Liberdade de Informação Jornalística na Perspectiva do Supremo Tribunal Federal: análise comparativa com a Suprema Corte Norte Americana[1]

Carlo José NAPOLITANO[2]
Isadora de Moura e SOUZA[3]
Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP

Resumo

O presente trabalho visa apresentar, em uma análise comparativa, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Norte Americana acerca da liberdade de informação jornalística. Para tanto, analisa os argumentos utilizados pelas cortes quando do julgamento de processos que tinham por objeto essa temática, bem como expõe a teoria brasileira e norte americana sobre a liberdade de expressão do pensamento, especificamente, sobre a liberdade de informação jornalística. Conclui o trabalho apontando as possíveis influências da Suprema Corte e da teoria norte americana nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da temática investigada.

Palavras-chave: liberdade de informação jornalística; Supremo Tribunal Federal; constituição; liberdade de expressão.

Introdução

[1] Trabalho apresentado no GP Políticas e Estratégias de Comunicação do XIII Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.
[2] Professor de Departamento de Ciências Humanas, da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Campus da UNESP - Bauru/SP.
[3] Discente do curso de jornalismo da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Campus da UNESP - Bauru/SP e bolsista de treinamento técnico da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) , processo n. 2011/20158-2.

A presente comunicação é parte integrante de pesquisa em andamento[4] e visa especificamente tratar da perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à liberdade de informação jornalística. Para isso o presente trabalho analisa as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 869 e 4.451 que tinham por objeto esse direito fundamental e apresenta uma análise comparativa de decisões da Suprema Corte Norte Americana acerca da temática investigada, bem como expõe a teoria brasileira e norte americana sobre a liberdade de expressão do pensamento, especificamente, sobre a liberdade de informação jornalística.

Fundamentação teórica e jurídica acerca da liberdade de expressão do pensamento: a liberdade de informação jornalística

De acordo com a clássica teoria do direito constitucional brasileiro, a liberdade de expressão do pensamento é o direito fundamental que qualquer pessoa tem de exteriorizar, sob qualquer forma, o que pensa sobre qualquer assunto. (SILVA, 2010).[5]

Na liberdade de expressão está contida a liberdade de opinião, reconhecida como a liberdade de expressão primária, que consiste na prerrogativa da pessoa de adotar a postura

[4] Pesquisa denominada "Direito fundamental à comunicação: regulação jurídica constitucional e concretização pelo Supremo Tribunal Federal" conta com auxílio financeiro da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), processo n. 2011/00745-0 e objetiva investigar a regulação jurídica constitucional do direito à comunicação e para tanto propõe a revisitação ao processo constituinte no intuito de verificar e interpretar, em uma perspectiva histórica dogmática, a regulação jurídica almejada durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para o direito à comunicação. Além disso, pretende analisar e interpretar, na mesma perspectiva, a concretização desses direitos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), comparando a intenção constituinte com a concretização judicial. Parte a pesquisa de alguns pressupostos: que a atual constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988, tem caráter substancial, programática, dirigente, tendo em vista que ela estipula inúmeras finalidades, objetivos e valores que o Estado e a sociedade brasileira devem concretizar ou pelo menos almejar. Sendo um desses valores substantivos almejados à proteção e a concretização dos direitos fundamentais[4]; que o direito à comunicação, com a constituição de 88, ganhou *status* de direito fundamental, aplicando-se assim a teoria desses direitos na interpretação e aplicação daqueles e, por fim, que a constituição de 88 atribui ao judiciário o papel de garantidor dos direitos fundamentais. Por hipótese, a pesquisa partiu do pressuposto que a intenção constituinte foi a de regular alguns direitos relacionados ao direito à comunicação e que ao analisar casos referentes à temática o STF, sistematicamente, vem ampliando a aplicação desses direitos, extirpando qualquer forma ou possibilidade de regulação desse direito. Para cumprir esses objetivos a pesquisa analisa as propostas e os debates legislativos durante o processo constituinte de 87/88, relativos à regulação do direito à comunicação. A pesquisa é realizada nos Diários do Congresso Nacional (DCN), organizados em CD-Rom, em 2008, pela Secretaria Especial de Editoração e Publicação do Congresso Nacional, que contém na íntegra os debates constituintes. Concomitante a pesquisa nos DCN, são analisados os julgados do STF que tratam direta ou indiretamente do direito à comunicação. Especial atenção está sendo dada às ações constitucionais, justificando-se essa forma de análise, pois esse é o *lócus* privilegiado do confronto entre a ordem constitucional estabelecida e a legislação infraconstitucional produzida, antes ou depois do advento de uma nova constituição. A metodologia utilizada na análise dos julgados segue o seguinte roteiro: leitura minuciosa do relatório e do voto condutor nos julgados selecionados. Considera-se ainda: quem foi o propositor da ação e qual o pedido feito na ação, ou seja, qual a argumentação de confronto entre a lei questionada e o texto constitucional. Por fim, a pesquisa pretende comparar as propostas da ANC com as decisões do STF para confirmar ou não a hipótese da pesquisa.

[5] Infelizmente, segundo Simis (2010, p. 59), muitas vezes a liberdade de expressão no Brasil se confunde "com a busca de audiência a qualquer custo pelas emissoras de TV e assistimos a programações de péssima qualidade". Bigliazzi (2009) defende a ideia de que hodiernamente a liberdade de expressão estaria inserida em um conceito maior que é o direito à comunicação e que este último não estaria apenas relacionado ao direito à liberdade, mas sim também à igualdade, garantindo-se paridade de oportunidades na expressão do pensamento. Pereira (2002), por sua vez, aponta uma distinção entre a liberdade de expressão de opiniões, que denomina liberdade de crítica, da liberdade de expressão de fatos, que denomina liberdade de crônica, esta estaria relacionada à liberdade de informação.

intelectual que quiser e, se for da sua vontade, exteriorizar essa opinião por qualquer meio, através dos meios de comunicação[6], das artes, das ciências, das religiões, das pesquisas científicas, compreendendo também a liberdade de informação em geral e, especificamente, a liberdade de informação jornalística. O direito à liberdade de expressão garante até mesmo a liberdade do indivíduo, se desejar, de não expressar a sua opinião.

Ainda de acordo com Silva (2010, p. 246) a liberdade de informação jornalística "assume características modernas, superadoras da velha liberdade de imprensa." Esta, segundo o autor, está intimamente ligada aos veículos impressos de comunicação, ao passo que a aquela "alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social".

Prossegue Silva (2010, p. 247) afirmando que "a liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida dos direitos dos indivíduos a uma informação correta e parcial."

Observe-se que em diversos dispositivos o texto constitucional brasileiro faz referência à liberdade de expressão do pensamento. No artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dois incisos tratam do tema. O inciso IV dispõe que é livre a manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato e no IX está disposto que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Já o artigo 220, no capítulo da Comunicação Social, disciplina que a "manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

Bitelli (2004, p. 191) lembra que a frase *observado o disposto nesta Constituição*, previsto no caput do artigo 220, fundamenta "todo um sistema de limitações ao direito da comunicação social". É salutar mencionar que não há no direito constitucional norte americano regra semelhante a esta existente no direito brasileiro.

A nova regulação constitucional, de acordo com Jambeiro (2009, p. 152/153),

[6] Para Comparato (2010), no sistema capitalista, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa foram transformadas em liberdade de empresa, ou da empresa midiática. No mesmo sentido para Kucinski (2011, p. 16) "os proprietários da grande mídia identificam liberdade de expressão, um dos direitos humanos fundamentais, com liberdade da indústria de comunicação, que é um direito empresarial. Como se as empresas fossem as detentoras exclusivas do direito de expressão."

> aboliu complemente a censura, sob qualquer forma, seja política, ideológica ou artística. Agora o governo federal pode apenas classificar os programas de rádio e TV em termos de propriedade e impropriedade para faixas de idade determinadas em relação a horários de exibição, tornando pública essa classificação, com o caráter de recomendação em vez de obrigação. [...] O governo deve criar meios legais para assegurar aos indivíduos e famílias a possibilidade de defesa contra programas de rádio e TV que desobedeçam aos princípios que a Constituição estabelece para eles. [...] O governo deve assegurar a proteção do público contra a propaganda comercial de bens, práticas e serviços que sejam maléficos à saúde e ao ambiente.

Reconhece-se ainda que a liberdade de expressão está intimamente ligada à democracia. A liberdade é um de valores fundamentais da democracia "regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem", (SILVA, 2010, p. 132), dos quais a liberdade faz parte, sendo a liberdade de expressão do pensamento a maior expressão da liberdade.

No mesmo sentido, entende-se que a liberdade de expressão é um dos fundamentos da cidadania, compreendida aqui, conforme Silva (2010), em um sentido mais amplo do que a simples titularidade dos direitos políticos. A cidadania, para Silva, é a qualificação do indivíduo como participante da vida do Estado e o seu reconhecimento como pessoa integrada na sociedade e para que isso se concretize a livre difusão de crenças, de ideias, de ideologias e de opiniões é essencial.[7]

Há, contudo, o reconhecimento de que a regulação estatal da liberdade de expressão no Estado brasileiro configura um verdadeiro tabu, em especial, pela lembrança do período militar autoritário e que qualquer tentativa de atuação do Estado, nesta seara, é vista como censura. (BINENBOJM E PEREIRA NETO, 2005)

Nesse mesmo sentido para Lima (2010, p. 21), no Brasil, em relação a qualquer tentativa de regulação jurídica da liberdade de expressão, há "uma interdição não declarada a esse tema, cuja mera lembrança sempre provoca rotulações de autoritarismo e retorno à censura"[8].

E como reflexo desse entendimento, de acordo com Comparato (2010, p. 10), mesmo havendo a exigência constitucional de elaboração de legislação ordinária

[7] Conforme Lima (2011, p. 215) "A condição básica para a realização dos direitos políticos da cidadania no mundo contemporâneo é a existência de um mercado de mídia policêntrico e democrático, vale dizer, garantia para que cada um possa exercer plenamente seu direito à comunicação. Dessa forma, do ponto de vista da ordenação jurídico-formal, existe uma relação constitutiva entre a comunicação, o poder e a cidadania."

[8] No mesmo sentido Pieranti (2008, p. 129 e 139) assevera que "quaisquer tentativa de regulação de conteúdo ou a ela relacionadas, são em geral, consideradas pelos meios de comunicação práticas de censura." No entanto, reconhece o autor que "a linha que separa os dois (regulação e censura) é tênue. A censura não deixa de ser uma forma de se regular conteúdo, porém nem todas as formas de regular conteúdo correspondem à censura."

regulamentadora desse direito, o que se verifica é que o "Congresso Nacional é sistematicamente paralisado pela pressão dominante das empresas de comunicação".[9]

Bolaños (2004, p. 77) também comenta a ausência de regulamentação de dispositivos constitucionais relacionados à liberdade de expressão. Para o autor, a regulamentação poderia estabelecer "um novo modelo de regulação das comunicações, o que jamais se concretizou no país".

Ainda segundo Bolaños (2004, p. 77)

> A falta dessa regulamentação acaba preservando, na prática, o velho modelo. Até a vitória que foi a abolição da censura, à falta de uma regulamentação dos direitos do telespectador, acaba dando munição aos defensores da manutenção do capitalismo selvagem em matéria de comunicação no país.

Na mesma linha de raciocínio, Brittos e Collar (2008, p. 83) também reconhecem a carência de regulamentação do artigo 220 da Constituição Federal, fato "que poderia tornar-se um pilar importante no processo de democratização da mídia. O interesse do legislador constituinte, portanto, perdeu-se na ausência de lei que regulamente o dispositivo em questão".

Liberdade de informação jornalística na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 869

Na ADI 869 o Procurador Geral da República (PGR), após representação encaminhada pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), objetivou a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da parte final do § 2º, do artigo 247, da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que determinava "a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicidade do periódico até por dois números", nos casos de divulgação de informações, sem autorização, por qualquer meio de comunicação, relacionadas ao envolvimento de criança e adolescente em prática de ato infracional.

[9] Ainda de acordo com Comparato (2010, p. 12) hoje no Brasil há uma "absoluta convergência na defesa do capitalismo e na desregulamentação do setor de comunicação social". Em outro estudo desenvolvido por este proponente (NAPOLITANO, 2012) ficou concluído, do mesmo modo que Comparato, que não há interesse do legislativo brasileiro em regular as atividades econômicas relacionadas à comunicação social, haja vista que das sete exigências constitucionais de elaboração legislativa referente a este setor da atividade econômica, previstas no Título VIII, capítulo V da Constituição Federal, que regula a comunicação social, apenas três leis ordinárias foram aprovadas até os dias de hoje.

O principal argumento da representação da ANJ consistia na alegação de que a constituição de 88 ao "dispor no artigo 5º, IX, que é livre a expressão da atividades intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença, desautorizou, expressamente o legislador ordinário a opor limites ao princípio da livre manifestação do pensamento". Ademais, qualquer restrição a esse direito fundamental somente pode estar amparado nas hipóteses previstas na própria constituição, na parte final do artigo 220, conforme mencionado no item anterior.

Após o processamento da ação, o STF, por unanimidade, proferiu a seguinte decisão:

> EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal 8069/90. Liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação. Impossibilidade de restrição. 1. Lei 8069/90. Divulgação total ou parcial por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional. Publicidade indevida. Penalidade: suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números. Inconstitucionalidade. A Constituição de 1988 em seu artigo 220 estabeleceu que a liberdade de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerá qualquer restrição, observado o que nela estiver disposto. 2. Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria constituição. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

De acordo com o voto do relator do processo ministro Ilmar Galvão a parte final do artigo 247, § 2º do ECA introduziu "em nosso ordenamento jurídico restrição prévia à liberdade de imprensa mais grave do que a censura de natureza política, ideológica e artística, expressamente vedada pelo art. 220, § 2º, da Constituição da República".

Da mesma forma, entende o ministro relator que o trecho de lei impugnado na ADI permite a juiz ou tribunal poderes de proibir a veiculação de informações jornalísticas futuras, antes mesmo de conhecer o seu conteúdo, constituindo desta forma "verdadeiro embaraço à plena liberdade de informação jornalística", o que é vedado pelo ordenamento jurídico constitucional.

Também alega o relator, endossando a representação da ANJ e o pedido do PGR, que "todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do

pensamento, pelas suas variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, hão de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição."

Essas restrições são aquelas previstas no artigo 220 anteriormente mencionado.

Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451

A ADI 4.451 foi proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), junto ao Supremo Tribunal Federal, no intuito do reconhecimento da inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45, da lei 9.504/97.

A referida lei dispõe acerca de normas gerais para eleições e no artigo questionado junto ao STF dispõe que "a partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes".

Segundo a ABERT "tais normas geram um grave efeito silenciador sobre as emissoras ... inviabilizam a veiculação de sátiras, charges e programas humorísticos envolvendo questões ou personagens políticos, durante o período eleitoral", violando desta forma o artigo 5º, IV, IX e XIV e 220 da constituição, ao criar embaraços à liberdade de manifestação jornalística, constituindo verdadeira censura.

Por maioria, o STF reconhece a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, proferindo a seguinte decisão, que segue em resumo:

> EMENTA: [...] Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. [...] não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal [...] a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. [...] A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. [...] Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frase e quadros espirituosos compõem as atividades de

> "imprensa", sinônimo perfeito de "informação jornalística". Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos do Estado. [...] A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência co o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. [...]. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

Os mesmos argumentos da ADI 869 são aqui reproduzidos agora em outros termos, garantindo-se a plena liberdade de imprensa, sendo esta possível de restrição apenas *a posteriori* nos casos de ofensas a outros direitos constitucionalmente garantidos, como são os casos da privacidade e da intimidade, por exemplo.

A liberdade de imprensa na Suprema Corte Norte Americana

A teoria norte americana acerca da liberdade de expressão do pensamento foi desenvolvida no decorrer do século XX, em especial, por intermédio de decisões da Suprema Corte (SC) daquele país, sendo ela responsável pelos desenvolvimentos teóricos e jurisprudenciais em relação a esse direito fundamental.

Na SC destacam-se as teses jurídicas desenvolvidas pelo juiz Oliver Wendell Holmes, que exerceu as suas funções na corte de 1902 a 1932 (MORO, 2004).

Para Holmes a liberdade de expressão do pensamento

> não pode ser restringida nem mesmo quando envolve incitação ou apologia a ações ilegais: há também a necessidade de que da espécie possa efetivamente resultar em ação ilegal. Trata-se do denominado *clear and present danger*. (MORO, 2004, p. 46/7)

No entanto, segundo Pereira (2002), a teoria desenvolvida por Holmes não considera a liberdade de expressão de forma absoluta, sendo que ela pode ser restringida quando da prática efetiva de atos ilegais, deixando a liberdade de expressão de ser protegida em determinados casos.

O exemplo clássico dado por Holmes para ilustrar a possibilidade de restrição da liberdade de expressão e que estaria de acordo com a sua teoria ocorreria "quando alguém falsamente grita a palavra 'fogo' em um teatro lotado, o perigo causado pelo grito é

imediato, palpável, grave e possui uma alta probabilidade de efetivamente provocar danos" (SANKIEVICZ, 2011, p. 28).[10]

Contudo para Holmes é sempre necessário preservar a liberdade de expressão mesmo

> quando o discurso é desagradável ou ofensivo à maioria da comunidade. É isso, em primeiro lugar, porque nada tolhe em grau mais significativo o desenvolvimento da personalidade humana do que a imposição do silêncio; em segundo lugar, porque a liberdade de expressão é essencial ao adequado funcionamento da democracia, por permitir amplo debate de idéias. (MORO, 2004, p. 49/50)

As teses desenvolvidas por Holmes, no início do século XX, somente tomaram corpo nos julgamentos da SC, nos anos 60, durante a denominada Corte Warren (1953/1969).

De acordo com Moro (2004) a Suprema Corte dos Estados Unidos, durante esse período, proferiu duas decisões que se tornaram referência sobre a temática, tratam-se das decisões nos casos New York Times v. Sullivan e Brandeburg v. Ohio.

No primeiro caso,

> Os fatos que deram origem ao recurso junto à Suprema Corte foram os seguintes. Em 1960, período agitado pelos conflitos raciais e pela luta pelas liberdades civis, houve uma manifestação estudantil em Montgomery, Alabama, dispersada pela polícia local. No dia 29 de março daquele ano, uma matéria paga de página inteira apareceu no New York Times como o título: "Heed Their Rising Voices". O texto começava afirmando que o movimento pelos direitos civis no Sul, de caráter não violento, vinha sendo atacado por uma onda de terror. Afirmava depois que a "polícia de Montgomery havia impropriamente cercado o campus de uma escola de negros para desmantelar uma demonstração pacífica a favor dos direitos humanos e que certos 'violadores sulistas', não nomeados, tinham explodido bombas na casa de Martin Luther King, tinham-no atacado fisicamente e levado para a prissão sete vezes", sob acusações diversas. Terminava com um apelo por fundos para patrocinar o movimento estudantil, o sufrágio universal e a defesa de Martin Luther King. E além das assinaturas de 64 figuras proeminentes dos Estudos Unidos, afirmava-se que 16 pastores sulistas endossavam a matéria. Algumas das afirmações acima estavam equivocadas no todo em parte. L. B. Sullivan, comissário de polícia de Montgomery, moveu uma ação por difamação contra o jornal. Malgrado não ter sido mencionado na matéria, fez valer a alegação de que, por ser o encarregado da polícia na ocasião, podia ser, e de fato tinha sido, identificado como o responsável por todos

[10] A frase de Holmes é a que segue: "The most stringent protetion of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic." (PEREIRA, 2002, p. 255)

> aqueles abusos. Sullivan obteve do júri em primeira instância uma indenização no valor de US$ 500.000, confirmada pela Suprema Corte do Alabama. A empresa New York Times Company recorreu à Suprema Corte, que reverteu o julgamento. (PEREIRA, 2002, p. 198)

Em relação a esse processo, a corte norte americana

> Entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desautorização negligente em relação à verdade. (MORO, 2004, p. 48).

De acordo com Pereira (2002, p. 197)

> A novidade introduzida pela decisão Sullivan consistiu no estabelecimento de novo padrão de culpabilidade dos meios de comunicação, quando a notícia difamante tivesse como protagonistas homens públicos no exercício de atividades públicas. [...] A Suprema Corte definiu que homens públicos só poderiam obter indenização por difamação em matérias que tratassem da sua conduta pública, se conseguissem provar, com suficiente clareza, que as afirmações foram feitas com *actual malice*, isto é, com 'conhecimento da sua falsidade' ou com notório desprezo ou desconsideração pela sua veracidade ou falsidade.

A decisão da SC protegeu, de alguma forma, afirmações falsas divulgadas pela imprensa, desde que essas afirmações envolvam agentes de governo, pois "o homem público deve ser forte o suficiente para arrostar críticas." (PEREIRA, 2002, p. 199)

A SC também pautou a sua decisão amparada na regra que garante aos governantes "imunidade absoluta, quando se pronunciam, se seus pronunciamentos são feitos 'dentro do perímetro' das suas obrigações" (PEREIRA, 2002, p. 200), usando da analogia no caso em questão, pois

> Assim como um homem de governo poderia ficar inibido de atuar em consciência pelo risco de uma condenação, assim também a imprensa deveria gozar de prerrogativas que minimizassem o risco de autocensura por receio de uma condenação, quanto tratasse de crítica aos governantes. (PEREIRA, 2002, p. 200)

No segundo caso, Brandeburg v. Ohio[11], tratava-se da revisão de punição imposta a líder da Klu Klux Klan por ter defendido a "alteração da ordem por meio da violência" (MORO, 2004, p. 49). Neste julgamento, segundo Moro (2004), a despeito da imoralidade inquestionável do discurso, o que prevaleceu foi a tese de Holmes formulada no início do século passado.

Ademais, com essas decisões a SC elevou a liberdade de expressão do pensamento "a uma posição preferencial em relação a outros interesses" (MORO, 2004, p. 50) de mesma estatura constitucional.

Se extrai da obra de Moro (2004) que nos EUA a fundamentação teórica sobre a prevalência da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais está baseada na sua íntima relação com a democracia, pois "sem liberdade de expressão e direito à informação e sem amplos direitos de participação não há verdadeira democracia." (MORO, 2004, p. 263).

No entanto, adverte Moro (2004, p. 264) que "a teoria da posição preferencial não transforma tais liberdades e direitos em absolutos. Mesmo a Suprema Corte norte-americana admite algumas restrições, como as relativas a material obsceno".

Contudo, essa teoria coloca a liberdade de expressão "em situação de vantagem no caso de eventual colisão com outros direitos" (MORO, 2004, p. 265). Porém, reconhece-se que não há hierarquia entre os direitos fundamentais.

No caso específico da liberdade de imprensa, tratado no caso New York Times v. Sullivan, essa primazia

> é restrita a assuntos de natureza pública, embora estes possam ser definidos de forma ampla. O debate de assuntos públicos deve ser amplo e robusto, sem inibições, e ele seria seriamente afetado caso se exigisse da imprensa a verificação da certeza dos fatos relacionados com as notícias a serem veiculadas. (MORO, 2004, p. 266).

[11] Uma lei de Ohio proibiu o ensino de doutrinas de sindicalismo criminal. O réu, Brandenburg, um líder do Ku Klux Klan, havia discursado promovendo ações violentas contra o governo e foi condenado pela lei de Ohio. O dispositivo de Ohio tornou ilegal ensinar ou defender "crimes, sabotagens, violência (...) ou terrorismo como meios de se almejar reformas industriais ou políticas". O dispositivo também proibiu a montagem de sociedades ou grupos que defendessem princípios do sindicalismo criminal. A incógnita se deu em torno da questão: O estatuto, proibindo discursos públicos que defendessem a violência, violou o direito de liberdade de expressão do réu, da Constituição Americana? Desdobramento: A Suprema Corte entendeu que a lei de Ohio violou o direito de liberdade de expressão do réu. Em decorrência da decisão, lançou-se mão de formas de distinção entre discursos cabíveis no direito à liberdade de expressão, e discursos que poderiam, potencialmente, incitar atos violentos. O discurso poderia ser proibido se este fosse capaz de incitar uma ação ilegal iminente, produzir mencionada ação ou incitar alguma forma de violência imediata. No entanto, a incapacidade da Corte de fazer essa distinção tornou a lei excessivamente ampla e inconstitucional. Este relato foi elaborado pela bolsista Isadora de Souza e Moura após pesquisa sobre o assunto.

Ainda de acordo com Moro essa tese foi aplicada em outros casos pela SC, como no da Hustler Magazine v. Falwell, em 1988.

Neste caso especificamente a primazia foi estendida para cartunistas e satiristas, decidindo a corte

> que figuras públicas não poderiam obter indenização por afronta à honra sem demonstrar que a publicação veicularia falsas declarações feitas com 'malícia', ou seja, com o conhecimento de que seriam falsas ou com desconsideração negligente quanto à sua falsidade o não. (MORO, 2004, p. 267)

As teses de Holmes, contudo, não estão imunes de críticas, considerando-se que a ideia central seria o fato de que a livre circulação de ideias ou o mercado de ideiais levaria à verdade.

Essa premissa é refutável tendo em vista que no exercício de algumas modalidades de discurso a verdade nunca será alcançada, como, por exemplo, nas artes, na literatura e no discurso religioso (SANKIEVICZ, 2011).

Pereira (2002) aduz que esse mercado de idéias seria o transplante do pensamento econômico liberal, do *laissez-faire, laissez-passer*, para o campo da liberdade de expressão, definido por ele como o liberalismo de ideias. Critica ainda a importação das teses de Holmes para a nossa realidade, a despeito do fato de elas terem desaparecido dos tribunais americanos. Segundo o autor, as ideias do norte americano fundamentam teses brasileiras que se "insurgem contra algumas restrições à liberdade de manifestação do pensamento." (PEREIRA, 2002, p. 260)

Ainda segundo Pereira (2002, p. 261) aqueles que defendem o *marketplace of ideas* o fazem por dois motivos "ou porque não se julga que a exposição teórica, enquanto exposição teórica, tenha qualquer real potencial nocivo à sociedade; ou porque se crê que a verdade e o bom senso sempre prevalecem no confronto entre teses opostas", sendo ingênuas, para o autor, essas duas premissas.

Conclusões

Do que foi exposto, observa-se que, em especial, no julgamento da ADI 4.451 aparentemente as ideias de Holmes e da Suprema Corte Norte Americana estão presentes na decisão do Supremo Tribunal Federal que estabelece primazia à informação se comparada a

outros direitos fundamentais, particularmente quando a informação envolve a atuação de pessoas públicas, de agentes de governo, sendo certo para a corte brasileira que os diretos da intimidade e privacidade, por exemplo, somente podem ser exercidos após o dano efetivamente causado.

Em relação à decisão da ADI 869 não é possível estabelecer um comparativo com as decisões da Suprema Corte. No entanto, é possível extrair dos argumentos apresentados que a legislação constitucional brasileira permite a restrição de direitos relacionados à liberdade de expressão, restrição não prevista, pelo menos de forma expressa, pela constituição americana.

Referências

BIGLIAZZI, R. A memória do direito à comunicação. **Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación**, vol. XI, n. 1, ene. – abr. 2009.

BINENBOJM, G.; PEREIRA NETO, C. M. da S.. Prefácio de: FISS, O. M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITELLI, M. A. S. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOLAÑOS, C. R. S. A reforma do modelo brasileiro de regulação das comunicações em perspectiva histórica. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, 17, 67-95, 2004.

BRITTOS, V.C.; COLLAR, M. S. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In: SARAVIA, E; MARTINS, P. E. M.; PIERANTI, O. P. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

COMPARATO, F. K.. Prefácio de: LIMA, V. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010.

JAMBEIRO, O. A comunicação na Constituição de 1988. In: GOULART, J. O. **As múltiplas faces da constituição cidadã**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

KUCINSKI, B. Prefácio de: LIMA, V. A. de. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011.

LIMA, V. A. de. **Liberdade de expressão versus liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia**. São Paulo: Publisher, 2010.

_____. **Regulação das comunicações: história, poder e direitos**. São Paulo: Paulus, 2011.

MORO, S. F. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NAPOLITANO, C. J. A regulação constitucional da Comunicação Social e a efetivação de suas normas. ALCEU: **Revista de Comunicação, Cultura e Política**, n. 24, jan/jul. Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, G. D. C. **Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PIERANTI, O. P. Censura versus regulação de conteúdo: em busca de uma definição conceitual. In: SARAVIA, E; MARTINS, P. E. M.; PIERANTI, O. P. **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

SANKIEVICZ, A. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIMIS, A. Conselho de Comunicação Social. Uma válvula para o diálogo ou para o silencia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 25, n. 72, fev/2010, pp. 59-71.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.