

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

MARIA LUIZA SANTOS

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

**CURITIBA
2012**

MARIA LUIZA SANTOS

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Eneida Desiree Salgado.

**CURITIBA
2012**

Para minha mãe, a quem devo absolutamente tudo. Tudo o que conquistei e ainda vou conquistar é, na verdade, muito mais seu do que meu. Obrigada pela criação, pela dedicação e, especialmente pelo amor incondicional. Não tenho palavras para descrever o amor que sinto por você mamãe.

Para minha irmã Mari, que esteve presente em todos os momentos da minha vida. Obrigada por dividir o cérebro comigo, por pensar as mesmas coisas que eu nos mesmos momentos, obrigada por ser minha melhor amiga e ter me apoiado sempre que precisei. Amo você.

Para o Cássio, que teve uma ajuda tão fundamental na elaboração desta monografia. Obrigada pela paciência, tolerância e compreensão com todos os meus ataques de falta de autoconfiança. Como demonstrar o que você significa pra mim? Impossível. Vou ter que tentar resumir naquelas velhas duas palavras: te amo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a minha orientadora Prof. Dra. Eneida Desiree Salgado por todo o apoio e paciência durante os longos meses em que este trabalho foi elaborado. Muito obrigada por me ajudar na escolha do tema, na elaboração do sumário e na indicação de autores pertinentes ao tema. Obrigada pelas críticas construtivas e pelas ideias brilhantes que ajudaram a enriquecer o texto. Quero agradecer também pela atenção constante e pela leitura das mil versões até que chegamos a esta. Obrigada, ainda, por ter se mantido calma no (longo) período que eu não consegui escrever nada. Eu não poderia ter escolhido orientadora melhor.

Gostaria também de agradecer ao Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, com quem, infelizmente só tive o prazer de ter aula durante um semestre. A matéria, apesar de curta, foi uma das melhores que tive nesta casa. Na época, eu já tinha tido um ano de Parte Geral do Código Civil, mas apenas durante aquele semestre eu finalmente entendi os institutos do direito civil. Obrigada por aceitar participar da banca de defesa deste trabalho tão prontamente.

Gostaria de agradecer ainda ao Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior. Logo no início da minha jornada aqui na Faculdade de Direito tive o prazer de ter aula com o Prof. Sérgio Staut, que sempre foi tão solícito e querido para todos os alunos que acabou sendo escolhido como nome de turma da nossa sala. Não há, portanto, dúvida da importância do professor tanto na minha formação quanto na dos meus colegas. Muito obrigada por aceitar participar desta banca de defesa de monografia.

Quero também agradecer especialmente à tia Derci que foi a pessoa que mais se preocupou com o andamento da minha monografia durante este ano. Obrigada tia por se interessar pelo assunto, perguntar como estava indo, cobrar pra que eu terminasse e ter sido a primeira pessoa a me dar parabéns quando o trabalho ficou pronto.

Preciso também agradecer às minhas queridíssimas amigas Thaisa, Luana e Sara. Meninas, sem vocês estes cinco anos teriam sido insuportáveis. Sabemos

que a faculdade foi, digamos, enfadonha, mas graças a vocês tudo se tornou divertido.

Obrigada Luana por sempre me fazer rir, seja do risoles de camarão ou até da nossa própria desgraça. Obrigada por me consolar porque a sua monografia sempre está pior que a minha e, especialmente por ser tão boa amiga.

Obrigada Thaisa por me acompanhar em todos os momentos. Desde as idas intermináveis a biblioteca até os longos fins de semana de cursinho. Obrigada por, mesmo depois de descobrimos que Direito não necessariamente era nossa paixão, ter permanecido lá, me dando força para também continuar. Obrigada também pelo emprego que você vai me dar se eu não passar em concurso nenhum.

Obrigada Sara por ter estado presente durante esses cinco anos. Por sempre tirar as mesmas notas que eu, por me ensinar processo civil, por ter tanta falta de confiança quanto no fato de que algum dia passaríamos na prova da OAB.

Enfim, obrigada a todos que de alguma forma contribuíram na minha vida e formação universitária. Obrigada aos professores com quem tive aula e obrigada aos colegas com quem convivi.

Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas, ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão.

Owen Fiss

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO.....	1
1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS CONTORNOS	5
1.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO DE LIBERDADE	5
1.2 O TRATAMENTO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	12
1.3 AS EFICÁCIAS NEGATIVA E POSITIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	15
2 OS ASPECTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	24
2.1 A LIBERDADE DE CRENÇA E A LIBERDADE DE PENSAMENTO.....	24
2.2 A LIBERDADE DE OPINIÃO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO.....	28
2.3 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO, A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS DIREITOS DOS JORNALISTAS.....	34
3 OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	44
3.1 OS MONOPÓLIOS.....	44
3.2 OS LIMITES DO DISCURSO.....	50
3.3 O ESTADO COMO PROMOTOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	61
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

RESUMO

A liberdade de expressão tem, entre outras funções, a de proteger o cidadão contra possíveis ingerências do Estado. Sendo assim, a censura é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a mera proibição à censura não esgota todas as possibilidades do direito. Trata-se de uma liberdade complexa, formada por diversas facetas, sendo que muitas delas exigem a efetiva prestação estatal, tanto no sentido de restringi-la quanto no sentido de fomentá-la. A liberdade de expressão não se resume a um simples dever de não fazer por parte do Estado. É um direito que, para se tornar plenamente efetivo e desenvolver todas as suas potencialidades, precisa de prestação positiva, gerando custos e criando também uma obrigação de fazer para o ente estatal.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Direito de prestação positiva. Discurso.

ABSTRACT

Freedom of speech has, among other functions, that of protecting the citizen against possible interferences by the State. Thus, censorship is forbidden in Brazilian law. However, the mere prohibition to censorship does not deplete all the possibilities of the law. It is a complex freedom, with multiple dimensions, many of them in need of an effective State action towards its promotion. Freedom of speech cannot be shortened into a simple prohibition to act by the State. It is a right that, in order to become truly effective and develop all its possibilities, must have a positive action, having costs and crating also an obligation to act to the State being.

Keywords: Freedom Of Speech, Right of Positive Action, Discourse.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito de importância ímpar no desenvolvimento da democracia deliberativa. O processo democrático implica em discussão entre os cidadãos. Apenas através do debate a sociedade pode conhecer e encontrar soluções para os problemas que enfrenta. Sendo assim, é natural que a liberdade de expressão tenha sido levada à categoria de direito fundamental, com previsão constitucional expressa.

Este direito, em especial em sociedades como a brasileira, que passou recentemente por um período de ditadura, tem uma forte carga de proteção do particular contra o Estado. Ao cidadão é facultado se expressar livremente, não precisando de anuência prévia de nenhum órgão do Estado e sem a possibilidade de sofrer nenhuma repressão posterior, salvo as dispostas expressamente em lei penal e assegurado o direito de indenização em caso de ofensa a terceiro.

No entanto, a vedação à censura não esgota a liberdade de expressão. A simples não intromissão na escolha do particular de falar o que bem entender não representa o direito em sua totalidade. Para além de servir como uma proteção do cidadão em face de um Estado possivelmente controlador, a liberdade de expressão contém uma série de nuances que precisam ser mais bem exploradas.

Além da necessária abstenção estatal no que se refere à possibilidade do cidadão se manifestar livremente, a liberdade de expressão implica em atuação positiva por parte do Estado. Para que este direito possa se desenvolver plenamente, o ente estatal precisa regulamentá-lo e fomentá-lo.

A liberdade de expressão não atinge toda sua potencialidade quando o sujeito tem permissão para falar, mas não tem para si garantido o direito correlato de ser ouvido. Se o direito é fundamental para a democracia, para incitar a discussão na sociedade, as vozes não podem ser caladas, cabendo ao Estado atuar positivamente para fornecer aos cidadãos os meios para que possam ser ouvidos pelos seus pares.

Como ponto de partida utilizar-se-á a visão de Robert Alexy¹, segundo quem os direitos são formados por feixes de posições jusfundamentais, ou seja, possuem características de cada uma das gerações apresentadas pela doutrina clássica (primeira, segunda e terceira geração de direitos), cabendo atuação negativa e positiva por parte do Estado para que todas as facetas dos direitos sejam atendidas, não os deixando incompletos e apenas parcialmente eficazes. Nesse sentido, é bastante fácil perceber que a liberdade de expressão é um direito complexo, composto de várias manifestações que exigem em alguns casos mera abstenção do Estado em relação ao particular e, em outros casos, requerem ativo fomento ou intervenção para que se realizem.

O que compete ao Estado em relação à liberdade de expressão, tanto no sentido de fomentar quanto no de restringir, ainda não é matéria pacificada entre os estudiosos. Portanto, mesmo em tendo se passado mais de dois séculos das primeiras revoluções burguesas que clamaram pelos direitos de liberdade, entre eles o de expressão, o tema continua em voga. A liberdade de expressão não mais se restringe ao que imaginaram os revolucionários do século XVIII, cabendo à comunidade jurídica continuar o debate para definir os novos limites deste direito.

Sendo assim, no capítulo 1 deste trabalho, será discutida a questão das diversas eficácias da liberdade de expressão. Primeiramente será feito um panorama geral sobre os direitos de liberdade especificando algumas características em comum de todos eles. Depois será feita uma análise do tratamento jurídico dado à liberdade de expressão no Brasil, tratando das principais leis que compõem o bloco jurídico dedicado à comunicação social e à imprensa.

Discutir-se-á sobre uma possível incompletude do sistema legislativo no que tange ao tratamento dado a este direito fundamental que, possivelmente, pode levá-lo a se tornar ineficaz. Por fim, serão diferenciadas as eficácias positiva e negativa do direito de liberdade de expressão, demonstrando-se que, por mais que se trate de um direito de liberdade, a percepção de que a mera abstenção estatal já garantiria sua eficácia completa é falsa.

No capítulo 2 deste trabalho o direito será esmiuçado. Serão tratadas algumas das principais manifestações da liberdade de expressão. Como direito

¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

complexo, ela é formada por diversas outras liberdades como a de opinião, informação, imprensa, crença e pensamento. Cada uma dessas facetas do direito maior tem particularidades e problemas próprios que precisam ser mais bem analisados para que um panorama geral do problema envolvendo a liberdade de expressão em geral possa ser formado.

Alguns desses direitos correlatos exigem apenas inércia estatal, outros implicam em investimentos altíssimos para que possam se concretizar. A liberdade de crença, por exemplo, exige que o Estado se abstenha de interferir naquilo que acredita o sujeito. Não interessa ao ente estatal qual a fé de cada cidadão. No entanto, para garantir este mesmo direito, cabe ao Estado oferecer ao cidadão um aparato completo de segurança pública para, por exemplo, eventuais procissões de fiéis.

Ainda, alguns desses direitos, se não forem tomados os devidos cuidados, podem acabar entrando em colisão com outros direitos fundamentais, cabendo ao Estado a tarefa de harmoniza-los. Esta harmonização pode se dar tanto através de programas do Poder Executivo como pela edição de novas leis, ou ainda, de forma repressiva, quando o Poder Judiciário é instado a resolver eventual controvérsia entre os direitos fundamentais.

Por fim, o último capítulo deste trabalho irá se dedicar aos novos desafios a serem enfrentados em relação à liberdade de comunicação. Foram escolhidas apenas três de diversas outras questões que poderiam ter sido suscitadas como provocações para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no século XXI.

A primeira questão tratada são os grupos monopolistas que dominam a comunicação social no país. Questionam-se os problemas decorrentes do fato de que todos os meios de comunicação são controlados por apenas alguns grupos e quais os eventuais danos que a democracia poderia sofrer pela falta de visões plurais apresentadas pela mídia.

O segundo problema tratado neste capítulo é a questão da regulação, a atuação repressiva do Estado. Alguns estudiosos entendem que a liberdade de expressão protege qualquer tipo de discurso, independentemente do conteúdo, tendo como único limite as questões criminais. Outros autores defendem que esta liberdade só protege os assuntos que não podem trazer um maior dano social,

retirando desta proteção, por exemplo, o discurso ofensivo. Neste ponto é pertinente indagar como o Estado deve atuar, que limites deve respeitar e que falas deve suprimir.

O terceiro problema apresentado diz respeito à atuação do Estado como alocador de recursos pra promover determinados discursos e como promotor direto do acesso popular aos meios de comunicação. Existem diversos meios de comunicação de caráter público ou estatal, mas a participação da população na produção das notícias vinculadas na mídia ainda é muito restrita.

Além disso, no tocante ao ente estatal promover diretamente determinados discursos, é importante discutir como se dá a escolha do administrador público de como alocar os limitados recursos disponíveis. A escolha é discricionária, afinal se trata de ato administrativo, mas, mesmo assim, alguns critérios podem ser seguidos para uma otimização do direito de liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é um objeto de estudo muito amplo, e, pela falta de espaço neste trabalho, escolheu-se o recorte metodológico descrito acima. Portanto, em tendo sido o objeto desta monografia delimitado, parte-se para o estudo em si.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS CONTORNOS

1.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO DE LIBERDADE

A doutrina tradicional costuma caracterizar os direitos fundamentais de liberdade como direitos que necessitam principalmente de abstenção por parte do Estado. Sendo assim, cabe a ele primordialmente a tarefa de não intervir na liberdade do particular. Eles “caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo.”².

A principal função dos direitos de liberdade é, portanto, evitar o abuso de poder por parte do ente estatal. “Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerências do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...)”³

José Afonso da Silva é adepto da teoria de que as liberdades públicas, por serem geralmente normas de eficácia plena, não dependem de intervenção legislativa. Para o doutrinador, a ideia de regulamentação da liberdade “há muito está superada”.⁴

Essa visão provém da clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações. Os direitos de liberdade são aqueles de primeira geração, ou seja, os que servem como um escudo contra ações invasivas do Estado na vida do sujeito.

Essa divisão guardava completo sentido na época das revoluções burguesas, em especial durante a Revolução Francesa, em que o sujeito buscava se libertar de uma atuação excessiva e desigual por parte de um Estado absolutista que concentrava em si próprio a criação, a execução e a jurisdicionalização das leis. O sujeito era oprimido pelo Estado e clamava por liberdade que, no contexto do século XVIII, se traduzia majoritariamente no fim das intervenções estatais em assuntos particulares.

Em um Estado estritamente liberal esta visão ainda poderia guardar certo sentido, pois nesse modelo não é tarefa estatal promover os direitos em si, mas

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332.

³ Idem, Ibidem. p. 332.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2008. p. 140.

apenas reservar um espaço de liberdade para que o sujeito busque por si mesmo os seus próprios anseios sociais. Um exemplo disto pode ser encontrado na famosa ideia de busca da felicidade consagrada no preâmbulo da Carta de Independência estadunidense, segundo a qual cabe ao Estado permitir que o cidadão possa progredir por si mesmo, sem interferir nessa liberdade privada de buscar condições mais adequadas para si.⁵

No entanto, hoje não se encontra mais em nenhuma parte do globo uma Nação de ideais absolutamente liberais na qual não cabe ao Estado promover ativamente o bem estar social de seus cidadãos. Esta afirmação poderia ser contestada ao se analisar o modelo de liberalismo estadunidense, país no qual a população ainda vê com muita ressalva a interferência do Estado nas esferas econômica e social. Apesar da histórica discussão entre os partidos Republicano⁶, defensor de uma menor intervenção do Estado na vida econômica que deverá ser primordialmente controlada pelas forças do mercado, e Democrata⁷, que entende que a iniciativa privada, por si só, não é capaz de controlar a economia e, portanto, o Estado, neste caso muito mais intervencionista, deve firmar parcerias com o setor privado para o melhor desenvolvimento econômico, hoje é fácil perceber que esta separação entre Estado e bem estar social também está sendo mitigada nos Estados Unidos.

Um exemplo recente é a Lei de Proteção ao Paciente e Serviços de Saúde Acessíveis⁸, conhecida como “Obamacare”⁹. Batizada em nome do presidente que a

⁵ Assim dispõe o preâmbulo da Carta de Independência estadunidense datada de 1776: “We hold these truths to be [self-evident](#), that [all men are created equal](#), that they are endowed by their [Creator with certain unalienable Rights](#), that among these are [Life, Liberty and the pursuit of Happiness](#). — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the [consent of the governed](#), — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the [Right of the People to alter or to abolish it](#), and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shewn, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute [Despotism](#), it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security.” In: UNITED STATES OF AMERICA. Second Continental Congress. **Declaration of Independence**. 4 de julho de 1776.

⁶ Para maiores informações sobre os ideais do Partido Republicano acessar o site oficial do partido em [www.gop.com](#)

⁷ Para maiores informações sobre os ideais do Partido Democrata acessar o site oficial do partido em [www.democrats.org](#)

⁸ “The Patient Protection and Affordable Care Act”

sancionou, trata-se de um seguro-saúde obrigatório para todos os cidadãos estadunidenses. Como naquele país não há um sistema de saúde pública universal e gratuito nos moldes do SUS brasileiro, a saúde sempre acabou sendo gerenciada pela iniciativa privada. Sendo assim, salvo algumas exceções de clínicas financiadas por projetos de caridade, os que não possuíam renda suficiente para arcar com os preços dos planos de saúde particular acabavam por ter o acesso fundamental a saúde negado.

Ou o paciente não era tratado ou saía do hospital com dívidas que comprometiam todo seu patrimônio. Com a implantação do seguro saúde obrigatório, agora, com uma contribuição mínima é possível se adquirir um plano de saúde parcialmente custeado pelo Estado evitando que a população de menor renda permaneça marginalizada nas questões de saúde.

Owen Fiss compartilha de tal entendimento. Segundo o autor, o liberalismo do século XIX se pautou excessivamente na busca por liberdades individuais e, portanto, acabou por levar a uma demanda por um Estado limitado. Já o liberalismo atual abarca um outro valor para além da liberdade. Ele se pauta também na igualdade. Sendo assim, o modelo liberal contemporâneo entende o papel que o Estado pode desempenhar tanto na busca da igualdade como, em alguns casos, da própria liberdade.¹⁰

Nas palavras do próprio jurista: “o liberalismo contemporâneo permanece comprometido em satisfazer as necessidades básicas dos economicamente hipossuficientes, provendo-lhes,(...), acesso a alimento, moradia e atendimento médico.”¹¹ Sendo assim, não restam dúvidas que mesmo entre os estudiosos dos Estados Unidos, como Owen Fiss, a visão estritamente liberal não é mais aceita.

No Brasil é majoritário o entendimento de que para garantir direitos fundamentais não basta apenas a abstenção do Estado. Este deve atuar ativamente na promoção destes direitos, incluindo os de liberdade¹².

Nesse sentido é absolutamente pertinente a compreensão de Robert Alexy segundo a qual um direito fundamental não é apenas um direito individual a

⁹ UNITED STATES OF AMERICA. The Patient Protection and Affordable Care Act. H. R. 3590. **Speaker of the House of Representatives**. 05.01.2010.

¹⁰ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

¹¹ Idem, *Ibidem*. p. 39.

¹² Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

determinado bem jurídico. Sustenta o autor que um direito fundamental como um todo é um feixe de posições jusfundamentais, o que significa que o direito em si é formado em três esferas distintas. Primeiramente há a necessidade de uma liberdade jurídica, ou seja, é preciso que o direito em tela seja permitido ou não vedado pela legislação pátria ou que ele seja evidentemente estimulado pelo ordenamento jurídico. Em segundo lugar existe a obrigação negativa por parte do Estado de não obstaculizar nem impedir a realização do direito. E, por fim, há a obrigação de ações positivas do ente estatal para que a liberdade jurídica possa ser exercida.¹³

Seguindo essa orientação, pode-se perceber que no ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais de liberdade que possuem previsão constitucional no artigo 5º de nossa Carta Magna já contam com ações negativas do Estado, que não impede nem impõe obstáculos a sua concretização. Porém, sua eficácia plena continua comprometida na medida em que em relação a muitas das manifestações da liberdade, o Estado ainda não desenvolve ações positivas que garantiriam que a liberdade jurídica possa ser exercida integralmente.

Para Robert Alexy “una protección *positiva* de una libertad frente al Estado surge a través de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva.”¹⁴. Segundo o autor, este conceito de proteção *positiva* “no presenta ningún problema cuando se trata de cosas tales como la protección frente a terceros a través de normas de derecho penal. Los problemas surgen con los derechos a prestaciones, tales como subvenciones.”¹⁵

Apesar da prática corrente de diferenciar os direitos de liberdades dos direitos sociais baseado no argumento de que aqueles seriam direitos de eficácia plena enquanto estes são normas de eficácia limitada, a contraposição não guarda sentido. O que se pode visualizar em termos de distinção entre as duas espécies de direitos é que a eficácia dos direitos de liberdade em relação ao Estado pode ser parcialmente alcançada pela simples abstenção deste, enquanto os direitos sociais são completamente inócuos sem a intervenção do poder público.

Ainda assim, não se pode imaginar que apenas os direitos sociais precisam da intervenção do legislador para se concretizarem plenamente. Os direitos de

¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁴ Idem, *Ibidem*, p. 226.

¹⁵ Idem, *Ibidem*, p. 226.

liberdade também dependem de intervenção estatal para que possam atingir sua plena efetividade.

Cass Sustein e Stephen Holmes foram pioneiros na desmistificação da noção de que existem direitos que se efetivam plenamente apenas pela abstenção do Estado. A tese defendida pelos autores é de que não existem direitos sem custos e de que a efetivação de qualquer direito exige gasto público. Os estudiosos demonstram que até mesmo direitos que, *a priori*, seriam de atuação negativa por parte do Estado, precisam de efetiva prestação estatal para que possam se concretizar e ser defendidos.¹⁶

Como exemplo, os autores citam um incêndio ocorrido em 1995 em Westhampton no qual apenas propriedade privadas foram atingidas. Para controlar o fogo foi necessária a mobilização do corpo de bombeiros e se estima que os gastos aos cofres públicos ultrapassaram a casa de um milhão de dólares. Ou seja, para defender a propriedade privada, que, em uma visão mais tradicional, é um direito de abstenção do Estado que não deve interferir nos bens dos cidadãos, foi gasto um valor significativo. O Estado, que deveria apenas se abster de interferir na propriedade pessoal, foi chamado a salvá-la, pois sem a atuação positiva, os imóveis particulares teriam sido perdidos.¹⁷

Virgílio Afonso da Silva considera que imaginar as liberdades públicas como normas que tem eficácia plena apenas pela abstenção do Estado seria restringi-las a apenas uma de suas facetas. Segundo o autor, a partir do momento em que as liberdades passam a ser vistas para além da obrigação de abstenção estatal, surgem três novos tipos de efeitos jurídicos para estes direitos fundamentais: “(1) os chamados *efeitos horizontais*, que são os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares; (2) os *direitos de proteção*; e (3) os *direitos a organizações e procedimentos*.”¹⁸

Sendo assim, cabe ao Estado também organizar e garantir procedimentos para que cada um dos direitos de liberdade alcance sua efetividade máxima. Um direito nunca será completo a não ser a partir do momento em que outra norma seja editada para implementá-lo. Com os direitos de liberdade a situação não é diversa.

¹⁶ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 14.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 236.

Se o Estado apenas se pautar pela ideia de abstenção, cada uma das liberdades constitucionalmente garantidas estará em perigo, na medida em que nenhuma delas pode ser plenamente eficaz por si mesma, sem que antes lhe seja outorgada uma série de direitos correlatos que podem levar a sua satisfação. Liberdades fundamentais que não são acompanhadas de diversos outros aparatos necessários a sua realização não passam de promessas vãs: “sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir esse efeitos [desejados]”¹⁹.

Nesse sentido não faltam exemplos de direitos não prestacionais que exigem a atuação positiva do Estado para se efetivarem. A soberania popular consagrada no artigo 1º da Constituição Federal²⁰ se efetiva através de eleições periódicas. *A priori*, garantir o direito ao voto tão característico do sistema de democracia representativa exige apenas que o Estado não crie impedimentos para que o cidadão possa exercer a soberania popular. Sendo assim, em uma visão superficial, poderia se presumir que se o Estado apenas se abster de praticar discriminação negativa, ou seja, de excluir alguém do processo eleitoral ativo, garantido a universalidade do voto, a soberania popular já estaria garantida.

No entanto, garantir o voto universal, direito, secreto e periódico exige muito mais que apenas abstenção estatal. O processo eleitoral precisa de diversas prestações positivas. Primeiramente, por se tratar de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o constituinte nacional decidiu pela criação de um ramo especializado do Poder Judiciário. A Justiça Eleitoral se dedica à solução de conflitos provenientes do processo eleitoral e, mesmo assim, precisa de uma estrutura tão completa como a da Justiça Comum. Existe a necessidade da manutenção tanto da estrutura física quanto de servidores que se dedicarão exclusivamente ao processo eleitoral.

Além disso, como o voto deve ser exercido periodicamente, a cada dois anos o país deve se mobilizar em torno de um processo eleitoral, no qual participam todos os cidadãos brasileiros. Há necessidade de se mobilizar toda a segurança pública do país. Por excelência, o período eleitoral é considerado uma época de

¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 236.

²⁰ “Art. 1º Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

possível instabilidade, conflituosa. Em âmbito nacional, desde a edição da Constituição de 1988, não houve um conflito resultante de insatisfações com o resultado do pleito, mas, especialmente em pequenas cidades, a incidência de conflitos entre apoiadores de candidatos diversos é bastante comum. Sendo assim, é indispensável que todo o aparato policial e até mesmo militar esteja à disposição do processo eleitoral.

Além dessas eleições periódicas, ainda existem os plebiscitos e referendos que exigem a mobilização do mesmo aparato utilizado nas eleições comuns. Se houver necessidade de consulta à população para decidir sobre a edição de novas normas ou para legitimar alguma já existente, novamente a segurança nacional, assim como a estrutura eleitoral, precisará ser acionada criando custos aos cofres públicos em prol da soberania popular.

Existem ainda casos excepcionais, nos quais, por algum motivo extraordinário, novas eleições precisam ser convocadas. Nessas situações o sistema eleitoral também deve ser mobilizado em sua completude para que a soberania popular seja respeitada, gerando, igualmente, custos e atuação positiva do poder público.

Outro exemplo de direito de eficácia plena que exige a prestação positiva do Estado é o direito de reunião. Garantido constitucionalmente no artigo 5º, XVI²¹, a própria previsão da Carta Magna já exige que, antes da realização deste direito em sua vertente de manifestação (passeatas, protestos públicos organizados ou reivindicações de qualquer natureza), a autoridade competente seja comunicada para que possa providenciar a segurança e organização adequada. Ou seja, para que as manifestações cívicas garantidas constitucionalmente possam ser exercidas, é necessário que o Estado mantenha um sistema policial completo.

Diversos outros direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição seguem esta mesma lógica e exigem a manutenção de um aparato policial, que exige constantes investimentos, capaz de manter a segurança pública, como a inviolabilidade do domicílio e o direito à propriedade.

²¹ “Art. 5º XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

1.2 O TRATAMENTO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em relação ao direito fundamental de liberdade de expressão, expresso nos artigos 5º, IV e IX e 220²² da Constituição Federal o problema se torna ainda mais evidente. Nos termos de Robert Alexy, este direito ainda não está absolutamente sedimentado como fundamental no Brasil, pois ainda falta parte de sua eficácia positiva²³.

A liberdade de expressão é um direito que, *a priori*, pode ser encarado como uma liberdade jurídica protegida, pois não apenas está permitido pela legislação como por ela é estimulado, na medida em que o ordenamento jurídico se preocupa em regulamentá-lo através de leis infraconstitucionais que organizam em parte as disposições do capítulo da Constituição sobre a comunicação social.

São inúmeras as leis dedicadas à comunicação social no sistema jurídico brasileiro. A Lei nº 8.389/91, por exemplo, em atendimento a previsão do artigo 224²⁴ da Constituição Federal, institui o Conselho de Comunicação Social, que é um órgão consultivo e auxiliar do Poder Legislativo Federal que tem como principal função manifestar opiniões sobre diversas questões pertinentes à liberdade de expressão e à comunicação social em território nacional.²⁵

²² “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; e 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. § 1º - 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. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁴ “Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁵ “Art. 2º O Conselho de Comunicação Social terá como atribuição a realização de estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações que lhe forem encaminhadas pelo Congresso Nacional a respeito do Título VIII, Capítulo V, da Constituição Federal, em especial sobre: a) liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; b) propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação social; c) diversões e espetáculos públicos; d) produção e programação das emissoras de rádio e televisão; e) monopólio ou oligopólio dos meios de comunicação social; f) finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas da programação das emissoras de rádio e televisão; g) promoção da cultura nacional e regional, e estímulo à produção independente e à regionalização da produção cultural, artística e jornalística; h) complementariedade dos sistemas privado, público e estatal de radiodifusão; i) defesa da pessoa e da família de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto na Constituição Federal; j) propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; l) outorga e renovação de concessão, permissão e

Porém, como se trata de órgão consultivo, destinado a elaborar pareceres após provocação do Congresso Nacional, a decisão final sobre a elaboração de qualquer norma que regulamente repressiva ou positivamente a liberdade de expressão ainda cabe exclusivamente ao Poder Legislativo central, que tende a se quedar inerte diante das demandas de promoção deste direito fundamental.

A regulamentação infraconstitucional da liberdade de expressão e da comunicação social ainda conta com a Lei nº 4.117/62 que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações, definindo o que são telecomunicações e dando à União competência privativa para explorar esses serviços.

Mais recentemente, também para regulamentar as comunicações sociais, foi editada a Lei nº 12.485/11 que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, ou seja, sobre os canais de televisão por assinatura. Esta lei tem como uma de suas características tentar incentivar a produção audiovisual nacional, em detrimento dos canais que apenas reproduzem programas produzidos por emissoras estrangeiras.

A regulamentação da exploração dos serviços de radiodifusão pelo Poder Executivo ou sua outorga para empresas da administração indireta é feita pela Lei nº 11.652/08. Esta lei define como se dá a utilização dos meios de comunicação pertencentes ao Poder Executivo.

Os meios de comunicação regulamentados por esta lei se baseiam, em tese pelo menos, na ideia de promoção da cultura nacional, no incentivo à produção audiovisual brasileira, na criação de um espaço de maior participação democrática e na possibilidade de que o cidadão tenha voz ativa na produção da comunicação social. A lei também autoriza a criação da Empresa Brasil de Comunicação, que é um órgão da administração indireta vinculado à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República responsável por descentralizar a administração dos serviços de radiodifusão sobre o controle do Poder Executivo.

O grande problema desta lei é que, em alguns casos, o que se observa é um desvirtuamento de função nos canais de transmissão audiovisual que acabam, ao invés de garantir maior acesso à população aos meios de comunicação e fomentar o

autorização de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; m) legislação complementar quanto aos dispositivos constitucionais que se referem à comunicação social.” In: BRASIL. Lei n. 8.389, de 30 de dezembro de 1991. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1991.

debate democrático, tornado-se um meio de propaganda oficial da gestão governamental vigente.²⁶

Outra lei que vale ser citada é a Lei n^o 10.610/02 que regulamenta o §4^o do artigo 222 da Constituição Federal²⁷. Esta lei dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas jornalísticas e de radiodifusão no Brasil. A lei prevê que a participação de capital estrangeiro ou pertencente a brasileiros naturalizados há menos de dez anos não poderá ultrapassar o valor de 30% das cotas da empresa jornalística ou de radiodifusão sediada em território nacional. Esta providência tem o viés de garantir a soberania nacional, evitando que interesses externos tenham força suficiente para ameaçar o interesse interno.²⁸

Uma lei que se dedica ao tema de garantir acesso aos meios de comunicação para cidadãos excluídos dos grupos midiáticos é a Lei n^o 9.612/98 que institui o serviço de rádios comunitárias. Esta lei regulamenta a criação de rádios de baixa-frequência com alcance restrito à localidade a qual elas pertencem e dá seu controle para associações comunitárias sem fins lucrativos. É uma tentativa de garantir participação comunitária, mesmo que restrita a uma pequena área, na produção da agenda midiática das localidades. No entanto, como o alcance se restringe a um bairro ou vila, a inclusão e o fomento do debate acabam sendo tão restritos que chegam a ser inócuos. O alcance das rádios comunitárias pode ser de até um quilômetro da antena de transmissão e, em caso de desrespeito, aplicar-se-á multa à emissora infringente. Segundo Clementino Lopes, com esta limitação não restam mais do que duas opções às rádios comunitárias: ou elas simplesmente

²⁶ Um exemplo do desvirtuamento dos meios de comunicação sob o controle do poder executivo aconteceu durante a gestão do então governador do estado do Paraná Roberto Requião (2002-2010). Requião foi acusado de utilizar a Rádio e Televisão Educativa do Paraná para promover interesses políticos pessoais, atacar adversários políticos e a imprensa paranaense. O Ministério Público Federal entrou com diversas ações contra Requião. As ações foram julgadas procedentes e o então governador foi condenado a pagar multa em quatro oportunidades. O total das multas atingiu a soma de R\$ 650.00,00. Fonte: Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=811311&tit=Justica-multa-Requião-em-mais-R-200-mil-por-uso-da-TV-Educativa>>. Acesso em 02/11/2012.

²⁷ “Art. 222 § 4^o Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1^o.” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁸ Apesar da efetividade e até mesmo intenção da medida serem bastante questionáveis, elas não são objeto deste trabalho, pois necessitam de ensaio exclusivo para serem analisadas.

obedecem à legislação e não são ouvidas, ou se resignam a receber multas constantes da Agência Nacional de Telecomunicações.²⁹

Estes são apenas alguns exemplos de leis infraconstitucionais que se dedicam a regular e promover a liberdade de expressão no Brasil. No entanto, tal regulamentação é insuficiente. Especialmente após a declaração da inconstitucionalidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pelo Supremo Tribunal Federal em 2009³⁰, as regras em relação a este direito fundamental foram duramente atingidas, o que acabou por converter o direito, nos termos de Alexy³¹, em uma liberdade jurídica não protegida. Hoje há pouca regulamentação em todos os sentidos. A regulamentação estabelecendo restrições e punições é ineficiente, assim como a que estabelece incentivos à liberdade de expressão.

1.3 AS EFICÁCIAS NEGATIVA E POSITIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A obrigação negativa do Estado em face da liberdade de expressão é realizada na medida em que ele se abstém de intervir na escolha da pauta veiculada pelos meios de comunicação privados em geral, não interfere no discurso proferido pelos cidadãos e, principalmente, através da vedação absoluta a qualquer tipo de censura, direito este assegurado constitucionalmente no artigo 5º, IX e no § 2º do artigo 220³² e talvez considerado a eficácia mais evidente da liberdade de expressão.

²⁹ LOPES, Clementino. **O raio do absurdo: radio comunitária a cada quilômetro**. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/internas.php?p=noticias&cont_key=717721>. Acesso em 07/11/2012.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “Liberdade de informação jornalística.” Expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa q que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Procedência da ação. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Partido Democrático Trabalhista, Presidente da República, Congresso Nacional, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais e Associação Brasileira de Imprensa. Relator: Ministro Carlos Britto. DJe nº 208. Publicação 06 de novembro de 2009.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

³² “Art. 5º, X - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; Art. 202 §2º É vedada toda e qualquer censura de

No entanto, a liberdade de expressão não se resume à vedação à censura. Examinando-a como um feixe de posições jusfundamentais³³, percebe-se que ela é primordialmente um direito de abstenção. Fundamentalmente, o que se pretende ao elevá-la à categoria de direito fundamental é garantir que todos possam expressar-se livremente sem que qualquer outro, seja este particular ou agente público, possa interferir, tendo como únicos limites os impostos pelo direito penal, o anonimato e a ofensa a terceiro que poderá pleitear indenização posterior.

No entanto, se o Estado, órgão regulador da sociedade, limitar-se a agir apenas segundo esse critério de não intervenção e de atuação apenas em caso de violação de direito de outrem, a liberdade de expressão pode tornar-se apenas uma promessa constitucional sem eficácia material plena. É parte integrante da liberdade de expressão sua eficácia positiva, ou seja, a obrigação do Estado de promovê-la em sua plenitude.

Paulo Branco sustenta que “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”³⁴. Porém, por seguir a doutrina clássica que não enfatiza a eficácia positiva do direito, o autor destaca que a liberdade de expressão não é composta pela obrigação estatal de garantir o acesso aos meios de comunicação, não sendo este um direito acessório ao de expressar-se livremente. Segundo Paulo Branco “a liberdade se dirige, antes, a vedar que o Estado interfira no conteúdo da expressão. O direito não teria por sujeito passivo outros particulares, nem geraria uma obrigação de fazer do Estado”³⁵.

Por outro lado, Owen Fiss garante que a obrigação do Estado de promover o acesso aos meios de comunicação não apenas é parte integrante do direito fundamental como é indispensável ao desenvolvimento e manutenção da democracia.³⁶

natureza política, ideológica e artística.” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

³⁵ Idem, *Ibidem*, p. 455

³⁶ FISS, Owen. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Heaven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995.

Fiss é adepto da concepção instrumental da liberdade de expressão. Para o autor, este direito fundamental tem uma importância primordial na medida em que ele é o principal meio de formação da opinião pública, conceito indispensável para a concretização de qualquer projeto democrático. Esta concepção dá uma importância central ao discurso político que merece especial atenção do Estado, tanto quando trata de fomentá-lo quanto de regulá-lo.³⁷

Sendo assim, quando o Estado, em nome da liberdade de expressão, não intervém nos meios de comunicação e permite que os grandes grupos comunicacionais monopolizem o discurso veiculando apenas aquilo que os interessa, a democracia acaba prejudicada. Apenas o discurso que interessa a esses grupos é apresentado e qualquer opinião contrária não chega sequer a ser debatida. Esse fenômeno é prejudicial à democracia que, como ensina Habermas³⁸, se fortalece com a discussão e desenvolvimento da comunicação.

Para Fiss, a não regulamentação dos meios de comunicação acaba por trazer mais danos do que vantagens à liberdade de expressão. Às vezes, obrigar um veículo de comunicação a publicar algo contrário a seus interesses faz com que posições distintas sobre um mesmo tema possam ser visualizadas fortalecendo o debate que é a semente da formação de novas opiniões que também merecem ser livremente expressadas para um enriquecimento democrático.³⁹

A lógica do mercado se mostra insuficiente no caso de liberalismo completo dos meios de comunicação o que ofende tanto a democracia quanto a própria liberdade de expressão. Portanto, cabe ao Estado regulamentar os canais de comunicação além de garantir espaço para uma pluralidade de opiniões dentro deles.⁴⁰

Os empresários dos meios de comunicação podem ficar bastante insatisfeitos com a possibilidade de terem que abrir seus canais de comunicação para discursos contrários ao que eles mesmos sustentam, além das evidentes perdas financeiras que essa intervenção estatal pode trazer. No entanto, “tal apoio financeiro forçado é uma obrigação da cidadania, necessária para servir a propósitos

³⁷ SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática de Direito Público no Brasil** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217 – 258.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

³⁹ FISS, Owen. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995

⁴⁰ Idem, *Ibidem*.

comunitários, que no caso de regulações de acesso incluem a preservação do próprio processo democrático.”⁴¹.

Como o interesse público deve se sobrepôr ao interesse privado, “o uso da propriedade de um indivíduo para dar apoio a atividades que ele ou ela detesta é um preço necessário da democracia.”⁴². O processo democrático e os interesses da coletividade devem ser priorizados em relação aos interesses particulares de lucrar. No Brasil, esta prevalência do interesse coletivo sobre o privado é uma das facetas da função social da empresa.⁴³

No Brasil ainda há a particularidade que as empresas de comunicação audiovisual são concessionárias de serviço público. Isso significa que elas apenas possuem um contrato com a administração pública no qual lhes é delegada “a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.”⁴⁴. Sendo assim, o poder público continua sendo o titular dos serviços de telecomunicação, o concessionário apenas tem o direito de execução do serviço.

Como se trata de serviço público de competência exclusiva da União⁴⁵, a exploração de serviços de radiodifusão se pauta, assim como os demais serviços públicos, no interesse público. Como todo “serviço público corresponde a uma atividade de interesse público”⁴⁶ é natural que este deva prevalecer sobre qualquer interesse privado, até mesmo sobre os interesses econômicos do concessionário. Sendo assim, em prol do melhor desenvolvimento da democracia, é cabível intervenção estatal quando o concessionário não estiver agindo de acordo com o

⁴¹ “such compelled financial support is an obligation of citizenship, necessary to serve community purposes, which in the case of access regulations include the preservation of the democratic process itself.” FISS, Owen. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Heaven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995.

⁴² The use of an individual’s property to support activities he or she detests is a necessary price of democracy.” FISS, Owen. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Heaven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995.

⁴³ A Função Social da Empresa é princípio consagrado no direito empresarial, no entanto, pela dificuldade de seu estudo e definição, não será objeto deste trabalho.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 278.

⁴⁵ “Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 95.

melhor interesse público e apenas estiver vinculando as ideias com as quais tem maior afinidade.

A concessão de serviço público traz ao concessionário o ônus de dever agir de acordo com o interesse público. Ele apenas executa um serviço que pertence à União e, portanto, é regido pelo direito administrativo que tem como fundamento sempre a busca do melhor interesse público.⁴⁷

Outro ponto um pouco mais controverso apontado por Fiss⁴⁸ é a limitação que o Estado deve dar a certos discursos em nome da igualdade. Algumas minorias, por mais que tenham para si garantido o acesso a meios de comunicação, acabam por ter sua liberdade de expressão violada pela opressão que sofrem por parte de outros nichos da sociedade.

É o caso das mulheres, que, mesmo que em nome da equidade e da liberdade de expressão tenham para si garantido o acesso aos meios de comunicação, em razão da reificação que elas sofrem por parte das majorias masculinas, acabam por não serem ouvidas. A desvalorização da mulher, em especial através de materiais pornográficos, acaba ferindo a liberdade de expressão da própria mulher que, como é tratada por toda a sociedade como um objeto, mesmo quando tem acesso aos meios de comunicação de massa acaba por não ser levada tão a sério quanto um homem seria.

Um exemplo deste chamado “efeito silenciador do discurso”⁴⁹ ocorreu durante uma entrevista concedida por Marta Suplicy ao programa do Jô Soares exibido em 20 de novembro de 2000. Marta Suplicy, então prefeita eleita da cidade de São Paulo, foi perguntada sobre a cor da calcinha que utilizava durante a entrevista. Irritada, ela perguntou o porquê de tal pergunta em uma entrevista concedida para falar sobre a eleição que ela tinha acabado de ganhar, destacando que o mesmo apresentador não havia perguntado a cor da cueca de José Serra (então ministro da saúde), Mário Covas (então governador de São Paulo) e

⁴⁷ No tocante aos meios de comunicação impressos, como jornais e revistas, a Constituição Federal os dispensa da necessidade de autorização para a publicação. Sendo assim, por não ser um serviço vinculado aos bens da União, a comunicação impressa no Brasil é regida pelo direito civil e não precisa obedecer aos ditames do direito administrativo. “Art. 220 § 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade” In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁴⁸ FISS, Owen. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Heaven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995.

⁴⁹ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Fernando Henrique Cardoso (então presidente da República) quando eles estiveram no mesmo programa.⁵⁰

A postura do apresentador Jô Soares demonstra que as mulheres, ainda não conseguiram o mesmo espaço na sociedade que os homens. A entrevistada tinha acabado de ser eleita ao cargo de chefe do Poder Executivo municipal da maior cidade do país e, ao invés da entrevista se pautar nos projetos a serem desenvolvidos pela prefeita durante o mandato, nos problemas da cidade de São Paulo, o apresentador preferiu focar no fato de que se tratava de uma mulher. A pergunta formulada pelo apresentador não apenas demonstra desrespeito para com a então prefeita eleita e sua vitória eleitoral como serve para diminuir a mulher no espaço público.

Marta Suplicy havia conseguido um espaço considerável na sociedade, sua voz deveria ter sido ouvida como chefe do Poder Executivo. No entanto, por se tratar de uma mulher, os temas a serem discutidos não foram sérios, como no caso dos homens entrevistados. Devido ao “efeito silenciador do discurso”⁵¹ uma mulher que conseguiu espaço democraticamente para se manifestar como representante da cidade de São Paulo não foi levada a sério e acabou por não ser ouvida como qualquer prefeito da maior cidade do país seria.

Fiss ainda defende que há necessidade de intervenção Estatal para que a liberdade de expressão não possa ser utilizada como pretexto para a reprodução de discursos sexistas ou de ódio.⁵²

Há ainda uma segunda corrente de doutrinadores que entendem que a liberdade de expressão tem um caráter de direito individual mais importante que o interesse coletivo. É um direito que se pauta na dignidade da pessoa humana e para que a pessoa se realize plenamente é necessário que o Estado permita que ela se expresse livremente.⁵³

Segundo este ponto de vista, “todas as ideias, inclusive aquelas que fomentam o ódio, o racismo, o preconceito, por mais abjetas que possam ser, devem

⁵⁰ CALASSO, LÚCIA. Marta fica irritada com pergunta de Jô Soares sobre roupa íntima. **Folha Online**. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u11201.shtml>>. Acesso em 02/11/2012.

⁵¹ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵² Este assunto será mais bem tratado no terceiro capítulo deste trabalho.

⁵³ SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática de Direito Público no Brasil** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217 – 258.

ser protegidas, porque qualquer restrição ao conteúdo do discurso é incompatível com uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral do indivíduo.”⁵⁴

Segundo Jónatas Machado, adepto desta segunda corrente chamada de construtiva, a liberdade de expressão é apenas uma das facetas de um direito maior chamado de liberdades de comunicação. Nesse direito mais completo está contida a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão.⁵⁵ Caberia também incluir no conceito maior a liberdade de informação, de crença e de pensamento.

As liberdades de comunicação podem ser categorizadas em duas dimensões: a subjetiva e a objetiva. Cabe, ao longo deste trabalho, analisar mais profundamente a dimensão objetiva destes direitos correlatos.

Segundo a concepção subjetiva, a principal característica das liberdades de comunicação é a abstenção estatal na esfera privada. Não cabe ao Estado intervir nas liberdades de comunicação dos sujeitos particulares, que são livres para se manifestar, criar, opinar e se informar da maneira que lhes convier. Essa obrigação do Estado de se abster compõe a dimensão negativa do direito fundamental de liberdade de expressão, que “supõe um *dever de abstenção*, por parte do Estado, através do qual se pretende garantir um perímetro de liberdade ao titular do direito, que o Estado só excepcionalmente (...) pode vulnerar.”⁵⁶

Ainda, segundo a dimensão subjetiva, nesse sentido negativo de não intervenção, cabe ao Estado uma atuação positiva: a de não permitir que uns particulares intervenham na esfera de liberdade de comunicação de outros. O Estado deve ser dotado de aparato normativo e fático que impeça que a liberdade de se expressar de um sujeito seja oprimida ou torne-se irrisória perante a intervenção de terceiro.⁵⁷

Mesmo nesta atuação de caráter prioritariamente negativo do Estado já se pode observar uma necessidade de atuação positiva. Como o Estado é o responsável por garantir que todos, na mesma medida, não tenham seu direito às liberdades de comunicação violado por terceiro, é obrigatório que ele ofereça um

⁵⁴ Idem, *Ibidem*, p. 230.

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais na Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 371.

⁵⁶ Idem, *Ibidem*, p. 379.

⁵⁷ Idem, *Ibidem*, p. 380.

aparato completo de proteção mínima para o referido direito. Como as liberdades de comunicação são formadas por vários direitos correlatos, cabe atuação estatal na proteção de cada uma das facetas destas liberdades.

A dimensão subjetiva do direito às liberdades de comunicação ainda é integrada por direitos de participação e de prestação positiva por parte do Estado. Nesse contexto, as liberdades passam a se comportar como direitos sociais, econômicos ou culturais⁵⁸ que exigem a participação direta do Estado na sua efetivação além de trazer-lhe custos. Esta é uma das consequências da passagem do Estado liberal para o social, no qual cabe ao ente estatal promover a sociedade de uma maneira geral, em busca de maior justiça social e de igualdade não apenas formal como principalmente material.

Já a dimensão objetiva também chamada de democrático-funcional, que é a mais adequada para o entendimento deste trabalho, entende que os direitos fundamentais como a liberdade de expressão têm uma natureza de garantia institucional. Ou seja, não é uma garantia apenas do particular contra o Estado, mas é uma das bases do sistema constitucional vigente. Nesse sentido é uma garantia do particular e também do Estado, que precisa dela para manter sua legitimidade.

Segundo Jónatas Machado, a dimensão objetiva “apoia-se num entendimento dos direitos fundamentais que tem em vista não apenas a dimensão negativa e defensiva de resistência contra o Estado, mas também o seu lado positivo e a sua função promocional.”⁵⁹ Sendo assim, completa o autor, “o Estado deve ser visto não apenas como inimigo da comunicação, mas também como amigo, podendo intervir positivamente para melhorar a qualidade do debate público.”⁶⁰

Nesse sentido, cabe ao Estado promover o efetivo acesso de todos os indivíduos aos meios de comunicação. A participação popular deve ser direta, ou seja, a administração pública deve garantir meios para que a própria população possa produzir a informação que considere mais relevante. O conteúdo midiático precisa ser diretamente produzido pelos sujeitos interessados, na medida em que a mera participação como espectador de opiniões vinculadas por terceiros é, de certa maneira, cercear o acesso ao direito fundamental de liberdade de expressão.

⁵⁸ Idem, Ibidem, p. 380.

⁵⁹ Idem, Ibidem, p. 384.

⁶⁰ Idem, Ibidem, p. 384.

As liberdades de comunicação não se esgotam na medida em que o sujeito é livre da interferência de terceiros: “os direitos de participação consubstanciam-se na garantia de direitos de acesso aos meios de comunicação social”⁶¹. É a efetiva participação na produção do diálogo a ser desenvolvido pela sociedade que demonstra a plenitude da proteção constitucional dada aos direitos de se comunicar.

A liberdade de expressão só atinge eficácia plena quando a todos é facultado o acesso aos meios de expressar suas opiniões, desde que não conflitantes com outros direitos também constitucionalmente protegidos⁶², especialmente aqueles que merecem especial trato estatal como já demonstrado por Owen Fiss.⁶³

Assim, considerando a liberdade de expressão na sua eficácia de direito de prestação positiva e sendo o Estado o ente responsável pela sua efetividade em nosso sistema jurídico, é bastante claro que medidas para além da mera regulação se tornam necessárias. A promoção deve ser direta, através de meios custeados pelo Estado para que a população tenha a prerrogativa de se expressar livremente não apenas em seu meio privado, mas também na vida pública, de forma a atingir mais do que um grupo restrito de pessoas com as quais convive cotidianamente. A liberdade de expressão não se esgota no simples ato de falar sem interferência, mas presume a possibilidade de ser efetivamente ouvido.

Finalmente, partindo do pressuposto que nenhum direito é absoluto e de que todos os direitos fundamentais são compostos por feixes de posições jusfundamentais, a liberdade de expressão precisa ser regulamentada e principalmente incentivada pelo poder público. A dimensão positiva, ou seja, a necessidade de efetiva promoção social que garanta a participação popular no processo de produção do que é apresentado pelos meios de comunicação é parte integrante e indissolúvel deste direito fundamental.

⁶¹ Idem, *Ibidem*, p. 381.

⁶² No caso de conflitos, a decisão caberia ao Poder Judiciário, que poderia usar técnicas de ponderação ou sopesamento para conciliar os chamados *Hard Cases*. Para melhor entendimento sobre a ponderação ver: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Para maiores informações sobre o sopesamento: DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

⁶³ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

2 OS ASPECTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 A LIBERDADE DE CRENÇA E A LIBERDADE DE PENSAMENTO

A liberdade de crença, para além de expressar uma opção religiosa, tem importância fundamental na formação da personalidade do indivíduo. Ela diz “respeito à essência íntima e pessoal do homem”⁶⁴. Sendo assim, como se trata de um direito personalíssimo que expressa a individualidade de cada sujeito, ele pode ser encontrado nas mais diversas formas.

É, portanto, evidente que não cabe ao Estado definir uma determinada crença como sendo a oficial e rejeitar as demais. As sociedades ocidentais, em sua maioria, adotam, desde as revoluções burguesas do século XVIII e seguintes, uma concepção de Estado laico, na qual a religião e a política são independentes e não cabe ao governo defender apenas uma forma de crença, mas todas quantas os cidadãos puderem crer.

A escolha da crença é uma prerrogativa do sujeito que, isento de qualquer pressão ou influência estatal, “é livre para crer, ou não, na divindade, no sobrenatural, no transcendente, nos princípios básicos de uma religião determinada, de adoptar, ou não uma (determinada) visão.”⁶⁵ Ou seja, cabe ao Estado apenas a tarefa de se abster da vida religiosa como um todo, não interessa a ele saber sobre a fé de seus cidadãos.

Jónatas Machado, como adepto da corrente construtiva da liberdade de expressão, acredita que a liberdade de crença, que possui um carácter personalíssimo ainda mais evidente que nas demais manifestações da liberdade de expressão, não deve sofrer restrições exceto em situações extremas.

O autor divide a liberdade de crença em dois aspectos: a crença e a conduta. A primeira é, evidentemente, o que acredita intimamente o indivíduo e a segunda é composta pelas formas de exteriorização da crença.

⁶⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 220.

⁶⁵ Idem, *Ibidem*. p. 221.

A primeira dessas duas manifestações tem sua proteção absoluta garantida, pois é evidente que nenhum Estado pode obrigar um cidadão a apoiar determinada fé ou a abandonar a que já possui. No entanto, quando se trata de condutas, o Estado algumas vezes acaba agindo ativamente e restringindo essa manifestação do direito que, segundo Machado, também é absoluta.

É o caso da proibição do uso do véu islâmico nas escolas públicas francesas.⁶⁶ Trata-se de um adorno que remete ao sentimento religioso das usuárias. É uma conduta que exterioriza a crença que possuem as muçulmanas. O governo francês, ao editar uma norma que proibia o uso desse adereço em escolas invadiu a esfera de proteção absoluta da liberdade de crença, pois proibiu uma conduta de caráter religioso.

Mesmo a própria legislação francesa prevê que o exercício de culto é livre e garantido pela República e as únicas restrições possíveis são aquelas provenientes de lei que vise preservar a ordem pública.⁶⁷ Nesse sentido, a restrição ao uso de véus só se justificaria se ela servisse ao propósito de preservar a ordem pública. A presença de adornos religiosos em escolas não parece ser um desequilíbrio social suficiente, uma causa de desordem pública para que se justifique essa intervenção na esfera da conduta dos sujeitos.

Um Estado laico não tem como obrigação garantir a neutralidade da conduta religiosa dos sujeitos, mas sim de garantir que todas as crenças poderão ser proferidas e serão respeitadas. Se o Estado impusesse a seus cidadãos a mesma obrigação de não manifestar nenhuma crença como a ele é imposta, ele estaria violando uma série de direitos personalíssimos, especialmente a própria liberdade religiosa. O Estado deve se abster de todas as facetas da manifestação de crenças desde a participação do sujeito em determinado culto e seu posterior abandono (reversibilidade das opções da fé), passando pela educação religiosa dada pelos

⁶⁶ Lei nº 2004 -228 de 15 de março de 2004 enquadrando, em aplicação ao princípio da laicidade, o uso de símbolos ou de vestimentas que manifestem uma filiação religiosa nas escolas, colégios e liceus públicos. “ Loi nº 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.”

⁶⁷ TURPIN, Dominique. **Les Libertés Publiques**. Paris: Dunod, 1995. p. 112.

pais a seus filhos até o “uso de uma indumentária própria ou de outros símbolos religiosos”.⁶⁸

Jónatas Machado ainda destaca mais um aspecto um tanto controverso da liberdade de crença. Trata-se da possibilidade de manifestar e difundir a fé. O autor afirma que o proselitismo é característica de todos os grupos religiosos, todos eles desejam atrair mais adeptos para compartilhar de sua fé⁶⁹. Algumas religiões até são famosas por suas táticas para angariar novos adeptos, como as testemunhas de Jeová⁷⁰. Outras, como os cristãos, tem até mesmo em seus textos sagrados referências à necessidade de proselitismo⁷¹.

O doutrinador entende que o proselitismo é parte importante da liberdade de crença, pois ela compreende “um direito à divulgação das convicções religiosas”⁷². Como ele é parte integrante desta liberdade, também é um direito que não comporta restrições exceto em casos extremos. No entanto, esta parte do direito maior é frequentemente restringida pelo governo em parceria com as religiões dominantes. Segundo o autor:

Os movimentos religiosos minoritários são vistos, tanto por aquele (Estado) como por esta (confissão dominante), como focos potenciais de desestabilização da ordem teológico-política estabelecida. O Estado não quer ver perturbados os seus mecanismos de integração e controlo social. A confissão dominante pretende defender seu monopólio religioso perante ameaças externas.⁷³

Por esses motivos, as manifestações de proselitismo das minorias religiosas acabam sendo constantemente restringidas. As justificativas para essas restrições versam normalmente sobre acusações de que os grupos religiosos se aproveitam de indivíduos vulneráveis emocionalmente e cabe ao Estado proteger a dignidade e personalidade destes. Alguns grupos ainda são acusados de servirem a interesses estrangeiros e levarem perigo ao Estado nacional. Ainda é possível que se justifique

⁶⁸ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 224.

⁶⁹ Idem, *Ibidem*.

⁷⁰ A divulgação e transmissão da fé das Testemunhas de Jeová (em especial no tocante às polémicas decisões dos pais que não aceitam que seus filhos recebem transfusão de sangue, pois assim estes se tornariam impuros e seriam expulsos da comunidade, mesmo que isto possa levar à morte do filho), não serão tratadas nesta monografia, por se tratar de um tema de muito difícil abordagem e grande polémica que mereceria um trabalho a parte.

⁷¹ “Portanto ide, fazei discípulos de todas as nações, batizando-os em nome do Pai, e do Filho, e do Espírito Santo.” BIBLIA CATÓLICA, Mateus, 28:19.

⁷² MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 225.

⁷³ Idem. *Ibidem*. p. 226.

o combate ao proselitismo por se tratar de um Estado racional, que subjulga os fenômenos metarracionais e emocionais.⁷⁴

Para Machado, essas restrições não condizem com a natureza da liberdade de crença. O autor, como adepto da corrente construtivista da liberdade de expressão, acredita que as liberdades se pautam na dignidade da pessoa humana e não podem ser restringidas para que haja uma completa realização do ser humano.

Ao se analisar a perspectiva dos autores adeptos da teoria instrumental da liberdade de expressão, o resultado é diferente. Como esses autores defendem que o Estado deve interferir ativamente seja restringindo como incentivando determinados discursos para um melhor debate democrático, o proselitismo é passível de restrição.

A partir do momento em que as práticas para angariar novos adeptos a uma determinada religião acabam por silenciar discursos contrários a esta fé, eles são restringíveis. Ou, quando as discussões pertinentes ao Estado laico são pautadas em critérios religiosos, também é possível que haja restrição.

A separação entre Estado e religião não pode ser afetada pelo discurso religioso, e nesse sentido é o entendimento da legislação brasileira que, na Lei nº 9.612/98, proíbe a prática de proselitismo em rádios comunitárias.⁷⁵ Se as rádios comunitárias se destinam a garantir a participação popular na produção midiática da própria comunidade, nada mais natural do que elas não conterem proselitismo, pois difundir uma determinada fé não é, necessariamente, a melhor forma de se discutir as melhorias necessárias naquela comunidade.

Em relação à liberdade de pensamento o raciocínio aplicável a possíveis interferências estatais é o mesmo da liberdade de crença. Nenhuma manifestação da liberdade de expressão é tão personalíssima quanto a de pensamento. Cada sujeito é livre para pensar, desenvolver suas habilidades mentais como melhor lhe convier e, também, para discordar dos demais. A personalidade humana está intimamente ligada ao pensamento de cada indivíduo.

⁷⁴ Idem. Ibidem. p. 228.

⁷⁵ “Art. 4º § 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.” In: BRASIL. Lei n. 9.612 de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 1998.

As ideias próprias de cada sujeito não podem ser reguladas por nenhum agente, seja privado ou público e cabe ao Estado se abster e permitir que os sujeitos pensem livremente. Nas palavras de Jónatas Machado:

A Lei Fundamental protege a liberdade, que os indivíduos utilizarão como bem entendem, de professar, individual ou coletivamente, em privado ou em público, as próprias convicções, religiosas ou não, sob todas as formas e através de todos os meios, em termos compatíveis com os princípios básicos de justiça e reciprocidade.⁷⁶

Sendo assim, esse direito só deve sofrer restrições em casos extremos. Em um paralelo à divisão da liberdade de crença entre crença e conduta⁷⁷, não é difícil perceber que a crença, ou seja, o pensamento merece proteção absoluta. Nenhum sujeito pode ser compelido a pensar ou deixar de pensar determinada coisa. Não cabe ao Estado se interessar pelos pensamentos e convicções íntimas de seus cidadãos.

No entanto, quando se trata da conduta, ou seja, da exteriorização do pensamento, a situação se torna bastante mais complexa. Cada sujeito tem a liberdade de exteriorizar os seus pensamentos, esse é um dos princípios da democracia. Porém, quando esse pensamento exteriorizado passa a caracterizar ofensa a determinados grupos ou a alguma pessoa isoladamente, cabe ao Estado coibi-lo.

É esta a razão da proteção penal dada aos crimes contra a honra e da possibilidade de se pleitear indenizações civis em casos de ofensa. O Estado não pode obrigar ninguém a pensar de determinada maneira, no entanto ele também não pode permitir que alguns pensamentos, ao serem exteriorizados, acabem por trazer danos a outros cidadãos.

2.2 A LIBERDADE DE OPINIÃO E A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Em uma visão tradicional, que encara a liberdade de expressão como um direito negativo, como uma obrigação de abstenção do Estado, as liberdades de opinião e a de informação poderiam ser resumidas na mera necessidade de que não

⁷⁶ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 222.

⁷⁷ Idem, *Ibidem*.

haja censura aos meios de comunicação. Sem a necessidade de crivo estatal, todas as ideias poderiam ser vinculadas, garantindo a liberdade de opinião, ao mesmo tempo que qualquer cidadão poderia escolher qual o canal de comunicação, num rol amplo e variado de visões, preferiria utilizar para se informar.

No entanto, como visto no capítulo anterior, a liberdade de expressão não se resume à necessidade de abstenção estatal. Há uma eficácia negativa que exige a atuação positiva do Estado: a obrigação de garantir que terceiros não inviabilizem as liberdades de opinião e de informação de outros cidadãos. Além disso, ainda existe uma eficácia positiva que obriga o Estado a atuar diretamente na promoção da liberdade de expressão.

Primeiramente, ainda dentro da eficácia negativa dessas duas facetas da liberdade de expressão, ou seja, para garantir que elas não serão violadas por terceiro, é necessário que o Estado promova um debate entre diversas opiniões díspares. Um mesmo tema deve ser abordado sob seus diversos aspectos dentro do mesmo canal de comunicação.

Como os grandes grupos midiáticos costumam controlar diversos canais de comunicação, o discurso vinculado nesses diferentes meios tende a ser absolutamente idêntico. O grupo comunicacional vincula seus interesses e sua visão dos fatos, ou seja, independentemente do meio de comunicação escolhido pelo cidadão ele tende a encontrar apenas uma visão sobre o tema.

Pessoas que não compartilham das ideias defendidas pela linha editorial dos grupos que controlam os meios de comunicação acabam sem espaço para exercer seu direito fundamental de opinar. Tal realidade acaba violando a liberdade de opinião do cidadão, pois ele não poderá formar uma opinião diferente ou até mesmo completa se só tem acesso a uma versão dos fatos.

Nesse sentido, para evitar que terceiros violem tais facetas das liberdades de comunicação, cabe ao Estado, como regulador da sociedade, efetivar as leis que proíbem que os grupos de comunicação sejam controlados por monopólios. Tal direito tem até mesmo previsão constitucional no art. 220 § 5º⁷⁸ da Carta Magna.

⁷⁸ “Artigo 220 § 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Porém, a realidade fática brasileira é diversa, e a imprensa é controlada por um pequeno número de grupos que acabam exercendo o oligopólio.⁷⁹ Neste caso, então, caberia a efetiva implementação de uma regra já prevista constitucionalmente.

Na visão de Owen Fiss, o Estado tem a obrigação de atuar como mediador da sociedade, ou seja, garantir que todos os lados de uma mesma história sejam vinculados na mesma proporção.⁸⁰ Não cabe ao Estado, na qualidade de mediador, apresentar os diversos argumentos em prol ou contra determinada opinião. Caberia a ele apenas garantir que os meios de comunicação não vinculem somente as posições alinhadas aos seus interesses privados, mas também garantir que as opiniões contrárias sejam vinculadas.

O Estado então, para além dos interesses egoísticos do mercado, mediará a discussão para que todos os argumentos pudessem ser apresentados na mesma medida, tornando assim possível que tanto a liberdade de opinião seja plena, pois todos teriam espaço para vincular seus argumentos, bem como a liberdade de informação daria um grande salto, pois todos ouviriam todas as versões de um mesmo fato, tendo maior embasamento para formar sua própria opinião em um momento posterior.

Fiss defende a ideia de que a atuação do Estado como mediador fortalecerá o debate democrático. A democracia se desenvolve na medida em que várias opiniões são vinculadas e o cidadão, após ouvir cada uma delas, pode tomar uma decisão mais embasada. Como define Eneida Desiree Salgado: “a participação (...) das opiniões e ideologias da sociedade deve ser garantida e fomentada. Afinal um espaço público excludente não é apenas incompleto: nem sequer é espaço público”⁸¹

Segundo Fiss, “o que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições

⁷⁹ Como exemplo destes chamados oligopólios é possível citar o Grupo Paranaense de Comunicação (GRPCOM) que é formado por quatro jornais impressos e seus respectivos sítios na internet, um portal de notícias online, três emissoras de rádios e dez canais de televisão (oito são afiliados da TV Globo).

⁸⁰ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 54.

⁸¹ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 217.

adequadas de reflexão”⁸². Portanto é tão importante que o Estado atue como mediador, pois “ouvir os dois lados de um debate pode mesmo produzir uma decisão diferente daquele a que se chegaria se apenas um lado fosse ouvido”⁸³.

Já a eficácia positiva destas duas facetas das liberdades de comunicação se efetivaria na medida em que o estado atuasse diretamente como promotor da liberdade de expressão, assunto que será tratado no próximo capítulo.

Em se tratando especificamente da liberdade de informação, é importante salientar que o Estado precisa dar meios de proteção ao cidadão contra possíveis abusos de poder que o próprio ente estatal possa vir a praticar. O cidadão precisa de uma blindagem para que o Estado não acabe por esconder informações de interesse coletivo.

Para atender essa demanda por maior transparência dos órgãos públicos, em 2011 foi sancionada a Lei nº 12.527, conhecida como lei de acesso à informação. Este dispositivo legal prevê procedimentos que obrigam a administração pública a fornecer informações tanto personalíssimas do interessado quanto informações de interesse geral que deverão ser publicadas, na maior parte dos casos, via internet.

Quando se tratar de informação personalíssima, o interessado deverá apenas fazer um requerimento ao órgão que contem a informação e, em um prazo de 20 dias a solicitação deverá ser atendida. Caso se trate de informação de interesse coletivo, o próprio órgão será responsável por manter um endereço eletrônico no qual divulgará por si próprio as informações pertinentes.

Caso as informações não estejam devidamente dispostas na internet, qualquer cidadão é parte legítima para requerer diretamente ao órgão responsável a divulgação das informações de interesse coletivo.

⁸² FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 55.

⁸³ Idem, Ibidem. p. 54-55.

2.2.1 O Papel da Internet em Relação às Liberdades de Opinião e Informação

A internet é definitivamente o meio de comunicação que garante maior participação popular na sua produção. Qualquer um é livre para se expressar ou procurar veículos de comunicação com os quais se identifique. No entanto, isso não é garantia de um melhor desenvolvimento das liberdades de opinião e informação.

Primeiramente, é indispensável lembrar que apenas 33% dos brasileiros tem acesso à rede mundial de computadores em suas residências, sendo que o país ocupa apenas a 63ª posição de inclusão digital entre 154 países.⁸⁴ Ou seja, o número de usuários da internet ainda é bastante reduzido, o que a torna inepta como meio de difundir a discussão democrática.

Além disso, mesmo dentro da internet, o fenômeno dos monopólios pode ser visualizado. Dentre os portais jornalísticos de grande acesso no país, todos estão vinculados a algum dos grupos que controlam a mídia escrita e audiovisual brasileira. Evidentemente, existem inúmeros portais que vinculam opiniões diversas e, portanto, indispensáveis para o melhor desenvolvimento da democracia, mas o número de acessos a eles é bastante reduzido.

Outra característica que dificulta a utilização da internet como meio de garantir maior efetividade à liberdade de expressão é que se trata de um meio em que o usuário pode escolher visualizar apenas aquilo que condiz com suas convicções pessoais.

Mesmo que dentro da rede mundial de computadores estejam presentes diversas opiniões, o usuário frequenta apenas os sites que contém uma linha editorial parecida com suas convicções políticas. Como sustenta Owen Fiss, é importante para o melhor desenvolvimento da democracia que o cidadão se depare com diversas opiniões sobre um mesmo tema. A partir do momento em que ele escolhe apenas aquilo que lhe é conveniente, a formação da opinião fica comprometida, pois não foram ouvidos todos os lados da história e a internet acaba não concretizando seu potencial de meio de comunicação democrático.

⁸⁴ Dados da pesquisa “Mapa da Inclusão Digital”, estudo feito em parceria entre a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a operadora de telefonia Telefônica/Vivo. O relatório foi divulgado no final de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/telefonica/>>. Acesso em 01/11/2012.

Cass Sustein aborda justamente a questão de até que ponto esta possibilidade do cidadão escolher aquilo que deseja ver ou acessar apenas os sites que lhe parecem interessantes pode afetar a democracia.⁸⁵

Para Sustein, existem dois requisitos para que o bom funcionamento de um sistema de liberdade de expressão: primeiramente é indispensável que as pessoas sejam expostas a conteúdos que elas não escolheriam ver por vontade própria. “Encontros inesperados, não planejados são centrais para a própria democracia.”⁸⁶

O autor ainda destaca que alguns desses chamados encontros podem se dar com conteúdos que as pessoas não apenas não escolheriam por vontade própria, como, em alguns casos, elas considerariam ofensivos, inadequados e perturbadores. Para Sustein, esses encontros não desejados “são importantes como garantia contra uma fragmentação, uma ruptura social e contra o extremismo, que são resultados previsíveis em qualquer situação na qual pessoas que pensam de forma similar falam apenas entre si.”⁸⁷

A democracia necessita que as pessoas também se deparem com conteúdos que não haviam escolhido previamente. Se as pessoas apenas tiverem acesso a aquilo que é compatível com seus conceitos já formados, uma verdadeira discussão nunca se produzirá. Sendo assim, partindo do pressuposto que não existe a possibilidade do cidadão mudar suas opiniões ou apenas de escutar uma opinião diversa, a democracia não se desenvolverá plenamente.

O segundo ponto apontado pelo autor para o bom funcionamento da democracia é a visão de que em toda a sociedade é importante que os cidadãos compartilhem de algumas experiências em comum. A sociedade já é, por si própria, heterogênea, e, sem nenhum tipo de experiência em comum, o entendimento entre os membros da sociedade pode se tornar mais difícil.⁸⁸ A mídia de massa tem um importante papel na criação de “experiências comuns (...) [que] funcionam como uma espécie de cimento social.”⁸⁹ Ao expor todos ao mesmo conteúdo, é criado um

⁸⁵ SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

⁸⁶ “Unplanned, unanticipated encounters are central to democracy itself.” SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 8-9.

⁸⁷ “They are important partly to ensure against fragmentation and extremism, which are predictable outcomes of any situation in which like-minded people speak only with themselves.” SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 8-9.

⁸⁸ SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

⁸⁹ “Common experiences, (...), provide a form of social glue.” SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 9

certo entendimento social. Para o autor, “um sistema de comunicações que diminui radicalmente o número de tais experiências irá criar uma série de problemas, principalmente devido ao aumento da fragmentação, das diferenças sociais.”⁹⁰

A partir do momento em que as pessoas passam a filtrar todo o conteúdo a que se submeterão, escolhendo apenas aquilo que desejam ver, até mesmo este unificador social correrá risco. Sendo assim, é importante que o sistema de filtragem possibilitado pela internet não se torne absoluto. Em prol da democracia deliberativa e até mesmo da liberdade, é indispensável que as pessoas continuem a ser expostas a conteúdos involuntariamente, que continuem a ver todos os pontos de vistas sobre um mesmo assunto.⁹¹

“(…) há um sério perigo em um sistema no qual o os indivíduos sobrepõe seus interesses individuais sobre o interesse geral e se restringem à opiniões e assuntos de sua própria escolha. Particularmente, serão enfatizados os riscos decorrentes de uma situação na qual milhares, ou talvez milhões, ou até mesmo dezenas de milhões de pessoas estão apenas ouvindo ecos mais altos de suas próprias vozes.”⁹²

Sendo assim, apesar das inúmeras possibilidades de desenvolvimento dos direitos de liberdade de opinião e informação trazidos pela internet, é bastante fácil encontrar erros em nosso sistema. Trata-se de um meio de comunicação que ainda está em fase de desenvolvimento, que ainda não atingiu todas as suas potencialidades. Portanto é importante destacar desde logo os problemas que já surgiram ou podem vir a surgir para que a própria liberdade de expressão não acabe sendo afetada negativamente pelo surgimento da internet.

2.3 A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO, A LIBERDADE DE IMPRENSA E OS DIREITOS DOS JORNALISTAS

Os meios de comunicação de massa são, muitas vezes, controlados por pessoas com interesses políticos facilmente auferíveis. Muitos comunicadores

⁹⁰ “A system of communications that radically diminishes the number of such experiences will create a number of problems, not least because of the increase in social fragmentation.” SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 9.

⁹¹ SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

⁹² “(…) there are serious dangers in a system in which individuals bypass general interest intermediaries and restrict themselves to opinions and topics of their own choosing. In particular, I will emphasize the risks posed by any situation in which thousands or perhaps millions or even tens of millions of people are mainly listening to louder echoes of their own voices.” SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002. p. 16.

tornam-se aliados de determinados membros do executivo e do legislativo ou tornam-se, eles mesmos, pessoalmente, políticos. Nesse caso há um conflito de interesse bastante claro⁹³. Sob essas circunstâncias, é improvável que a imprensa possa agir livremente e possa exercer seu papel outorgado pela população de fiscal da política nacional, já que os dois ramos estão tão intimamente ligados.

Agentes políticos acabam, então, influenciando diretamente a imprensa nacional, seja fazendo parte dela pessoalmente, através da compra de apoio político dos meios de comunicação ou até mesmo contratando espaços publicitários para a divulgação de publicidade institucional. Como ressalta Eugênio Bucci: “na imprensa comercial, o poder público, no Brasil, interfere por meio do jogo banal de influências e também – talvez principalmente – pelo manejo de verbas publicitárias”⁹⁴. O autor destaca que o Estado, tanto em nível federal quanto estadual e municipal, é um grande anunciante da mídia comercial.⁹⁵

Esses agentes políticos tem o objetivo de manter a opinião pública sempre favorável a eles mesmos. Evidentemente, é muito mais fácil para um candidato a qualquer cargo eletivo angariar votos se ele tiver a sua disposição um meio de comunicação de massa na qual seu nome será sempre vinculado de forma positiva.

A relação inversa também é possível. Determinados agentes políticos são muito bem quistos pelos controladores dos meios de comunicação de massa, pois,

⁹³ Um exemplo bastante claro do conflito de interesses público e privado em relação aos meios de comunicação é o escândalo descoberto no início do ano de 2012 na Câmara de Vereadores de Curitiba. Segundo o Jornal Gazeta do Povo, entre os anos de 2006 e 2011, cerca de R\$ 500 mil da verba de publicidade da câmara foram pagos a agências de publicidade controladas por parentes dos próprios vereadores. Tais contratos publicitários ferem, no mínimo, a moralidade e a impessoalidade previstas no artigo 37 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blog/conexaobrasilia/?id=1249669>>. Acesso em 03/11/2012.

Outro exemplo do conflito de interesses públicos e privados e a confusão entre espaço político e os meios de comunicação é o fenômeno bastante corriqueiro de apresentadores de rádio, de televisão, ou outros tipos de celebridades midiáticas que acabam ingressando na política. São alguns exemplos deste fenômeno, entre tantos outros, as eleições do estilista e apresentador Clodovil e do palhaço Tiririca ambos ao cargo de Deputado Federal pelo estado de São Paulo, além da eleição para o cargo de Vereador do município de Curitiba do apresentador Roberto Acioli, que conduz um programa policial local. Em alguns casos, a influência da fama adquirida em razão da participação nos meios de comunicação acaba se estendendo até mesmo aos parentes de apresentadores de rádio e televisão, como no caso do Deputado Federal do estado do Paraná Ratinho Jr., filho do conhecido apresentador Ratinho. Recentemente o Deputado concorreu ao pleito de Prefeito do município de Curitiba e foi o segundo colocado. O pai famoso participou ativamente da campanha do filho como principal financiador e atuando nas propagandas eleitorais veiculadas no rádio e na televisão.

⁹⁴ BUCCI, Eugênio. Mídia privado, mídia pública e intervenções do Estado brasileiro: distinções conceituais. In: MEDINA, Cremilda (Org.). **Liberdade de expressão, direito à informação nas sociedades latino-americanas**. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2010. p. 135 – 143.

⁹⁵ Idem, Ibidem.

com a eleição destes determinados candidatos, suas empresas acabam garantindo uma série de favores e facilidades. É uma espécie de *lobby*, na qual interesses privados são levados diretamente à classe política, afinal os representantes apenas ascenderam à condição de eleitos pelo povo por terem conseguido o apoio da imprensa. É uma troca de favores que acaba por comprometer tanto a imparcialidade dos meios de comunicação quanto a futura administração pública. Neste caso, a grande prejudicada é a democracia.

Para evitar esses conflitos de interesses, a previsão constitucional que proíbe que parlamentares sejam donos de concessões públicas, mas não de serem sócios delas, é insuficiente (art. 54)⁹⁶. Mesmo que ela fosse efetivamente aplicada, essa proibição ainda daria espaço para que muitos conflitos de interesse permanecessem. Por exemplo, a proibição não se estende aos parentes do parlamentar, sendo absolutamente possível que algum herdeiro de um controlador de um grande conglomerado de veículos de comunicação, utilizando-se da evidente influência que tal situação pode lhe trazer, seja candidato a um cargo eletivo.

A proibição também não impede que o parlamentar seja sócio de empresa concessionária, apenas que possua cargo de administrador dentro desta empresa. Sendo assim, um sócio minoritário, mas que evidentemente tem influência sobre os rumos do veículo de comunicação pode ser eleito parlamentar. Além disso, é sempre possível que o parlamentar seja sócio de uma empresa que seja sócia de algum meio de comunicação.

Já no caso de políticos apoiados espontaneamente por determinados meios de comunicação que buscam favores, a situação se torna ainda mais complexa. A simples proibição de firmar contratos com empresas concessionárias de serviços públicos não afasta em nada a possibilidade de facilidades.

⁹⁶ “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior; II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A Lei nº 9.504/97 que trata das eleições, em seu artigo 45§ 1º proíbe que após o anúncio do resultado das convenções partidárias, qualquer emissora de rádio ou televisão continue a vincular programa apresentado por candidato⁹⁷. No entanto, durante todo o período não compreendido entre a convenção do partido e o pleito, qualquer candidato pode atuar diretamente na mídia, como apresentador, e mesmo assim, depois concorrer a cargo eletivo. Não é difícil perceber que um candidato que tem acesso ilimitado a um veículo de comunicação, exceto no pequeno período compreendido entre as convenções partidárias e as eleições, levará uma grande vantagem em relação a um candidato que apenas terá ao seu dispor os grandes veículos de comunicação de massa durante o período de propaganda eleitoral gratuita e, mesmo assim, reduzido aos poucos segundos que são garantidos pela legislação eleitoral.

Nesse caso, caberia ao Estado promover novas leis que regulamentassem efetivamente a participação de parlamentares nos meios de comunicação, restringindo-a, até mesmo em nome da isonomia em relação aos candidatos que não possuem veículos de comunicação ao seu dispor, aos horários eleitorais obrigatórios fornecidos pela legislação eleitoral.

A Lei nº 9.504/97, em seu artigo 45, ainda traz uma série de outras restrições às emissoras de rádio e televisão em relação ao processo eleitoral. O artigo prevê que a partir do dia 1º de julho do ano da eleição esses veículos de comunicação não poderão “veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”⁹⁸; “dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação”⁹⁹; “veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas

⁹⁷ “Art. 45 § 1º A partir do resultado da convenção, é vedado, ainda, às emissoras transmitir programa apresentado ou comentado por candidato escolhido em convenção.” BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

⁹⁸ “Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;” BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

⁹⁹ “Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: IV - dar tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação;” BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

jornalísticos ou debates políticos”¹⁰⁰ ou “divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação.”¹⁰¹

No entanto, tais disposições são bastante inócuas quando se trata de garantir a isonomia entre os candidatos. Primeiramente, como a restrição tem uma previsão temporal bastante curta (ela se aplica por pouco mais de três meses. Entra em vigor em 1º de julho do ano eleitoral e dura até o primeiro domingo do mês de outubro ou, no caso de disputa de segundo turno, até o último domingo do mesmo mês) é fácil emitir opiniões contrárias ou favoráveis a determinado candidato sem qualquer tipo de restrição, para além das de cunho penal, durante todo o período que antecede aos três meses protegidos pela legislação eleitoral. Evidentemente que um ataque massivo a determinado candidato por meses, ou até mesmo por anos a fio influencia diretamente a população. No sentido contrário a afirmação também é verdadeira. Apoio ininterrupto a determinada figura pública tende a criar uma boa imagem do candidato perante o eleitorado. Como já visto anteriormente, é por esse motivo que políticos tendem a ter uma relação tão próxima com os meios de comunicação.

Como exemplo da ineficácia de tais medidas, pode-se citar uma minissérie veiculada pela Rede Globo de Comunicação no início do ano de 2012¹⁰². O enredo girava em torno de um político, presidente da Câmara de Deputados, que, pela dupla vacância no cargo de chefe do executivo federal, tornou-se Presidente da

¹⁰⁰ “Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: V - veicular ou divulgar filmes, novelas, minisséries ou qualquer outro programa com alusão ou crítica a candidato ou partido político, mesmo que dissimuladamente, exceto programas jornalísticos ou debates políticos;” BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

¹⁰¹ “Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: VI - divulgar nome de programa que se refira a candidato escolhido em convenção, ainda quando preexistente, inclusive se coincidente com o nome do candidato ou com a variação nominal por ele adotada. Sendo o nome do programa o mesmo que o do candidato, fica proibida a sua divulgação, sob pena de cancelamento do respectivo registro.” BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

¹⁰² A minissérie se chamava Brado Retumbante. Durou oito capítulos que foram ao ar em janeiro de 2012.

República¹⁰³. Apesar da personagem levar uma vida pessoal desregrada, na vida pública ele era de uma moralidade incrível e acabou se tornando um ótimo presidente.

O problema da minissérie apresentada é que ela trazia muitas semelhanças, pessoais e até mesmo físicas, entre um provável candidato ao cargo de Presidente da República nas próximas eleições e o protagonista. A emissora é conhecida por apoiar o partido ao qual o político pertence, em detrimento do partido que governa o país desde 2002.

Nenhuma regra eleitoral foi, de maneira alguma, desrespeitada, afinal a minissérie foi ao ar dentro do período permitido pela lei, além de ela ser focada no cargo de chefe do executivo federal, que não foi o foco da disputa eleitoral de 2012. No entanto, transmitir um programa de ficção com tantas referências a determinado candidato, no mínimo, não condiz com a imparcialidade que a lei eleitoral propõe.

Outro exemplo de ineficácia da legislação eleitoral ocorreu nas eleições municipais de Curitiba em 2012. Um dos candidatos era filho de um famoso apresentador de televisão que também é proprietário de uma rede de televisão no estado do Paraná. O problema é que o programa de televisão apresentado pelo pai do candidato leva o nome do próprio apresentador, que, é também a variação nominal adotada pelo candidato, apenas acrescido do jr. ao final. Apesar disso, mesmo durante o período protegido pela lei eleitoral, o programa continuou a ser apresentado normalmente.

Além disso, o artigo 45 da Lei nº 9.504/97 prevê que em caso de descumprimento destas previsões, a emissora de televisão será multada. Neste mesmo caso da eleição de 2012 para a prefeitura de Curitiba, a emissora do pai do candidato foi multada por quatro vezes por privilegiar o herdeiro da emissora. Somadas as multas atingem o valor de R\$ 530.000,00¹⁰⁴. Mesmo assim, elas foram incapazes de frear a campanha irregular que ocorreu na emissora.

¹⁰³ A minissérie continha erros grosseiros em relação à maneira como o protagonista chegou ao cargo de Presidente da República que não condiz com os critérios adotados pela Constituição Brasileira. No entanto, como se trata de uma obra de ficção, o mérito desta questão não será analisado.

¹⁰⁴ Dados do Jornal Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1314361&tit=Multas-da-Rede-Massa-ja-somam-R-530-mil>>. Acesso em 03/11/2012.

Talvez para que a legislação atinja seu objetivo, outras formas de sanção tenham que ser aplicadas, ou, o valor da multa deveria ser aumentado para que ela efetivamente atinja o patrimônio da rede de televisão e coíba a campanha eleitoral irregular.

Por outro lado, as próprias restrições presentes na lei podem caracterizar uma violação ao livre exercício da liberdade de expressão dos meios de comunicação. Evidentemente, como já demonstrado ao logo deste capítulo, a influência que os canais de comunicação exercem nos rumos da política nacional e, principalmente, suas possíveis desvirtuações podem ser bastante negativas ao processo democrático. No entanto, trazer tantas restrições aos canais audiovisuais pode, se também desvirtuado, servir para calar opiniões contrárias ao melhor debate democrático.

Como bem se sabe, a censura é método expurgado do nosso ordenamento jurídico. O Estado não tem legitimidade para silenciar os meios de comunicação. No entanto, as restrições impostas pelo artigo 45 da Lei nº 9.504/97, de certa maneira, tentam calar os meios de comunicação. Por exemplo, a proibição de vinculação de imagens durante as pesquisas eleitorais é bastante duvidosa. Em nosso sistema, o voto é secreto e ninguém está obrigado a divulgá-lo, porém, mantê-lo em segredo ou não também uma prerrogativa do cidadão. Se o cidadão tem permissão para divulgar os candidatos em quem irá votar livremente, parece bastante paradoxal que, se ele aceitar ser filmados, os canais de televisão não tenham permissão para transmitir esse depoimento.

A vedação à emissão de opinião contrária a candidato, partido ou coligação também parece bastante problemática. Como não há uma definição objetiva do que seria emitir opinião desfavorável, esta previsão pode ser utilizada como desculpa para que qualquer notícia vinculada a qualquer candidato ou partido seja retirada do ar, ou para que o veículo seja multado. Como a política é, talvez, o campo mais rico para o desenvolvimento de notícias jornalísticas, boa parte do que é veiculado em rádios e televisões guarda relação com ela. Notícias sobre as ações do executivo e do legislativo não apenas são interessantes como indispensáveis para que o cidadão tenha mais fácil acesso às leis e aos programas desenvolvidos por aqueles que elegeram.

Sendo assim, é inimaginável que durante os três meses em que as restrições aos meios de comunicação vigoram, as notícias políticas possam ser retiradas da pauta. O problema é que mesmo durante este período os escândalos anteriores ao pleito continuam a surtir efeitos, assim como novos problemas relacionados a candidatos ou partidos que disputarão as eleições podem entrar em pauta. Tentar calar a veiculação de tais notícias, ou a utilização de determinados termos ofende ao interesse público de saber sobre o andamento da política do país.

Um exemplo de tentativa de desvirtuamento desta previsão da Lei nº 9.504/97 aconteceu quando o Partido dos Trabalhadores ameaçou tomar providências legais para que o julgamento do escândalo do Mensalão pelo Supremo Tribunal Federal fosse apenas chamado de Ação Penal 470 pelos veículos de comunicação social.¹⁰⁵ O coordenador jurídico do partido alegou que o termo mensalão pelo qual o escândalo ficou conhecido era pejorativo e emitia juízo de valor e, portanto, não poderia ser utilizado pelos veículos de comunicação.

Neste caso, parece bastante pertinente a solução proposta pelo jurista Rodrigo Xavier Leonardo. Segundo o autor, para além dos interesses personalíssimos e do direito à liberdade de expressão que podem entrar em conflito quando notícias sobre uma autoridade pública, neste caso um partido político, são vinculadas por algum canal de comunicação, há um terceiro direito a ser considerado: o direito difuso à informação.¹⁰⁶

Segundo o autor, o direito difuso à informação é de titularidade de toda a coletividade que tem um direito transubjetivo de acesso ao conteúdo que se pretende restringir. A população, como um todo, tem interesse na divulgação de determinadas informações, e estas não podem ser suprimidas em prol dos interesses pessoais de certos agentes políticos. “O direito de acesso à informação é de titularidade difusa e pressupõe o reconhecimento que a informação é em si um bem público, cujo alcance deve ser franqueado a todos”¹⁰⁷. Sendo assim, quando uma notícia relativa a alguma autoridade deixa de circular, há um possível prejuízo a toda a coletividade.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://blog.jornalpequeno.com.br/johncutrim/2012/08/04/pt-quer-censurar-termo-mensalao-e-trocar-por-acao-penal/>>. Acesso em 02/11/2012.

¹⁰⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O Direito Difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. **Cadernos Jurídicos**. Curitiba, n. 17, p. 3-6, 2011.

¹⁰⁷ Idem, *Ibidem*.

O jurista ainda ressalva que ainda não há uma jurisprudência rica e bem formulada em relação às questões de conflito entre informações sobre autoridades públicas, divulgações dos meios de comunicação e o interesse difuso à informação. No entanto, ele entende que decisões que impedem a circulação de conteúdos de interesse público estão, possivelmente, eivadas de inconstitucionalidade.¹⁰⁸

Em relação especificamente aos jornalistas e seus direitos, hoje existe o que a doutrina francesa chama de *clause de conscience*, ou seja, a faculdade de que dispõe o jornalista de romper o contrato de trabalho caso discorde da linha editorial assumida pelo veículo para o qual trabalha sem ter que arcar com nenhum tipo de ônus.¹⁰⁹

No entanto, apesar de ser claro que nenhum jornalista pode ser obrigado a escrever algo que ofenda seus ideais pessoais, a realidade mercadológica da profissão acaba por não permitir que o jornalista se recuse a escrever determinada notícia se em desacordo com suas convicções personalíssimas¹¹⁰. Nesse sentido caberia ao Estado fazer legislação trabalhista específica para os jornalistas na qual ele poderia se recusar a seguir determinada instrução do editor sem poder sofrer nenhum dano à sua relação trabalhista, na linha dos direitos de greve.

Talvez uma maneira de garantir que os jornalistas tivessem mais liberdade em sua relação de trabalho seria a edição de uma lei que obrigasse os jornais a publicar todas as visões possíveis de um mesmo assunto.

Nenhum veículo de comunicação deve ser neutro, pois é importante para o desenvolvimento da própria democracia que canais de comunicação diferentes

¹⁰⁸ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453.

¹¹⁰ A profissão de jornalista ainda conta com um mercado de trabalho restrito. Segundo o site Guia do Estudante (disponível em <http://guiadoestudante.abril.com.br/>), a maior parte das vagas se encontra em São Paulo, sendo que nas demais cidades boa parte dos jornalistas acaba tendo que trabalhar como assessor de imprensa e não diretamente nos veículos de comunicação de massa. Além disso, o salário dos profissionais ainda está aquém do esforço despendido pelo jornalista. Segundo o Sindicato dos Jornalistas Profissionais de São Paulo o salário inicial em jornais e revistas é de R\$ 1.940,00 para cinco horas diárias e de R\$ 2.196,00 para assessoria de imprensa em período integral na cidade de São Paulo. Além disso, desde 2009, quando o STF entendeu que a exigência do diploma em jornalismo era uma restrição ao exercício da liberdade profissional consagrado no artigo 5º, XII da Constituição Federal, não mais se exige diploma em jornalismo para que se possa atuar nesta profissão. Hoje tramita uma proposta de emenda à Constituição para se restituir a obrigatoriedade do diploma em jornalismo.

tomem posturas diversas. No entanto, para evitar o fenômeno da filtragem perfeita apontado por Cass Sustein¹¹¹ e já tratado no tópico anterior, é importante que o público se depare com as diversas visões de um fato, mesmo que tenha escolhido filtrar determinada opinião que não condiz com a sua. Como aponta Sustein, para que a fragmentação social e extremismos sejam evitados, o público não pode ouvir apenas ecos de sua própria voz.¹¹²

Sendo assim, seguindo o entendimento de Sustein, em defesa da própria democracia, seria adequada a edição de uma lei que obrigasse os veículos de comunicação de massa a sempre mostrarem os dois lados da mesma história. Sendo assim, os jornais teriam interesse em manter jornalistas dissidentes de sua linha editorial para desenvolver, nos termos da lei proposta, a discussão sadia que fortalece a democracia.

Mesmo que o espaço destinado às opiniões contrárias àquelas defendidas pelo próprio jornal fosse reduzido, afinal não se pode impor que um veículo de comunicação seja absolutamente neutro, uma lei nesse sentido viria tanto em favor dos jornalistas que teriam maior estabilidade em seus empregos como em favor da própria discussão inerente à democracia.

¹¹¹ SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002

¹¹² Idem, *Ibidem*. p. 16.

3 OS DESAFIOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1 OS MONOPÓLIOS

Os meios de comunicação são essenciais ao desenvolvimento de uma sociedade democrática e plural. Cabe à mídia a tarefa de informar e, de certa maneira, formar os cidadãos, pois as opiniões divergentes necessárias ao debate definidor dos interesses sociais passam pelo que é veiculado pela mídia. A imprensa tem um poder ímpar de criar a agenda da opinião pública, ou seja, de escolher o que será debatido pela sociedade em geral.

Em especial numa sociedade como a brasileira, em que a parte da população que busca um debate mais profundo sobre o que pode interessá-la é bastante reduzida e a maioria dos cidadãos não tem interesse político e social profundo, as veiculações midiáticas tem um poder especial de definir condutas e opiniões.

É evidente que os meios de comunicação, ao cumprirem essa função de informar e formar a sociedade, não podem sofrer interferências do poder estatal sob a pena de caracterizar censura, conduta absolutamente vedada no ordenamento jurídico pátrio (art. 220§ 2º da Constituição Federal¹¹³), retrocedendo a tempos antidemocráticos que foram pretensamente abandonados com a promulgação da Constituição de 1988, a qual representa o fim, no mundo jurídico, do estado de exceção em que o país esteve mergulhado durante o período da ditadura militar.

A liberdade de expressão é direito fundamental, é um dos pilares absolutos de um modelo democrático. A participação, em especial dos grupos midiáticos como fiscal do poder constituído, é fundamental para que a democracia possa ser corretamente exercida. Se todo o poder emana do povo¹¹⁴, para que ele possa

¹¹³ “Art. 220 § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹¹⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

fiscalizar os seus representantes, além da transparência exigida dos poderes, é necessária uma imprensa livre para informar a população sobre os acontecimentos políticos. A liberdade de expressão é requisito mínimo para que um Estado não se torne totalitário. Ela é indispensável para que opiniões contrárias ao governo vigente possam ser proferidas, tornando a democracia efetiva.

Por esse motivo, como a intervenção estatal nos meios de comunicação, mesmo que no sentido de mera regulação, tornou-se uma espécie de tabu na sociedade brasileira em decorrência das marcas históricas de uma ditadura ainda muito recente em nossa memória¹¹⁵, um fenômeno diverso acabou acontecendo: a concentração midiática na mão de poucos grupos que tem o oligopólio da informação no país.

Essa concentração dos meios de comunicação na mão de poucos, em geral grupos familiares, se deu, historicamente pela maneira como aconteceu a entrada das empresas de comunicação no Brasil. Até a promulgação da Constituição de 1988, a concessão para canais de difusão audiovisual se dava diretamente pelo poder executivo. Sendo assim, recebiam autorização para criar novos canais de comunicação aqueles que estavam politicamente alinhados ou tinham algum tipo de relação de afinidade com o governo vigente.

Como demonstra Graça Caldas, “desde a instauração do Estado Novo de Getúlio Vargas, (1937-1945), os critérios de distribuição das emissoras de rádio tem sido eminentemente políticos. Não por acaso representam a voz do poder.”¹¹⁶. Tal situação não se alterou durante o governo militar que continuou utilizando como critério para seleção dos futuros concessionários questões muito mais políticas do que objetivas.

Em um Estado ditatorial, evidentemente, o controle sobre os meios de comunicação é ainda mais importante, pois não se permite que críticas ao governo sejam livremente veiculadas. Sendo assim, neste período da história do Brasil, a permissão para a criação de novos canais de comunicação era apenas cedida aos

representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹¹⁵ Nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1 - 24.

¹¹⁶ CALDAS, Graça. 1998. Políticas de Comunicação no Brasil: de Sarney a FHC. **Ensaio e Comunicação**. Campo Grande: Uniderp, v.1, n. 1, p. 39-48, abril.

simpatizantes do regime militar. “Com isto, os proprietários da mídia eram invariavelmente empresários vinculados ao governo ou políticos acostumados à prática do clientelismo. Não por acaso as emissoras são consideradas as principais armas eleitorais de um político.”¹¹⁷ Neste período centenas de autorizações para criação de novas rádios e televisões foram dadas, mas todas elas a grupos específicos que possuíam certa afinidade com os interesses do governo vigente, criando os oligopólios que dominam os meios de comunicação brasileiros até os dias atuais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foram criados novos critérios para a concessão às empresas que prestariam o serviço público de difusão audiovisual. No entanto, “a nova política de concessões remeteu para o Congresso as novas outorgas e renovações, mas não houve nenhuma revisão sobre os critérios anteriores.”¹¹⁸

Como define C. Llorens, a concentração de meios pode se dar de diversas maneiras:

(...) como primeiro fenômeno podemos distinguir, por exemplo, as operações de concentração ou integração empresarial, ou seja, as aquisições ou fusões de empresa. Em segundo lugar, quando se fala de concentração, muitas vezes se faz referência à concentração de propriedade; em terceiro lugar, se quer indicar a concentração de mercado e, em quarto lugar, às vezes se faz menção a uma concentração de audiência. A quinta acepção de concentração, talvez a mais usual, tem uma raiz política: entende-se como centralização ou acumulação de poder em uma ou poucas entidades a partir do domínio de certos meios de comunicação.¹¹⁹

No Brasil, cada um dos cinco fenômenos narrados por Llorens ocorrem concomitantemente. Poucos grupos dominam os diversos meios e o mercado das comunicações. A concentração de audiência nem precisa ser discutida na medida em que nosso país vive a situação ímpar em que um único canal televisivo

¹¹⁷ Idem, *Ibidem*.

¹¹⁸ LIEDTKE, Paulo Fernando. Políticas públicas de comunicação e o controle da mídia no Brasil. **Revista eletrônica de pós-graduandos em Sociologia Política da UFSC**, Florianópolis. v. 1, n. 1, p. 39-69, 2003.

¹¹⁹ LLORENS, C. Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, 2003. In: **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007. p. 12.

consegue índices de audiência normalmente superiores à metade da totalidade dos telespectadores.¹²⁰

Existem dois tipos de classificação para medir quais são os maiores grupos comunicacionais do Brasil. Um primeiro critério leva em consideração as mídias eletrônicas e as impressas. Segundo este parâmetro a Rede Globo ocupa o primeiro lugar e o Grupo Abril o segundo. Além disso, apenas cinco famílias controlam 90% dos meios de comunicação brasileiros.¹²¹

O segundo critério leva em consideração apenas os meios de comunicação eletrônicos. Sendo assim, o número de famílias que dominam os rádios e televisões nacionais sobe para dez. Primeiramente estaria a família Marinho da Rede Globo, com 17 emissoras de televisão e 20 de rádio. Em seguida a RBS, da família Sirotsky, com 14 televisões e 21 rádios. Em terceiro lugar vem a família Saad, da Rede Bandeirantes, com 9 televisões e 21 rádios. A família Abravanel, do grupo Sílvio Santos, se encontra em quarto lugar com 9 emissoras de televisão. Os demais grupos monopolistas da classificação são regionais.

Essa simultaneidade de fenômenos de concentração midiática tende a ser lesiva ao processo democrático e aos próprios princípios fundamentais de comunicação. Como já explicitado no capítulo anterior, a veiculação de uma opinião única por diversos canais de comunicação pertencentes ao mesmo grupo tende a privar a sociedade de uma pluralidade de discursos tão necessária ao desenvolvimento da democracia.

Eneida Desiree Salgado, em referência ao conceito de democracia deliberativa epistêmica de Carlos Santiago Nino, ensina que a importância da deliberação na constituição da democracia reside no fato de que através dela é possível “transformar os interesses das pessoas de um modo moralmente

¹²⁰ Para exemplificar, segundo o site “O planeta TV”, no dia 15/10/2012 a Rede Globo de Televisão conseguiu, durante a exibição de um capítulo da novela “Avenida Brasil”, média de audiência de 49 pontos, com picos de 52 pontos entre o horário das 21h10 e 22h35. Isto representa um total de 68% dos televisores ligados no horário e um número de 3.130.400 de domicílios na Grande São Paulo. Dados disponíveis em: <<http://oplanetatv.clickgratis.com.br/noticia/fenomeno-avenida-brasil-repete-recorde-de-audiencia-com-picos-de-52-pontos-22740.html>>. Acesso em: 17/10/2012.

¹²¹ NUZZI, Erasmo. 1995. **O controle da mídia no Brasil e no mundo**. Documentos Abecom, Associação Brasileira das Escolas de Comunicação.

aceitável.”¹²². Como a deliberação coletiva é capaz de modificar interesses individuais, a democracia então “exige que todas as partes interessadas participem da discussão e da decisão, de maneira razoavelmente igual e sem coerção.”¹²³ Sendo assim, fica bastante claro o dano que os monopólios dos meios de comunicação podem trazer ao desenvolvimento democrático. Não há nenhuma razoável igualdade entre a participação dos diversos membros da sociedade no debate público se os meios de comunicação são controlados por apenas alguns indivíduos.

Na opinião de Henning Schur, se a quantidade de opiniões veiculadas se reduz drasticamente, a liberdade de expressão fica comprometida, pois uma das suas facetas é justamente o direito de informação do cidadão. Com a concentração dos meios de comunicação, a veiculação de opiniões díspares é excluída e como uma das características da liberdade de expressão é justamente “dar voz a grupos sociais, especialmente às minorias”¹²⁴, o direito, por si só já está violado. Como ressalta o autor:

A concentração dos meios de comunicação tem consequências graves para a liberdade de expressão, num setor tão importante e formador de opinião. A grande diversidade de opiniões se reduz automaticamente a poucas vozes que são ouvidas. A difusão de opiniões críticas fica seriamente comprometida, com um alto nível de concentração de meios de comunicação. Já se poderia discutir se esse fato, por si só, não constitui uma violação do direito à informação dos cidadãos.¹²⁵

A realidade da concentração dos meios de comunicação ainda traz à tona um outro fenômeno bastante ofensivo aos direitos de comunicação na sociedade brasileira: a falta de qualidade na escolha das notícias que acaba fazendo com que a imprensa não reflita exatamente a realidade social do país. Há uma representação desproporcional de alguns setores da sociedade. Enquanto grandes grupos tem pequena participação midiática, outros, com interesses mais afinados aos dos detentores do poder de comunicar ou mesmo com maior poderio econômico estão super-representados nos meios de comunicação.

¹²² SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 21.

¹²³ Idem, *Ibidem*. p. 21.

¹²⁴ SHUR, Henning. Introdução. **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007. p. 07.

¹²⁵ Idem, *Ibidem*, p. 8.

Além disso, como apenas alguns grupos controlam toda a imprensa brasileira, em algumas ocasiões eles acabam agindo de maneira leviana em relação ao compromisso de informar. Um exemplo bastante claro ocorreu durante as eleições municipais do ano de 2012. A Rede Globo de Comunicação contratou o IBOPE para realizar uma pesquisa de intenção de votos para o segundo turno das eleições do município de São Paulo. A pesquisa foi realizada e os resultados foram entregues no dia 24 de outubro de 2012, quatro dias antes da realização do pleito. No entanto, o resultado não favorecia o candidato apoiado pela emissora, então, ela simplesmente não divulgou os resultados da pesquisa.¹²⁶

Como ressalta Angela Martinez, pela via da concentração, podem se produzir diversos efeitos indesejados, dentre os quais: “a prevalência de certos interesses sobre o dever de veracidade, o privilégio da atividade lucrativa sobre a tarefa de serviço ao público e o travamento do pluralismo informativo e valorativo”¹²⁷. E o caso da pesquisa eleitoral supracitada, pois, com o descaso para com o dever de informar, a emissora não agiu de acordo com o interesse público. Como se trata de uma concessionária de serviço público, ela deve sempre agir de acordo com o melhor interesse da sociedade, respeitando as diversas opiniões, independentemente de coincidirem com seus interesses privados ou não.

Outro problema intrínseco ao da concentração privada dos meios de comunicação é a criação de um poderio econômico quase que intransponível. Com isso, os pequenos canais de comunicação que venham a surgir acabam suprimidos pelos grupos oligárquicos. É simples lógica capitalista: a partir do momento em que um grupo menor não consegue verbas para competir com os veículos maiores, ele acaba absorvido ou mesmo retirando-se do mercado.

Liedtke, em referência à classificação adotada por Gurutz Bereciartu, ensina que existem cinco formas de poder: a coerção, a força, a autoridade, a manipulação e a influência. Estas duas últimas estão fortemente ligadas ao poder dos meios de comunicação. A manipulação “consiste numa obediência, ao carecer de

¹²⁶ A pesquisa registrado no TRE-SP sob o nº 01912/2012 mostrava o candidato Fernando Haddad (PT) com 49% das intenções de voto e o Candidato José Serra (PSDB) com 33%. A pesquisa havia sido encomendada para ser divulgada no principal telejornal da emissora, o Jornal Nacional, mas, como o candidato apoiado pela emissora estava perdendo e ainda havia perdido votos em relação à pesquisa anterior, a emissora simplesmente silenciou e não divulgou os resultados.

¹²⁷ MARTINEZ, Angela. In: SHUR, Henning. Introdução. **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007. p. 12.

conhecimento, da procedência e da natureza do que se pede.”¹²⁸, enquanto a influência “supõe uma persuasão racional sem mediação do conflito.”¹²⁹

Portanto, a comunicação é uma atividade que pelo próprio produto que vende (a informação e a formação da opinião) já é detentora de um poder único. “A informação é vista como o instrumento de poder, tanto na perspectiva manipuladora quanto na influência exercida sobre os cidadãos.”¹³⁰. Se ela for ainda dotada de poder econômico imensurável, pode se tornar uma entidade quase que onipotente.

3.2 OS LIMITES DO DISCURSO

A liberdade de expressão, apesar de ser um direito fundamental consagrado desde o surgimento das primeiras constituições liberais, ainda encontra forte discussões sobre quais são os seus contornos.

Por ser um direito fundamental para o bom desenvolvimento democrático, existem autores que defendem que se trata de um direito pautado na dignidade da pessoa humana, e que restrições promovidas pelo Estado podem interferir na realização completa do ser humano. Esses autores são os adeptos da corrente construtiva da liberdade de expressão e entre eles encontramos nomes como Jónatas Machado e Robert Dworkin, segundo o qual a liberdade de expressão “é, em si, um direito fundamental”¹³¹, e por isso ela constitui um fim em si mesma.

Sendo assim, qualquer opinião, por mais abjeta que possa parecer aos olhos de determinados indivíduos, tem o mesmo direito de ser veiculada. Para os adeptos da teoria construtiva, a liberdade de expressão é um direito quase que absoluto e mesmo o discurso que fomente o ódio, o preconceito merece proteção estatal.¹³²

¹²⁸ LIEDTKE, Paulo Fernando. Políticas públicas de comunicação e o controle da mídia no Brasil. **Revista eletrônica de pós-graduandos em Sociologia Política da UFSC**, Florianópolis. v. 1, n. 1, p. 39-69, 2003.

¹²⁹ Idem, *Ibidem*.

¹³⁰ Idem, *Ibidem*.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 497.

¹³² SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática de Direito Público no Brasil** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217 – 258.

Em contraposição a este posicionamento encontramos os adeptos da concepção instrumental da liberdade de expressão. Segundo os autores que apoiam essa linha de pensamento, este direito fundamental é importante, pois é através dele que se forma a opinião pública. Sendo assim, ele é indispensável para o bom funcionamento democrático. Essa concepção dá principal ênfase ao discurso político e salienta a importância da atuação do Estado tanto no sentido de regular a liberdade de expressão quanto no sentido de fomentá-la.

Para Owen Fiss, esta é a realidade da liberdade de expressão. O discurso precisa ser limitado, regulamentado, fomentado em alguns casos e em outros até mesmo silenciado em prol de um maior debate democrático.¹³³

O autor escreve desde os Estados Unidos, país no qual a liberdade de expressão está protegida na primeira emenda à constituição em termos bastante fortes:

O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das mesmas; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.¹³⁴

No entanto, apesar da previsão proibindo a edição de leis que limitem a liberdade de expressão, esse entendimento simplista nunca foi o adotado pela Suprema Corte Americana que sempre entendeu que deveria ser limitada a intervenção estatal no discurso, mas nunca tendo sido esta vedada.

Partindo deste pressuposto Fiss coloca em pauta o tratamento a ser dado no caso de discursos de incitação ao ódio, pornografia e financiamento de campanhas eleitorais. Para o autor, regulamentar discursos que versem sobre um desses temas é absolutamente natural, na medida em que diversas leis sobre discriminação já foram editadas e não é possível mais encontrar áreas do direito civil que não sejam fomentadas ou inibidas pelo poder público.¹³⁵ Sendo assim, o que cabe discutir é

¹³³ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹³⁴ *“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” UNITED STATES OF AMERICA. Constitution. United States Constitution.* Philadelphia, Pennsylvania: Philadelphia Convention, 1787.

¹³⁵ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39.

apenas o prejuízo que tais discursos podem trazer ao bom desenvolvimento da democracia e como inibi-lo.

Em prol da igualdade, um outro direito fundamental tão importante quanto a liberdade, cabe ao Estado regular os discursos que possam trazer prejuízo a certas parcelas da sociedade. É o caso do discurso de incitação ao ódio e da pornografia que podem ser regulados “pelo Estado fundando-se na teoria de que tal expressão denigre o valor e o merecimento de suas vítimas e dos grupos aos quais elas pertencem.”¹³⁶ Pode-se perceber que é uma postura absolutamente oposta à adotada por Dworkin, segundo quem a ofensa não seria motivo para que qualquer discurso fosse vedado. Para Fiss, a ofensa à honra subjetiva já seria suficiente para que tais discursos fossem inibidos. O contravalor defendido pelo Estado, ou seja, a honra de minorias, deveria prevalecer sobre a liberdade de expressão.¹³⁷

Para além da ofensa à honra subjetiva, Fiss demonstra uma grande preocupação com o que ele chama de “efeito silenciador do discurso”¹³⁸, ou seja, a capacidade de que certos discursos ofensivos tem de calar o contra-argumento apresentado para tentar mudar uma realidade social de preconceitos e opressões já impregnados na sociedade. Quando um grupo dissemina um discurso de incitação ao ódio ou pornográfico, além de ofender a honra das mulheres e grupos discriminados, ele está vedando que esses grupos ofendidos possam posteriormente ser ouvidos.

Permitir que discursos ofensivos sejam vinculados fere o processo democrático pois, com a repetição e disseminação dos preconceitos, eles acabam adquirindo força no imaginário popular e desmistificar tais entendimentos se torna difícil. Mesmo que se dê voz aos ofendidos, eles nunca chegam a ser ouvidos. O discurso ofensivo “tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio”¹³⁹.

O “efeito silenciador do discurso” faz com que a fala vinculada pelos grupos marginalizados não chegue a atingir nenhum ouvinte. Como muitos preconceitos são constantemente reproduzidos, “mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade

¹³⁶ Idem, *Ibidem*. p. 40.

¹³⁷ Idem, *Ibidem*.

¹³⁸ Idem, *Ibidem*. p. 33.

¹³⁹ Idem, *Ibidem*. p. 47.

às suas palavras; é como se nada dissessem.”¹⁴⁰ O ouvinte simplesmente não leva em consideração o que acabou de ouvir de um negro, uma mulher ou um homossexual por exemplo, pois, como sua condição já está coberta de preconceitos, eles simplesmente não tem a força discursiva que um homem branco e heterossexual teria. Eles não são levados tão a sério pelo preconceito arraigado a sua condição de minoria.

Claro que se pode esperar que o próprio ouvinte possa “separar o joio do trigo” e selecionar os discursos que estão impregnados de preconceitos e os que sevem a um propósito mais amplo de difundir diferentes visões e podem fomentar o processo democrático. No entanto, como explica Jeremy Waldron, não é uma única frase, um comportamento singular que vai levar ao enraizamento do preconceito. É a repetição constante destes comportamentos que leva à destruição do estima social de um determinado grupo.¹⁴¹

Sendo assim, pode-se perceber que a repetição do discurso disseminador de preconceito vai paulatinamente entrando na sociedade, passando, em certo momento, a ser tolerado e, posteriormente, tornando-se parte da cultura popular. Um exemplo bastante excêntrico disto são as constantes piadas de portugueses que ouvimos desde a infância, fase em que é mais difícil ter um juízo crítico quanto à qualidade do discurso. Elas são repetidas constantemente e fazem parte de nosso cotidiano tão naturalmente que nunca se cogitou se isto configuraria preconceito ou não. A ideia se difundiu tanto pela sociedade que não é raro encontrar adultos falando seriamente que algo que não faz completo sentido segue a lógica lusitana.

Uma questão bastante polêmica seria se o discurso ofensivo fosse propagado por uma minoria. O discurso não deve difundir preconceito, mas, concomitantemente, deve proteger os grupos minoritários, dar-lhes voz. Neste caso, a colisão de princípios seria ainda mais complexa, cabendo apenas ao operador do direito no caso concreto, usando das técnicas de sopesamento ou ponderação, escolher qual solução atenderia ao melhor interesse social.

¹⁴⁰ Idem, Ibidem. p. 47.

¹⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

Outra faceta do “efeito silenciador do discurso” diz respeito ao poderio econômico que pode também silenciar o discurso contrário. Quando algum ponto de vista é defendido por um grupo de interesses extremamente rico, este tende a prevalecer sobre os demais, pelo simples fato que o dinheiro pode comprar espaço publicitário, tempo de transmissão em rádio e televisão e até mesmo os veículos de comunicação em si. “Dinheiro é discurso, ou mais argutamente, (...) o ato de gastar dinheiro é uma atividade tão expressiva quanto realizar uma passeata, é um método de promover valores políticos tão importante quanto vender um livro”.¹⁴² Como defende Fiss, o poder econômico é capaz de silenciar os demais discursos na medida em que ele pode dominar de maneira quase que absoluta a mídia não deixando espaço para que nenhuma mensagem contrária seja vinculada.

Evidentemente, o poder econômico não é absoluto. No ano 2000, por exemplo, a indústria multimilionária do cigarro perdeu uma grande batalha legal no país. Seguindo a tendência de alguns países europeus e dos Estados Unidos, o Brasil editou a Lei nº 10.167/00, que alterou a Lei nº 9.294/96 e trouxe novas e sérias restrições às propagandas de cigarros. Segundo a regulamentação anterior, a publicidade de cigarro tinha como principal limitação o horário para exibições em rádios e televisões (apenas entre às 21h e 6 h). Após a edição da nova lei, as propagandas ficaram restritas apenas a cartazes nos ambientes internos dos pontos de vendas do produto. Se antes os cigarros eram grandes patrocinadores de eventos esportivos e musicais para atrair o público jovem, agora, além da séria limitação publicitária que sofrem, eles ainda devem expor nas embalagens imagens dos males que o fumo pode trazer a saúde do consumidor.

O problema se torna ainda mais grave nos Estados Unidos na medida em que as campanhas eleitorais são muito menos reguladas que aqui no Brasil. Lá, qualquer cidadão pode simplesmente comprar espaço publicitário na televisão para defender o candidato que lhe convier. Sendo assim, apesar da política daquele país ser dividida entre apenas dois partidos, as eleições acabam sofrendo grande influência do poder midiático.

É o que aconteceu na campanha de 2008 para a Presidência do país. Como nos Estados Unidos o voto não é obrigatório, o ator Leonardo DiCaprio organizou um

¹⁴² FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45.

vídeo reunindo diversas outras celebridades e dirigido pelo cineasta Steven Spielberg conscientizando os jovens sobre a importância do voto. O ator então comprou espaço publicitário na televisão e veiculou o vídeo. Pouco tempo depois, Dicaprio declarou seu apoio incondicional ao então candidato Barack Obama¹⁴³.

Em um país dividido entre apenas dois partidos, quem decide a eleição são os apartidários, ou seja, aqueles que em outra situação não votariam ou nunca haviam votado antes. Sendo assim, se a atitude de Dicaprio não decidiu a eleição, com certeza influenciou o seu resultado, na medida em que o ator trouxe diversos apartidários para depositar o seu voto em Obama.

Na realidade brasileira a situação não é tão extrema como na estadunidense. No Brasil as campanhas eleitorais são regulamentadas, os espaços para vinculação de discursos nos meios de comunicação são divididos entre os partidos¹⁴⁴ e eles não podem comprar espaço extra para vincular suas ideias. No entanto, o poder econômico ainda influencia muito no andamento das campanhas eleitorais.

Quanto maior for a quantidade de dinheiro investida em uma campanha, maior será o número de banner que poderão ser produzidos, de jantares que poderão ser oferecidos, de viagens que poderão ser feitas pelos candidatos, de carreatas, comícios, santinhos, e todo material eleitoral permitido. É evidente, portanto, que o poderio econômico também influencia no resultado das eleições. Por isso, a lição de Fiss é importante mesmo fora da realidade estadunidense.

Sendo assim, Owen Fiss entende que é absolutamente importante que o Estado regule a liberdade de expressão. Para o autor, em uma realidade em que convivem o discurso do ódio, a pornografia e o poder econômico, a regulação estatal não deve ser vista como uma tentativa de “arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer

¹⁴³ A campanha se chamava 5 friends e o vídeo está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VhDRVKDcXQo>>. Acesso em: 07/11/2012.

¹⁴⁴ A regulamentação do tempo reservado a propaganda eleitoral gratuita de cada partido ou coligação está definida no artigo 47 § 2º da Lei nº 9.504/97. Que dispõe: “§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios: I - um terço, igualmente; II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.” Sendo assim, a distribuição de tempo para uso dos partidos e coligações tende a ficar bastante desigual.

precondições essenciais para a auto-governança global. Assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público.”¹⁴⁵ Sendo assim, é evidente que a regulação vem em prol da democracia, e não é contrária a ela.

Em oposição absoluta à visão dos construtivistas para quem a liberdade de expressão não deve ceder frente a outros interesses, os instrumentalistas entendem que para o bem do desenvolvimento do processo democrático, às vezes, algumas vezes tem que ser caladas. Quando o Estado então regula, não está agindo para além dos seus limites e desrespeitando o direito fundamental de liberdade de expressão, ele está “meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade do trânsito.”¹⁴⁶ O Estado é legitimado para regular as relações sociais quando estas se tornam perigosas para a própria sociedade, portanto, é o ente legítimo para restringir a liberdade de expressão de alguns grupos em prol de outros.

Philip Pettit compartilha desse entendimento, na medida em que define liberdade como não-dominação. Para o autor, liberdade não se define como não interferência absoluta, mas como ausência de interferência arbitrária. A não-dominação pressupõe uma certa igualdade entre os sujeitos, pois livre é apenas aquele que não tem que sujeitar a vontade de outro, sem que um sujeito tema outro.¹⁴⁷ Nesse sentido, é bastante útil a lição de Eneida Desiree Salgado que, partindo as noções de republicanismo de Pettit define: “A lei republicana não restringe a liberdade e nem a compromete, apenas a condiciona.”¹⁴⁸

Sendo assim, é fácil perceber que as regulações promovidas no discurso vem não para limitar a liberdade de expressão, mas sim para promovê-la. Quando todas as facetas do discurso ganham espaço para serem vinculadas sem que uma delas seja capaz de silenciar as ideias contrárias, a liberdade de expressão é que se desenvolve plenamente, pois todos os cidadãos poderão ter acesso a todas as visões e então poder formar uma ideia própria livre de influências externas.

¹⁴⁵ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49.

¹⁴⁶ Idem, Ibidem. p.48.

¹⁴⁷ RODRIGUES, Cíntia Luzardo. Principais aspectos do neorepublicanismo de Philip Pettit. **Pensamento Plural,** Pelotas. n. 6, p. 35-56, 2010.

¹⁴⁸ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral.** 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 49.

Uma terceira posição, intermediária entre a de Owen Fiss e a de Ronald Dworkin, é defendida por Jeremy Waldron¹⁴⁹. O autor entende que o indivíduo, ao viver em sociedade, não apenas se pauta em sua reputação individual, para além dela, há uma posição social, uma reputação geral do grupo ao qual ele pertence.

Como hoje a sociedade é multicultural, é inadmissível que os sujeitos sejam excluídos. É necessário manter o que Waldron chama de “bem público de inclusão”¹⁵⁰, ou seja, é necessário que as pessoas, para além de suas diferenças, mantenham um senso de que todos vivem juntos. A sociedade não é só para um determinado grupo, nem mesmo para a maioria. Ela é para todos e, portanto, todos tem o direito de conviver em sociedade sem ter que enfrentar preconceitos.¹⁵¹

Segundo Waldron, a posição social do grupo é parte da dignidade do próprio indivíduo e o “discurso de incitação ao ódio é calculado para minar a dignidade dos membros do grupo afetado, para comprometer a dignidade tanto aos seus próprios olhos quanto aos olhos dos outros membros da sociedade”¹⁵². Ou seja, o discurso ofensivo afeta tanto a honra subjetiva, que é a maneira como o sujeito se vê, quanto a honra objetiva que é a maneira como os demais veem tal pessoa, a reputação do sujeito.

Mesmo assim, o autor entende que a regulamentação do discurso, em especial ao analisar uma série de leis que europeias que coíbem o discurso de incitação ao ódio, não serve para proteger as pessoas de ofensas. As leis se destinam não a proteger a honra subjetiva, mas sim a reputação do grupo ao qual ela pertence, a posição social do grupo.

¹⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **The Warm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

¹⁵⁰ “Public Good of Inclusiveness”.

¹⁵¹ WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

¹⁵² “Hate speech is calculated to undermine the dignity of members of the affected groups, to compromise that dignity both on their own eyes and on the eyes of others members of the society.” In: WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

Ainda no que se refere às leis que coíbem o discurso de incitação do ódio, Waldron salienta um ponto bastante relevante. Para que tais leis surtam efeito é necessária a colaboração dos sujeitos que formam a sociedade. O Estado simplesmente não tem recursos para fiscalizar todos os casos de discriminação, ele não pode estar presente em todos os momentos e fiscalizar todos os discursos vinculados. Não há força policial para tanto.¹⁵³

Portanto é necessário que a sociedade em si coíba a propagação do ódio. A questão passa a ser muito mais uma questão de educação e tolerância do que criminal. A lei, por si só, é vazia. O que o direito pode tentar acrescentar à realidade social é o entendimento de que o discurso de incitação ao ódio não deve ser propagado em nome de um mau uso da liberdade de expressão.

Quanto aos limites do que a liberdade de expressão deve e o que não deve proteger, Jeremy Waldron ainda coloca outra questão relevante. É necessário analisar o “mal difundido”.

As pessoas, em geral, não têm dificuldades em compreender que o discurso que leva diretamente à violência não está protegido pela liberdade de expressão. É o caso do discurso neonazista, por exemplo, que em quase todos os países europeus é criminalizado, pois ele incita diretamente a prática de violência. No entanto, pequenos discursos que reforçam o preconceito contra os mesmos grupos marginalizados pelos neonazistas, mas que não incitam a prática de crimes são absolutamente tolerados.

Para Waldron tais comportamentos são causa indireta de violência, são uma causa lenta de discriminação e, portanto, merecem também ser analisados. O autor faz um paralelo com emissões de gás por carros particulares. Todos sabem que não é um determinado veículo isoladamente que leva a consequências ambientais desastrosas, mas a soma de todos eles. Nesse sentido, no ambiente social é a mesma coisa. Não é uma frase discriminatória que leva à instauração do preconceito

¹⁵³ WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

e a marginalização de determinados grupos, é a soma de todas elas que acaba por levar a um mal maior.¹⁵⁴

Claro, combater qualquer tipo de pequena manifestação imbuída de preconceito é impossível e até mesmo inadequado, pois de fato ofenderia a liberdade de expressão. Portanto não se defende a criminalização de pequenas ofensas. O que se considera mais adequado nesses casos é a intervenção do Estado não num sentido punitivo, mas através da educação, financiando programas que busquem a diminuição de preconceitos e do fim exclusão dos grupos sociais vítimas do discurso difamatório.

3.2.1 O Caso das Charges Dinamarquesas Segundo os Três Pontos de Vista Analisados

Em setembro de 2005, o jornal conservador dinamarquês Jyllands-Posten publicou uma série de doze caricaturas do Profeta Maomé. Como o islamismo é uma religião que não admite representações gráficas de seus profetas, as charges foram consideradas ofensivas. Além disso, o conteúdo das charges era bastante vexatório e representava o profeta de forma a ridicularizá-lo. Este incidente deu origem a uma crise diplomática entre os países de maioria islâmica e a União Europeia, em especial a Dinamarca. Vários diplomatas de países do Oriente Médio foram chamados a se retirar do país escandinavo e algumas embaixadas europeias foram atacadas. O jornal que publicou as caricaturas clamou pela bandeira da liberdade de expressão, enquanto os ofendidos trataram de utilizar-se do princípio do respeito à liberdade religiosa.¹⁵⁵ Cada um dos autores analisados no tópico anterior se manifestou de maneira diferente em relação aos eventos polêmicos.

Ronald Dworkin faz uma séria crítica à escolha das imprensas estadunidenses e britânica de não publicar as caricaturas. O jurista entende que em curto prazo pode ter sido uma escolha sábia, pois assim novas ondas de protesto

¹⁵⁴ Idem, Ibidem.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Paola Lins. **O caso das charges de Maomé e o debate público europeu sobre as relações entre "islamismo" e "ocidente"** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872009000100013>. Acesso em: 19/10/2012.

seriam evitadas. No entanto, em uma análise mais profunda, seria uma limitação do direito de liberdade de expressão, a qual “é uma condição do governo legítimo. As leis e as políticas não são legítimas a menos que tenham sido adoptadas através de um processo democrático, e um processo não é democrático se o governo impediu qualquer pessoa de expressar as suas convicções.”¹⁵⁶. Para Dworkin, o fato de se tratar de uma minoria não seria suficiente para que se possa silenciar o discurso crítico.

Assim, numa democracia, seja poderoso ou impotente, ninguém pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido. Este princípio é de particular importância numa nação que procura arduamente a justiça racial e étnica. Se as minorias fracas ou impopulares querem ser protegidas por lei contra a discriminação económica ou legal — se querem leis que proíbam que sejam discriminados no que respeita ao emprego, por exemplo — têm de estar dispostos a tolerar sejam quais forem os insultos ou as ridicularizações que as pessoas que se opõem a tal legislação oferecem aos eleitores, porque só uma comunidade que permite tal insulto como parte do debate público pode ter a legitimidade para adoptar tais leis. Se queremos que os fanáticos aceitem o veredicto da maioria depois de esta o declarar, então temos de permitir que exprimam o seu fanatismo no processo cujo veredicto lhes pedimos que aceitem. Seja o que for que o multiculturalismo signifique — seja o que for que signifique um maior "respeito" por todos os cidadãos e grupos — estas virtudes anular-se-iam a si mesmas se as concebêssemos de modo a justificar a censura oficial.¹⁵⁷

Já Jeremy Waldron, apesar de ter um posicionamento menos liberal que do que Dworkin, acredita que as caricaturas deveriam ser permitidas, se não chegarem a configurar uma mensagem difamatória, situação da qual elas se aproximam muito:

Nós não devemos confundir discurso de incitação ao ódio com ofensa. Nós devemos pontuar que o discurso de incitação ao ódio não afasta críticas nem sátiras, portanto essas leis não devem proibir nem mesmo as charges dinamarquesas, apesar de as charges dinamarquesas, em virtude do contexto verbal que as cercavam, chegaram perto de ser uma mensagem difamatória.¹⁵⁸

Por fim, não foi encontrado artigo em que Owen Fiss se posicionasse diretamente sobre o caso. No entanto, partindo dos ensinamentos do autor que já

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. O Direito de Ridicularizar. **The New York Review of Books**, New York, v. 53, n. 5, 23 de março de 2006. Disponível em: <<http://criticanarede.com/ed116x.html>>. Acesso em: 19/10/2012.

¹⁵⁷ Idem. Ibidem.

¹⁵⁸ “We should not confuse hate speech with offense. We should say that hate speech does not preclude criticism or satire, so these laws should not prohibit even the Danish cartoons, although the Danish cartoons, by virtue of the verbal context that surrounded them, came close to expressing a defamatory message.” In: WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

foram explorados neste capítulo, presume-se que ele concordaria com a proibição da publicação das charges. As caricaturas do profeta serviram ao propósito de ridicularizar e sedimentar ainda mais o preconceito já sofrido pelos muçulmanos nos países europeus. Uma publicação com carga tão grande de preconceito em relação a uma minoria poderia levar ao efeito silenciador do discurso.

3.3 O ESTADO COMO PROMOTOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão, no século XXI, não pode ser vista como no início do século passado. Em um mundo com mais de sete bilhões de pessoas e em um país com mais de 190 milhões de habitantes, simplesmente emitir opiniões a um público restrito não caracteriza o direito. Expressar-se livremente não é apenas falar ou escrever, é fazer com que a mensagem vinculada atinja diferentes públicos, fazer com que ela chegue a um número significativo de pessoas. Expressar opiniões em um ambiente privado ou absolutamente restrito não é suficiente para efetivar a garantia constitucional.

Como já foi demonstrado no capítulo 1 deste trabalho, a liberdade de expressão não se resume a sua eficácia negativa. Nos termos de Robert Alexy, assim como todos os direitos fundamentais, ela é formada por um feixe de posições jusfundamentais¹⁵⁹, ou seja, não é um simples direito de primeira geração, um direito de defesa, ela é composta também por uma eficácia positiva e exige a prestação positiva do Estado.

Diferentemente do tópico anterior, no qual se tratava da possibilidade do Estado regular e até restringir determinadas atitudes de alguns agentes discursivos em prol de outros, aqui será estudada a função do Estado como alocador¹⁶⁰. Ou seja, é a participação ativa do agente estatal na garantia do acesso a todos aos meios de comunicação, é a escolha de onde devem ser alocados recursos para a promoção e ampliação de determinados discursos em detrimento de outros.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁶⁰ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

3.3.1 Estado Como Garantidor de Acesso aos Meios de Comunicação

Como já demonstrado ao longo deste trabalho, é parte da eficácia positiva do direito à liberdade de expressão que a população possa tanto ter livre acesso quanto participar ativamente da produção do conteúdo veiculado pelos meios de comunicação.

Em um primeiro momento, cabe então ao Estado garantir que todos tenham acesso aos meios para fazer valer seu direito de livre informação. No Brasil, a cobertura de energia elétrica é quase total¹⁶¹, portanto, as residências estariam aptas a terem acesso aos meios eletrônicos de informação como televisão, rádio e internet. Segundo o censo de 2010, 81,4% dos domicílios brasileiros possuem rádio e 95% possuem televisão¹⁶². Portanto, no tocante ao acesso a estes dois meios de comunicação, não há muito que o Estado tenha que fazer para fomentar.

No entanto, como visto no capítulo anterior, apenas 33% dos brasileiros tem acesso domiciliar à internet¹⁶³. Sendo assim, caberia ao Estado fazer programas que viabilizassem o acesso fácil à internet para a população.

Um exemplo nesse sentido é o projeto “Floresta Digital” do governo estadual do Acre. O programa pretende oferecer internet sem fio para todo o estado. Lançado em 2010, em um ano a cobertura já estava alcançando 14 cidades sendo que na capital, Rio Branco, a cobertura é de 100%.¹⁶⁴ Outro programa nesse sentido é o “Banda Larga nas Escolas” que pretende colocar internet de alta velocidade em todas as escolas públicas do país.¹⁶⁵

Uma segunda obrigação do Estado é a de garantir participação popular na produção da programação dos meios de comunicação. Este foi o sentido da Lei nº

¹⁶¹ Segundo o censo 2010, 97,8% dos domicílios brasileiros possui energia elétrica. Dados disponíveis no site Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/11/16/energia-eletrica-chega-a-97-8-dos-domicilios-brasileiros-mostra-censo-demografico>>. Acesso em: 01/11/2012.

¹⁶² Dados do IBGE. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/nrtv.asp>>. Acesso em 01/11/2012.

¹⁶³ Dados da pesquisa “Mapa da Inclusão Digital”, estudo feito em parceria entre a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a operadora de telefonia Telefônica/Vivo. O relatório foi divulgado no final de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/cps/telefonica/>>. Acesso em 01/11/2012.

¹⁶⁴ Disponível em: <<http://www.guiadascidadesdigitais.com.br/site/pagina/projeto-floresta-digital-do-acre-chega-a-14-cidades>>. Acesso em 01/11/2012.

¹⁶⁵ Programa feito em parceria entre os Ministérios da Educação, do Planejamento e das Comunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações e as Secretarias de Educação estaduais e municipais.

9.612/96 que instituiu as rádios comunitárias. No entanto, como já abordado no capítulo 1 deste trabalho, a lei possui falhas bastante graves em sua elaboração que acabam por torná-la bastante questionável.

Em primeiro lugar, a lei limita o alcance da rádio a um raio de um quilômetro da antena de emissão. Evidentemente, este é um raio tão pequeno que as rádios, se escolherem respeitar a legislação acabaram por nem mesmo ser ouvidas.

Outro problema é que essas rádios são instituições sem fins lucrativos. Sendo assim, por não visarem o lucro e não poderem concorrer comercialmente, elas tem um orçamento tão deficitário que não podem investir na compra de melhores equipamentos, aperfeiçoamento de pessoal, e, até mesmo falta dinheiro para o pagamento de funcionários. A lei que as instituiu não resolveu a lacuna bastante óbvia de que os recursos para financiá-las deveriam vir de algum lugar. O Estado não faz repasses para as rádios comunitárias, tornando, sua existência bastante precária.

Para tentar resolver este impasse financeiro, o Senado Federal aprovou dois projetos de lei em relação às rádios comunitárias. O primeiro permite que elas façam financiamento perante o BNDES e o segundo permite que elas recebam recursos através da Lei nº 8.313/91, a lei de incentivo a cultura. O primeiro projeto de lei parece bastante estranho, na medida em que elas não tem fonte de renda. Sendo assim, o pagamento do empréstimo se torna bastante incerto, podendo tornar as rádios ainda mais deficitárias. Já o segundo projeto parece muito mais pertinente, na medida em que, a partir do momento em que as rádios comunitárias são vistas como difusoras da cultura, elas merecem alguma forma de financiamento estatal. No entanto, nenhum dos dois projetos foi ainda convertido em lei.

Com relação à participação popular na produção do conteúdo televisivo, a legislação brasileira carece de modernização. Segundo ensina Pedro Ortiz, existem diversos modelos de televisão pública pelo mundo. Quase todos os países, antes de abrir concessões para televisões privadas, criaram canais públicos e assim desenvolveram suas legislações. O Brasil, no entanto, fez o caminho inverso e criou primeiramente as televisões comerciais, através da concessão da exploração do serviço para a Tv Tupi em 1950. Sendo assim, nossa legislação, em primeiro lugar,

definiu como se daria a concessão da televisão comercial, relegando para um momento futuro às televisões públicas.¹⁶⁶

As primeiras televisões públicas surgiram na década de 60. A legislação foi se ampliando com o passar dos anos, e novos canais foram criados, alguns sobre o controle direto dos poderes executivo, legislativo e judiciário (chamadas TVs estatais), outros voltados à transmissão de programas de cunho educativo e cultural, mas todas ainda fortemente baseadas na legislação da década de 1960. Sendo assim, as questões da origem dos recursos das televisões públicas e da independência em relação ao órgão da administração direta ao qual elas estão vinculadas nunca restaram plenamente esclarecidas.

Nos anos de 2007 e 2009 ocorreram os Fóruns Nacionais das TVs Públicas. Nos textos produzidos por esses fóruns encontramos considerações como “a TV pública deve ser independente e autônoma em relação a governo e ao mercado, devendo seu financiamento ter origem em fontes múltiplas, com a participação significativa de orçamentos públicos (...)” e “as diretrizes de gestão, programação e fiscalização dessa programação da TV pública devem ser atribuição de órgão colegiado deliberativo, representativo da sociedade, no qual o Estado ou o Governo não devem ter maioria.”¹⁶⁷

Ou seja, apesar dos inúmeros canais de cunho público, a legislação aplicável a eles ainda é bastante incerta, tornando difícil seu desenvolvimento completo. Caberia ao Estado, em primeiro lugar, atualizar a legislação pertinente às televisões públicas, nos termos das conclusões dos Fóruns Nacionais das TVs Públicas para que a incerteza jurídica fosse afastada e, todo o aparato existente, que passa por canais universitários, canais estatais e televisões voltadas para a cultura e a educação, pudesse ser efetivamente utilizado pela população como uma forma de garantir maior participação democrática.

¹⁶⁶ ORTIZ, Pedro. Dilemas e desafios da televisão pública na América Latina. In: MEDINA, Cremilda (Org.). **Liberdade de expressão, direito à informação nas sociedades latino-americanas**. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2010. p. 75 – 92.

¹⁶⁷ FÓRUM NACIONAL DAS TVs PÚBLICAS, n. 1, 2007, Brasília. **Manifesto pela Tv Pública, Independente e Democrática**.

3.3.2 Estado Alocador e as Escolhas Trágicas

Partindo do pressuposto de que todos os direitos têm custos¹⁶⁸ e o orçamento do Estado não é capaz de cobrir todas as demandas da sociedade, percebe-se que não é possível que o ente público fomente de forma igual todos os discursos presentes na sociedade. Os recursos são limitados e, portanto, cabe ao Estado ponderar quais discursos precisam de promoção.

Pelos diversos problemas já apontados durante este trabalho como o efeito silenciador do discurso e a concentração midiática, alguns discursos já possuem espaço suficiente nos meios de comunicação. Sendo assim, estes não necessitam de fomento estatal porque já dominam a agenda pública através de sua veiculação pelos entes privados.

O próprio mercado acolhe algumas opiniões e as divulga de forma exaustiva e completa. No entanto, como o processo democrático exige uma maior deliberação sobre todos os assuntos, discutindo-se todos os pontos de vista e se apresentando todas as opiniões possíveis, cabe ao Estado acolher as posições não veiculadas pelo mercado e garantir-lhes espaço e visibilidade social.

Como não há recursos para que o Estado possa ser completamente imparcial e garantir a todos o mesmo espaço de visibilidade, cabe ao administrador a escolha discricionária sobre o que deve e o que não deve ser fomentado.

Segundo Maria Sylvia di Pietro, a administração pública tem poder discricionário quando “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis”¹⁶⁹. É o caso das decisões sobre quais discursos precisam de maior visibilidade social.

A escolha deve sempre se pautar, evidentemente, no interesse público. No entanto não há um padrão de escolha ao administrador público. O incentivo deve, portanto, ser sempre direcionado ao que melhor atende ao interesse democrático, ou seja, às posições que não recebem do mercado a devida visibilidade.

¹⁶⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 201.

Owen Fiss explica este fenômeno através de um exemplo artístico. Em 1989 o Fundo Nacional de Artes dos Estados Unidos¹⁷⁰ resolveu financiar uma exposição do fotógrafo Robert Mapplethorn. A temática principal das fotografias era o mundo homossexual. Algumas fotos foram então consideradas inapropriadas e, especialmente alguns políticos do partido republicano questionaram qual seria o interesse do Estado em financiar uma campanha que agredia o que eles entendiam como moralmente correto.

Graças aos protestos, a mostra foi cancelada em diversos estados do país e o Museu que exibiu as fotografias, assim como o seu diretor, foi processado por obscenidade. O júri, no entanto, absolveu o Museu e o diretor, pois entendeu que a exposição tinha forte valor estético e até mesmo político na medida em que escancarava a marginalidade em que viviam os grupos homossexuais nos Estados Unidos na época.¹⁷¹

Tal exemplo serve perfeitamente para demonstrar como deve o administrador público se portar diante do desafio de alocar recursos no discurso que está sendo silenciado. Até hoje o preconceito para com os homossexuais é evidente. Essa minoria precisa lutar diariamente por direitos civis básicos e, especialmente, por aceitação na sociedade. O discurso em defesa dos homossexuais até tem uma certa participação na mídia, mas, em geral, eles são retratados de forma estereotipada e preconceituosa¹⁷².

Quando, então, o Estado tem a oportunidade de mostrar o discurso dos homossexuais produzidos por eles mesmos, sem a espetacularização dada pela mídia, é importante que ele o faça, para tentar mostrar todos os lados da história e, nos termos de Jeremy Waldron, evitar que esse grupo tenha sua posição social, sua dignidade ferida.¹⁷³

¹⁷⁰ “National Endowment for the Arts”.

¹⁷¹ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 69-72.

¹⁷² Por exemplo, é bastante comum a existência de personagens homossexuais nos programas de televisão. Porém, a maneira com que eles são retratados normalmente é bastante pejorativa e apenas serve para reforçar no imaginário popular os preconceitos já tão assentados.

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

O exemplo perfeito do Estado promovendo o discurso sobre a realidade homossexual foi o kit anti-homofobia produzido pelo governo federal. O kit tinha o intuito de ser distribuído nas escolas públicas do país e objetivava diminuir o preconceito em relação à homossexualidade. O governo federal entendeu a demanda para diminuição da marginalização desse grupo e resolveu agir ativamente para dar o ponto de vista contrário ao normalmente difundido na sociedade.

Infelizmente, o kit foi pejorativamente apelidado de kit-gay e não chegou a ser distribuído, pois a bancada evangélica do Congresso Nacional entendeu que ele era uma afronta aos valores da nação. Nesse caso, o esforço do governo em fomentar o discurso marginalizado foi barrado por entendimentos religiosos dentro do estado laico.

É claro que no momento em que o Estado escolhe um determinado discurso para fomentar, os demais são restringidos. Sempre haverá mais de um candidato ao financiamento do governo, mas, como os recursos são limitados¹⁷⁴, o administrador deverá escolher apenas um deles e silenciar os demais.

No entanto, quando essa escolha se pauta no interesse público e no fomento democrático, o Estado está apenas agindo dentro dos seus limites. Não há nenhum abuso de poder por parte do administrador quando ele escolhe fomentar determinado discurso que precisa ganhar maior visibilidade social em detrimento de outro ao qual o mercado já garante visibilidade.

O Estado tem a obrigação de “garantir a integralidade e a riqueza do debate público”¹⁷⁵, portanto quando ele apresenta os dois lados de uma história, mesmo que alocando apenas um deles e deixando o outro a cargo da iniciativa privada, “isto não deveria ser visto como uma quebra do dever de imparcialidade do Estado”¹⁷⁶. O Estado tem um dever primordial para com o desenvolvimento democrático e, sob este pilar, encontra legitimidade para escolher entre os diversos discursos qual deles precisa mais de fomento.

Owen Fiss dá dois critérios que podem ajudar o administrador na hora de fazer a escolha discricionária sobre qual discurso alocar. Primeiramente ele aponta o

¹⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

¹⁷⁵ FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 86.

¹⁷⁶ Idem, *Ibidem*. p. 86.

relativo grau de exclusão do discurso. Algumas ideias, por mais progressistas que sejam, tem maior visibilidade social. Nesses casos o administrador deve optar por aquela que tem menos visibilidade para que se possa manter a integralidade das opiniões acessíveis ao público.¹⁷⁷

Em segundo lugar o autor ressalta a importância de verificar a necessidade de financiamento. Ou seja, se é mesmo necessário que o dinheiro público seja gasto com essa intervenção. Se o mercado estiver suprindo a demanda de promover o discurso, o Estado não precisa investir recursos neste ponto de vista.¹⁷⁸

Juntando os dois critérios o autor destaca que hoje, talvez, o governo escolhesse por não financiar a exposição de Maplethorne. A realidade homossexual já foi bastante mostrada pela iniciativa privada, através, por exemplo, do cinema no filme *Filadélfia*. Sendo assim, hoje talvez fosse mais importante escolher um outro discurso que precise de maior visibilidade política e o mercado ainda não se dispôs a promover.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Idem, Ibidem. p. 89.

¹⁷⁸ Idem, Ibidem. p. 89.

¹⁷⁹ Idem, Ibidem. p. 89.

CONCLUSÃO

Os direitos de liberdade como um todo, não podem mais ser definidos como direitos de prestação negativa por parte do Estado. Apesar da abstenção estatal ainda representar uma faceta muito importante destes direitos, caracterizá-los como de primeira geração, ou seja, como aqueles que não precisam de atuação positiva do Estado não é suficiente.

Todos os direitos são formados por feixes de posições jusfundamentais entre as quais temos eficácias positivas e negativas. Os direitos de liberdade, portanto, são dotados de eficácia positiva que exige a atuação estatal direta seja no sentido de protegê-los, restringi-los ou fomentá-los.

Em relação à liberdade de expressão especificamente, a situação não é diferente. Ela, para além da vedação de qualquer tipo de censura, necessita de atuação positiva do Estado para que desenvolva todas as suas potencialidades. O Estado deve agir tanto no sentido de restringi-la quando no sentido de promovê-la.

Este direito fundamental serve a um propósito especial na sociedade, que é a promoção do debate democrático tão característico da democracia deliberativa. Sendo assim, é indispensável que ele seja promovido e regulamentado, sendo que o Estado é o responsável por cumprir estas duas funções.

No que se refere ao tratamento normativo que o Estado brasileiro já dá à liberdade de expressão, pode-se dizer que, para além das previsões constitucionais que elevam o direito à categoria de fundamental, a legislação infraconstitucional trata bastante deste direito, porém, de forma ineficaz. Apesar das inúmeras leis que se dedicam à regulamentar as diversas manifestações da liberdade de expressão, muitas delas são anacrônicas ou simplesmente incompletas, não servindo para garantir a plena efetividade do direito. Tanto no que tange a regulamentação, quanto no diz respeito à promoção da liberdade de expressão, as leis vigentes são insuficientes.

A liberdade de expressão é um direito complexo, ou seja, pode ser dividida em várias facetas diversas, cada uma representando uma parte igualmente importante do direito maior. Em primeiro lugar, cabe analisar a liberdade de crença e a de pensamento. Essas duas primeiras manifestações são as mais

personalíssimas, as que formam a identidade pessoal do sujeito e, por isso, merecem especial atenção.

Essas facetas da liberdade de expressão podem ser divididas em duas manifestações. Em primeiro lugar há a crença, que é aquilo que o sujeito intimamente crê ou pensa. Em segundo lugar existe a chamada conduta, ou seja, a forma como o indivíduo exterioriza sua religião ou suas convicções. No que diz respeito à relação entre o particular e o Estado, a crença é a parte absoluta do direito. Não cabe ao ente estatal interferir naquilo que crê ou pensa o cidadão. Não interessam ao Estado quais são as convicções mais íntimas dos indivíduos, cabendo a ele apenas tolerar qualquer crença ou pensamento.

Em relação à conduta, a situação é um pouco mais complexa. Alguns autores acreditam que esta manifestação também é absoluta e não cabe ao Estado interferir na forma como os sujeitos exteriorizam seus pensamentos ou crenças. No entanto, este trabalho concorda mais com visão dos teóricos adeptos do corrente instrumental da liberdade de expressão, que defendem que a conduta pode sim ser coibida pelo Estado. Quando a exteriorização da religião ou de pensamentos entra em conflito com outros direitos fundamentais, como a honra, a vida, a intimidade, entre outros, o Estado, seja através da edição de leis ou através de decisões judiciais e da hermenêutica jurídica, pode legitimamente proibi-la.

A segunda faceta da liberdade de expressão analisada é formada pelos direitos de opinião e de informação. Evidentemente, uma das manifestações destes dois direitos diz respeito à impossibilidade de censura, mas eles não se limitam a isto. O problema maior se encontra na relação entre os particulares. Terceiros acabam intervindo no direito à opinião e à informação dos demais sujeitos. Este fenômeno se dá porque os meios de comunicação de massa, em sua maioria, estão sob o controle da iniciativa privada.

Sendo assim, a não ser que a pessoa partilhe das mesmas visões de mundo que o veículo comunicacional, ela não terá espaço para emitir suas opiniões naquele veículo. Como o direito à liberdade de expressão não se limita a discursar para um público restrito, sem efetivamente ser ouvido por uma quantidade significativa de pessoas, a não ser que a pessoa tenha acesso aos meios de comunicação, seu direito fundamental não será plenamente desenvolvido.

Além disso, como os veículos de comunicação são controlados por apenas alguns grupos, nem todas as versões de um mesmo fato são apresentadas ao público. Apenas se veicula aquela versão com a qual o emissor tem mais afinidade. Sendo assim, terceiros acabam privando o particular do seu direito a informação na medida em que ele não tem acesso a todas as visões sobre um mesmo fato.

Nesse sentido, cabe ao Estado à regulamentação dos meios de comunicação para que eles tenham a obrigação legal de apresentar todas as versões de determinado assunto, garantindo assim o direito à informação completa dos demais cidadãos.

A última faceta da liberdade de expressão analisada diz respeito à imprensa. Manter uma imprensa livre é indispensável em uma democracia representativa. Ela tem um papel especial de servir de meio de fiscalização da população em relação ao governo constituído. Sendo assim, por esta importância singular, ela é uma das facetas mais complexas do direito maior de liberdade de expressão.

O principal problema consiste no relacionamento entre imprensa e política. Muitas vezes esta relação pode ser desvirtuada de maneira que haja mistura entre interesses privados e o interesse público, ou até mesmo existindo a prevalência daqueles sobre este. Nestes casos, a democracia é a principal prejudicada.

Para evitar que tais conflitos de interesses prejudiquem o modelo democrático brasileiro, a legislação pátria deveria ser reformada de maneira a torná-la mais eficiente no que tange a regulamentação da relação entre política e imprensa.

Por fim, é importante ressaltar que, como todas essas manifestações compõem a liberdade de expressão, mesmo que elas não tenham previsão expressa na constituição, são também direitos fundamentais, pois são desdobramentos de um direito já consagrado pela Carta Magna.

Partindo-se, então, do pressuposto que é necessária uma revisão da regulamentação dada pelo Estado brasileiro à liberdade de expressão, passa-se a analisar quais são os principais desafios a serem enfrentados pelo legislador pátrio.

Um primeiro problema que merece especial atenção é o fenômeno da concentração midiática. Devido aos chamados monopólios da comunicação, toda a

mídia brasileira se concentra nas mãos de poucos grupos. Sendo assim, o espaço para a veiculação de opiniões contrárias a estes grupos é bastante restrito.

O que se escuta são apenas reproduções das mesmas opiniões sendo veiculadas em diferentes meios de comunicação. A principal vítima deste fenômeno é a democracia, pois ela pressupõe uma pluralidade de discursos. Não há participação de todos os interessados na *res publica*, o que afeta diretamente o processo democrático.

Outro problema dos monopólios é que, apesar de prestados por empresas privadas que visam o lucro, na verdade, no que tange aos serviços de transmissão audiovisual, tratam-se de concessionárias de serviços públicos. Sendo assim, o serviço não pode ser feito de forma leviana, privilegiando determinados interesses privados em detrimento do interesse público. Por se tratar de concessão de serviço de competência privativa da União, as emissoras devem se comportar de acordo com o melhor interesse público.

Quanto aos limites do discurso, a polêmica é ainda maior. Os teóricos alinhados à corrente construtivista entendem que a liberdade de expressão é parte da dignidade da pessoa humana e, portanto, trata-se de um direito praticamente absoluto, não sendo recomendada muita interferência estatal nos discursos proferidos, independentemente do seu conteúdo.

Já os teóricos adeptos da concepção instrumental, que dão especial importância ao discurso político, entendem que a liberdade de expressão é um direito especial, porque através dela é que se forma a opinião pública. Sendo assim, a liberdade de expressão é extremamente importante para a democracia, exigindo especial atenção do Estado.

Nesse sentido é pertinente lembrar o conceito de efeito silenciador do discurso. Trata-se do efeito que o preconceito enraizado na sociedade tem de simplesmente calar as vozes dos grupos vítimas desta desvalorização social. Mesmo quando alguma minoria tem acesso aos meios de comunicação, ela não é levada a sério, não é respeitada como deveria ser. O poderio econômico também pode causar este mesmo efeito, na medida em que o dinheiro pode comprar tanto espaço na mídia que acaba por calar qualquer interesse contrário.

Para resolver esse conflito entre interesses da democracia e a liberdade de expressão, pode ser utilizado o critério da igualdade. Assim como a liberdade, a igualdade também é direito fundamental consagrado em nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, quando um discurso, devido ao preconceito ou devido ao poder econômico por trás dele conseguir causar esse efeito de calar as demais vozes, a igualdade pode ser chamada para diminuir o discurso dominante, ou até mesmo calá-lo se for necessário. Cabe ao Estado, então, regulamentar possíveis restrições ao direito de liberdade de expressão, em prol da igualdade. Quando um caso envolvendo esses dois princípios chegar ao Poder Judiciário, cabe ao operador do direito resolver o conflito, utilizando-se das tradicionais técnicas de resolução de *hard cases* de ponderação ou sopesamento.

Por fim, para que a liberdade de expressão seja efetivamente concretizada, é necessário que o Estado atue ativamente na promoção do direito. Como já ressaltado, falar para um número determinado de pessoas sem atingir uma amostra que possa efetivamente dar visibilidade ao discurso não é a completude da liberdade de expressão. Sendo assim, cabe ao Estado garantir acesso à população aos meios de comunicação e promover os discursos que precisam de maior visibilidade social.

No que tange a garantir o acesso da população aos meios de comunicação social, o maior problema é, novamente, a inadequação da legislação. Em relação à participação popular ativa na produção da agenda pública, o Estado brasileiro precisa atualizar o ordenamento jurídico que se tornou anacrônico neste ponto, deixando uma espécie de lacuna quando ao funcionamento das rádios comunitárias e das televisões públicas.

Já em relação à promoção das ideias que não tem visibilidade social em decorrência do efeito silenciador do discurso, de serem originários de minorias pouco representadas ou em função de seu conteúdo vanguardista, cabe ao Estado atuar ativamente para garantir a necessária visualização destes discursos pela sociedade. Nesse sentido, o Estado pode alocar recursos para difundir assuntos que precisam ser vistos e discutidos pela população. A escolha de quais discursos precisam de maior visibilidade é discricionária do administrador público, sendo que ele sempre deve se pautar pelo critério de interesse público.

Por fim, de todo o trabalho desenvolvido, pode-se concluir que a liberdade de expressão ainda não atingiu toda sua potencialidade. Sendo assim, é missão do

Estado não se quedar inerte e atuar ativamente na promoção deste direito fundamental tão importante ao desenvolvimento da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BÍBLIA CATÓLICA.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1 - 24.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M., BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1962.

_____. Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de fevereiro de 1967.

_____. Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de dezembro de 1991.

_____. Lei n. 8.389, de 30 de dezembro de 1991. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1991.

_____. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de julho de 1996.

_____. Lei n. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2002.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de outubro de 1997.

_____. Lei n. 10.176, de 27 de dezembro de 2000. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 de dezembro de 2000.

_____. Lei n. 10.610, de 20 de dezembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2002.

_____. Lei n. 11.652, de 07 de abril de 2008. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 de abril de 2008.

_____. Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 de setembro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da “Liberdade de informação jornalística.” Expressão sinônima de liberdade de imprensa. A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa

como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa q que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Procedência da ação. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Partido Democrático Trabalhista, Presidente da República, Congresso Nacional, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais e Associação Brasileira de Imprensa. Relator: Ministro Carlos Britto. DJe nº 208. Publicação 06 de novembro de 2009.

BUCCI, Eugênio. Mídia privado, mídia pública e intervenções do Estado brasileiro: distinções conceituais. In: MEDINA, Cremilda (Org.). **Liberdade de expressão, direito à informação nas sociedades latino-americanas**. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2010. p. 135 – 143.

CALASSO, LÚCIA. Marta fica irritada com pergunta de Jô Soares sobre roupa íntima. **Folha Online**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u11201.shtml>>. Acesso em 02/11/2012.

CALDAS, Graça. 1998. Políticas de Comunicação no Brasil: de Sarney a FHC. **Ensaio e Comunicação**. Campo Grande: Uniderp, v.1, n. I, p. 39-48, abril.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 278.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

_____. O Direito de Ridicularizar. **The New York Review of Books**, New York, v. 53, n. 5, 23 de março de 2006. Disponível em: <<http://criticanarede.com/ed116x.html>>. Acesso em: 19/10/2012.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Building a Free Press. **Yale Journal of International Law**, New Heaven, v.20, n.1, p. 187-202, 1995.

FÓRUM NACIONAL DAS TVs PÚBLICAS, n. 1, 2007, Brasília. **Manifesto pela Tv Pública, Independente e Democrática**.

FRANCE. Legifrance. Le service public de la diffusion du droit. Les textes législatifs et réglementaires. **Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics**. Paris. **Parlement Français, 2004**.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O Direito Difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. **Cadernos Jurídicos**. Curitiba, n. 17, p. 3-6, 2011.

LIEDTKE, Paulo Fernando. Políticas públicas de comunicação e o controle da mídia no Brasil. **Revista eletrônica de pós-graduandos em Sociologia Política da UFSC**, Florianópolis. v. 1, n. 1, p. 39-69, 2003.

LLORENS, C. Quaderns del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, 2003. In: **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

LOPES, Clementino. **O raio do absurdo: radio comunitária a cada quilômetro**. Disponível em: <http://www.fndc.org.br/internas.php?p=noticias&cont_key=717721>. Acesso em 07/11/2012.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão - Dimensões Constitucionais na Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

_____. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTINEZ, Angela. *Apud* SHUR, Henning. Introdução. **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

NUZZI, Erasmo. 1995. **O controle da mídia no Brasil e no mundo**. Documentos Abecom, Associação Brasileira das Escolas de Comunicação.

OLIVEIRA, Paola Lins. **O caso das charges de Maomé e o debate público europeu sobre as relações entre "islamismo" e "ocidente"** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872009000100013>. Acesso em: 19/10/2012.

ORTIZ, Pedro. Dilemas e desafios da televisão pública na América Latina. In: MEDINA, Cremilda (Org.). **Liberdade de expressão, direito à informação nas sociedades latino-americanas**. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2010. p. 75 – 92.

RODRIGUES, Cíntia Luzardo. Principais aspectos do neorrepublicanismo de Philip Pettip. **Pensamento Plural**, Pelotas. n. 6, p. 35-56, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática de Direito Público no Brasil** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217 – 258.

SHUR, Henning. Introdução. **CADERNOS ADENAUER VIII – A Mídia entre Regulamentação e Concentração**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SUSTEIN, Cass R. **Republic.com**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

TURPIN, Dominique. **Les Libertés Publiques**. Paris: Dunod, 1995

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution. **United States Constitution**. Philadelphia, Pennsylvania: Philadelphia Convention, 1787.

_____. Second Continental Congress. **Declaration of Independence**. 4 de julho de 1776.

_____. The Patient Protection and Affordable Care Act. H. R. 3590. **Speaker of the House of Representatives**. 05.01.2010.

WALDRON, Jeremy. **Challenges to Multiculturalism: A Conference on Migration, Citizenship and Free Speech**. Oslo, 25-26 de junho de 2012. Conferência proferida em evento organizado pela New York Review of Book Foundation e pela Norwegian Foundation Fritt Ord. Disponível online em: <http://abcdemocracy.net/2012/07/06/ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=ronald-dworkin-and-jeremy-waldron-on-hate-speech>. Acesso em: 23/10/2012.

_____. **The Warm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.