais ampla do direito de resposta em caso no qual um famoso escritor concedeu entrevista em programa de televisão na qual emitiu conceitos considerados ofensivos a figuras sagradas da religião católica. A Corte assegurou o direito de resposta a um renomado constitucionalista, com a leitura de uma carta no mesmo canal de TV, baseando-se em um direito da comunidade cristã de apresentar o seu próprio ponto de vista sobre as mencionadas figuras. Considerou-se, na espécie, que o requerente atuou como substituto processual daquela coletividade[43].

Já o direito de acesso à informação deve ser visto como um direito difuso da cidadania de ser adequadamente informada sobre assuntos de interesse geral[44]. Tal direito se traduz no direito do público de obter informação de uma certa qualidade, conforme critérios previamente estabelecidos em norma regulatória. Esse padrão de qualidade deve consistir em uma espécie de piso a partir do qual as empresas jornalísticas devem pautar a sua atuação. Em regra, assuntos relativos ao governo, eleições, atuação de agentes públicos e outras figuras públicas que exerçam papel relevante na formação da opinião pública não podem ser omitidos do noticiário. Aliás, esse é um corolário da garantia de confidencialidade da fonte assegurada aos jornalistas, uma vez que o sentido finalístico de tal garantia é o de assegurar o direito do público de ser adequadamente informado sem que o jornalista sofra qualquer tipo de pressão.

Os críticos de tal regulação argumentam que o julgamento da relevância da notícia constitui o ponto central da autonomia editorial dos órgãos de imprensa e colocaria em risco a própria liberdade de imprensa. Embora se reconheça o risco da ocorrência de excessos, não parece que tal seja algo inexorável. Ponto crucial para o êxito de tal política pública seria a constituição de um ente regulador independente do governo, composto por membros indicados pelo Parlamento, por entidades de imprensa, por entidades da sociedade civil dedicadas à defesa da liberdade de expressão, assegurados o direito de petição do cidadão e a realização periódica de audiências públicas para a discussão dos parâmetros da

---

gentilmente cedido pelo autor. Collaborative Media é um fenômeno emergente na internet que consiste na criação de sites de notícias em que um número ilimitado de usuários colabora com as notícias, análise de sua relevância e certificação.

[41] Tal posição é defendida no Brasil por Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira, 1994, p. 73.

[42] Na mídia impressa, tal função tem sido cumprida através das seções chamadas “painel de leitores”. Em geral, todavia, tais seções têm espaço limitado e não costumam alcançar o mesmo destaque que as matérias ordinárias.

[43] Miguel Angel Ekmerdjian, Derecho a la Informacion, 1992, p. 94-6.

[44] Sobre o tema, v. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, *Direito de Informação e Liberdade de Expressão,* 1999, p. 152-3.

atuação do ente[45]. Em caso de excessos, órgãos de imprensa e cidadãos sempre poderão socorrer-se do Poder Judiciário.

Cumpre enfatizar, ademais, que o ente regulador jamais poderá cercear a priori o que o órgão de imprensa houver decidido publicar; seu papel é apenas o de realizar um exame a posteriori sobre o que foi deliberadamente excluído do debate público. Essa característica da intervenção regulatória reduz substancialmente o grau de interferência na autonomia editorial já que o ente regulador só terá poderes para determinar a inclusão de fatos ou versões, conforme o caso, mas nunca o de censurar previamente qualquer matéria.

Por fim, cuidou o constituinte de estabelecer, especificamente em relação às emissoras de rádio e televisão[46], um conjunto de obrigações positivas a serem observadas em sua produção e programação. Tal é o que consta do art. 221, cuja dicção é a seguinte:

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

Como se vê, há previsão constitucional expressa no Brasil relativizando o princípio da autonomia editorial dos órgãos de imprensa radiofônica e televisiva. A obrigatoriedade de dar tratamento preferencial a finalidades educativas e informativas abre caminho para a fixação de padrões mínimos na cobertura de assuntos de interesse geral (tanto no que se refere ao dever de noticiar fatos e questões importantes para a educação e informação da cidadania, como no que toca à apresentação balanceada e pluralista das diversas visões sobre controvérsias públicas). Os percentuais de regionalização da cobertura jornalística, por seu turno, criam para as empresas o dever de apuração e divulgação de fatos e questões relevantes para as comunidades locais.

Tanto em uma quanto em outra hipótese, a regulação deve ter como norte o robustecimento do debate público e o incremento do grau de inclusividade do

---

[45] O Conselho de Comunicação Social, previsto no art. 224 da Constituição como órgão auxiliar do Congresso e instituído pela Lei n° 8.389/91, não tem cumprido essa função a contento.

[46] Ao contrário da mídia impressa, emissoras de rádio e televisão no Brasil, de acordo com o art. 21, inciso XII, alínea "a", da Constituição, são concessionárias de um serviço público federal. A existência de uma quantidade escassa de freqüências disponíveis em comparação com o número de interessados gera a necessidade da intervenção do Estado na alocação de freqüências a alguns, com a exclusão de outros. Tal circunstância justifica, como decidiu a Suprema Corte americana no caso Red Lion, o estabelecimento de obrigações dos concessionários inspiradas pelo interesse público.

acesso aos meios de comunicação social[47]. Neste ponto, sobreleva a importância da concessão de acesso preferencial aos órgãos da chamada grande imprensa a grupos minoritários ou política e economicamente desfavorecidos. Prover a participação de tais grupos no mercado de idéias, a par de significar a promoção da sua autonomia como expressão de sua dignidade, representa também um ganho para o processo democrático, com o aumento do número de partícipes racionais e de pontos de vista distintos no diálogo público.

De parte o acesso à grande imprensa, uma outra dimensão importante da promoção do acesso de tais grupos marginalizados ao debate público consiste no reconhecimento e legalização, pelo poder público, de seus próprios instrumentos de expressão cultural e difusão de notícias. Há na Constituição um mandado de otimização implícito (I) no princípio do pluralismo político, (II) na vedação de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação social, (III) na consagração do direito de acesso à informação e (IV) no aspecto positivo ou participativo da liberdade de expressão, que impõe um dever para Estado de reconhecimento e promoção de fenômenos como as rádios comunitárias, cujo papel é o de dar voz a grupos tradicionalmente alijados do debate público e condenados à invisibilidade social. Seria, de fato, uma contradição que o Estado, além de não prover acesso adequado das comunidades carentes à grande mídia, ainda pretendesse lhes tolher o uso do instrumental expressivo por elas mesmas desenvolvido. Qualquer medida contrária ao reconhecimento da legitimidade e mesmo ao fomento de tais formas expressivas me parece evidentemente inconstitucional.

Por evidente, a dita clandestinidade das rádios comunitárias constitui questão legal e administrativa que impõe a atuação do Poder Público no sentido da sua regulamentação, à vista do conjunto de mandamentos constitucionais citados e de sua compreensão como um sistema que visa a promover a inclusão de grupos socialmente desfavorecidos nos processos de deliberação coletiva. A hipótese, aí, é de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público, e não de ilegalidade das rádios comunitárias.

IV. CONCLUSÃO

Uma leitura sistemática dos diversos dispositivos constitucionais antes aludidos, à luz de uma noção de democracia deliberativa inerente ao moderno Estado democrático de direito, nos permite concluir não apenas pela constitucionalidade de uma versão nacional da fairness doctrine, como pela existência de um mandamento constitucional no sentido da sua implantação.

Como visto, a Carta de 1988 provê diversos mecanismos de proteção tanto da autonomia editorial dos órgãos de imprensa, como também de defesa dos interesses de leitores, ouvintes, telespectadores e outros receptores. Tais mecanismos se aplicam tanto aos meios de comunicação social impressos como

[47] Sobre a visão da Primeira Emenda como fonte de um direito de acesso à imprensa, na doutrina norte-americana, v. Jerome Barron, Access do the Press – A New First Amendment Right, 80 HVLR 1641 (1967).

eletrônicos, embora, quanto a estes últimos, haja dispositivos ainda mais específicos que tornam ainda mais evidente a preocupação do constituinte em lhes impor a observância de obrigações positivas tendo em vista os interesses do público.

Procurou-se demonstrar, ao longo do presente estudo, que as liberdades de expressão e de imprensa possuem uma dimensão dúplice, pois que se apresentam, simultaneamente, como garantias liberais defensivas (liberdades negativas protegidas contra intervenções externas) e como garantias democráticas positivas (liberdades positivas de participação nos processos coletivos de deliberação pública). O Estado cumpre papel decisivo e crucial tanto ao respeitar os limites externos da liberdade de expressão, como ao regular o exercício de atividades expressivas com vistas a fomentar a melhoria da qualidade do debate público e a inclusão do maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de idéias.

O eixo condutor desse papel também dúplice do Estado deve ser a construção, progressiva e sempre inacabada, de uma sociedade que trate seus cidadãos não apenas como receptores passivos de mensagens veiculadas na grande mídia, mas como agentes morais capacitados a formular suas próprias concepções e a expressá-las ativamente nos diversos foros em que se travam diálogos públicos. Assim, o direito à livre formação da opinião e sua respectiva manifestação é não apenas parte inerente à dignidade da pessoa humana, como condição constitutiva de uma ordem democrática em que os processos de deliberação coletiva se aproximem, como diria Habermas, das condições ideais do discurso.

A regulação da imprensa deve preencher as falhas naturais do mercado livre no ramo da comunicação social. É fundamental que as empresas jornalísticas sejam entidades da sociedade civil, independentes de qualquer controle ou benesse do Estado. Cumpre-lhes, todavia, o dever de dar cobertura ampla e não condicionada por fatores econômicos ou conveniências políticas a fatos e questões de interesse geral, além de proporcionar ao público o conhecimento plural das diversas versões e pontos de vista sobre assuntos controvertidos. Para que a regulação não recaia em controle de conteúdo e produza efeito oposto ao pretendido, é conveniente que a atividade regulatória e fiscalizadora não seja exercida diretamente pelo governo, mas por um ente regulador independente que se apresente como entidade intermédia e guarde a devida isenção das empresas de comunicação, grupos de pressão e do próprio governo. Sua composição deve ser pluralista e representativa dos diversos setores envolvidos, e suas deliberações devem preferencialmente ser tomadas após audiências públicas ou outros mecanismos de diálogo constante com a sociedade. Situa-se fora do âmbito de sua competência qualquer poder de cerceamento prévio de conteúdos, limitada sua atuação a exames a posteriori, que poderão resultar, no máximo, na determinação da inclusão de informações, versões ou opiniões, acompanhadas do devido esclarecimento da autoria.

Se existe o risco real da captura do ente regulador por grupos econômicos ou políticos tornando a regulação instrumento de distorção ainda maior do discurso público, a distorção provocada por mecanismos imperfeitos de mercado

é uma realidade. O aprofundamento da democracia, entretanto, exige uma certa dose de ousadia e experimentalismo. A Constituição fornece o arcabouço principiológico, com o devido espaço para conformações e adaptações, para que a experiência seja feita. Resta saber se o debate público brasileiro terá energia suficiente para vencer suas próprias distorções e ousar fazê-la.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano, n.9, pág. 191-211, abr./jun. 2005