

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIEGO MOTTA RAMOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: MEIOS
DE COMUNICAÇÃO DE MASSA E REGULAÇÃO.

CURITIBA
2013

DIEGO MOTTA RAMOS

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:
MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA E REGULAÇÃO.**

Trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Estado, ao Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri.

**CURITIBA
2013**

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo propósito debaixo do céu: Há tempo de nascer e tempo de morrer; tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou; tempo de matar e tempo de curar; tempo de derribar e tempo de edificar; tempo de chorar e tempo de rir; tempo de prantear e tempo de saltar de alegria; tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar e tempo de afastar-se de abraçar; tempo de buscar e tempo de perder; tempo de guardar e tempo de deitar fora; tempo de rasgar e tempo de coser; tempo de estar calado e tempo de falar; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz.

Eclesiastes 3.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus pela vida e pela oportunidade de finalizar mais uma etapa da vida.

À minha família e à Giovana pelo apoio, paciência e compreensão nas diversas fases da graduação.

À Professora Vera Karam de Chueiri, responsável pelo que há de bom neste trabalho.

Aos colegas de graduação, pela amizade, discussões e companheirismo.

RESUMO

A monografia trata da liberdade de expressão no contexto do constitucionalismo e democracia contemporâneos. Discute alguns dos conflitos entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Ainda, analisa a liberdade de expressão na sua relação com o debate público e com a democracia, bem como discute o papel do Estado na regulação e na execução de políticas de comunicação e informação. Por fim, o trabalho se volta para os problemas relacionados ao exercício do direito ao protesto e as reações do Estado na limitação do primeiro direito.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Meios de comunicação de massa. Regulação. Protesto.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. ESTADO MODERNO E CONSTITUIÇÃO: A TEIA NA QUAL SE TECE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	9
2.1 A REVOLUÇÃO DE 1789 E DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS	9
2.2 OS FEDERALISTAS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS	14
2.3 ESTADO SOCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO DE PRESTAÇÃO.....	16
3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE	19
3.1 O DIREITO À HONRA.....	20
3.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONTROLE DE CONTEÚDO NO CINEMA.....	26
3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE	33
3.3.1 O Argumento do Local Público	35
3.3.2 O Argumento da Pessoa Notória	40
3.3.3 As Biografias Não Autorizadas	43
4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA	49
4.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA: ENTRE A PROPRIEDADE E A PLURALIDADE	56
4.2 DUAS CONCEPÇÕES E DUAS FACES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	66
4.3 DIREITO AO PROTESTO	73
4.3.1 O Especial Valor do Direito ao Protesto	75
4.3.2 Excesso, Direito de Resistência e o Papel do Estado.	77
4.3.3 Restrições ao Protesto: A Doutrina do Foro Público e as Restrições de Tempo, Lugar e Modo.....	79
5. CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo e a democracia estão em pauta desde o surgimento do Estado Moderno, em uma relação nem sempre linear com maíus ou menos constituição e autogoverno do povo. O direito à liberdade de expressão também não é assunto novo e desde as primeiras cartas e declarações modernas se coloca como fundamental para o cidadão e para a comunidade. O que torna interessante a relação entre constitucionalismo, democracia e liberdade de expressão diz respeito às demandas contemporâneas que revigoram o debate teórico e clamam por novas práticas.

Assim, com os olhos na realidade, a monografia discutirá alguns dos conflitos existentes entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Para a consecução dessa finalidade, o trabalho apontará os principais problemas teóricos que envolvem a liberdade de expressão em cotejo com as dificuldades práticas enfrentadas pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, este trabalho não pretende esgotar as discussões teóricas sobre a liberdade de expressão, tampouco cogita oferecer uma visão apurada do tratamento jurisprudencial brasileiro sobre o tema. A pesquisa apresentará a liberdade de expressão e seus conflitos a partir de considerações normativas e fáticas, apresentando de um lado algumas das principais discussões teóricas sobre o tema e do outro as dificuldades práticas enfrentadas pelos tribunais.

Em um primeiro momento discorrerei resumidamente sobre o desenvolvimento do constitucionalismo francês e norte-americano, a supremacia da constituição e a passagem do Estado liberal para o Estado social a fim de tornar visíveis as bases sobre as quais a liberdade de expressão é inicialmente desenvolvida. Após essa primeira digressão, o trabalho se voltará para os conflitos que envolvem a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Nessa etapa do trabalho discutiremos as controvérsias que envolvem o direito à honra, o controle de conteúdo no cinema e a privacidade. Lançaremos olhares sobre

as discussões que envolvem as biografias não autorizadas, os direitos da personalidade da pessoa notória, o mito do local público e o controle de conteúdo no cinema.

Após os apontamentos sobre os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, o trabalho se voltará para a íntima relação existente entre a liberdade de expressão e a democracia. Nessa fase do trabalho discutiremos questões de relevância democrática, como os problemas que envolvem o discurso de incitação ao ódio, a pornografia, o gasto com campanhas políticas, a promoção da pluralidade de vozes e o papel do Estado na regulação do discurso. Ao final, serão analisados os conflitos acerca do direito ao protesto, a sua relação com a democracia e com os grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

2. ESTADO MODERNO E CONSTITUIÇÃO: A TEIA NA QUAL SE TECE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Não há como falar em liberdade sem ter em vista a constituição do Estado moderno e as diversas fases desse processo. Essa digressão inicial é imprescindível para a compreensão e análise da liberdade de expressão e que repercutirá de pronto no seu exercício e efetivação, do ponto de vista dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais (BONAVIDES, 1993, p. 27).

Assim, tendo em vista que não é a pretensão deste trabalho tecer minuciosas considerações sobre o surgimento do Estado Moderno, o ponto de partida para a análise do desenvolvimento do Estado será a Revolução Francesa, que, nas palavras de Carlos Guilherme Mota, foi a consequência do colapso de todo um complexo feudal – entendido amplamente como o conjunto de instituições econômico-sociais e jurídico-políticas baseadas numa forma particular de propriedade, em que se utilizava a servidão e o pagamento de direitos feudais e senhoriais. Os próprios juristas da Constituinte denominavam tal sistema de *complexum feudale*, referindo-se, sobretudo, à sujeição privada de um indivíduo a outro (MOTA, 2007, p.1). Também, serão feitas algumas considerações a partir das discussões dos federalistas e da revolução ou independência dos Estados Unidos.

2.1 A REVOLUÇÃO DE 1789 E DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS

Em 1788, a burguesia enriquecida (14 % da população francesa) já não se contentava com os ranços do decadente sistema feudal, caracterizada pelos privilégios do clero e da nobreza (1% da população francesa). Ao mesmo tempo, o terceiro estado, composto pela burguesia e pela grande massa camponesa (85 % da

população francesa), eram os mais afetados pelas más colheitas, elevação dos preços e os pesados impostos. Tudo prenunciava o colapso do sistema feudal (MOTA, 2007, p. 5).

A burguesia formulou os substratos ideológicos e filosóficos de sua revolta e, desta forma, cuidou de generalizá-los como ideal comum a todo o terceiro estado. Em 1789 o colapso do sistema feudal culmina na Revolução Francesa, da qual saiu vitoriosa a burguesia, que proclamou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Do conflito entre liberdade individual e absolutismo do monarca nasce o Estado de Direito, caracterizado, principalmente, pela submissão do Estado à lei, pelo formalismo, pela desconfiança de um poder judiciário historicamente aliado à nobreza e ao clero, enfim, surge o Estado guarda-noturno, guardião das liberdades individuais.

Para além da ruptura com o Antigo Regime, os revolucionários, inspirados nos ideais de liberdade, igualdade e, posteriormente, fraternidade, declararam ao mundo os direitos do homem, os quais julgavam inerentes a todos os povos, em todos os tempos. Não obstante a ruptura com o Antigo Regime, a realidade francesa não correspondeu aos eloquentes discursos revolucionários, nas palavras de Fábio Konder Comparato (1999, p. 114):

A grande diferença é que a Revolução Francesa, desde logo, apresentou-se não como a sucessora de um regime que desaparecia por morte natural, mas como a destruidora voluntária do regime antigo por morte violenta. E essa violência, doravante ligada quase que indissolúvelmente à ideia de revolução, representou, sob muitos aspectos, ao longo da história, a negação dos direitos humanos e da soberania popular, em cujo nome se abriu o movimento revolucionário.

Para esse resultado negativo muito contribuiu o racionalismo abstrato dos grandes líderes revolucionários de 1789. Muitos deles estavam, sinceramente, mais preocupados em defender a pureza das ideias do que a dignidade concreta da pessoa humana.

O Estado de direito no constitucionalismo francês foi concebido como uma ordem jurídica hierárquica, na qual a *Déclaration* de 1789 encontrava-se no vértice da pirâmide, além de ser concebida como supra e pré-constitucional. Nessa medida, a Constituição estava abaixo da Declaração, enquanto que a lei ocupava o terceiro lugar na pirâmide, logo abaixo da Constituição. Essa organização se justificava na medida

em que a hierarquia de normas representava oposição ao Estado de Polícia (CANOTILHO, 2003, p. 95).

Ainda que a lei fosse hierarquicamente inferior à Constituição, a doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa acabou por transformar o Estado constitucional francês em um Estado legal. O parlamento, composto por representantes do povo, reinava absoluto, sendo inadmissível que seus atos fossem controlados por qualquer outro poder, inclusive pela Constituição.

As leis do parlamento não podiam ser controladas, fato que suplantou a supremacia da constituição. Não é por outro motivo que Canotilho reafirma que “*a bondade do constitucionalismo francês quanto à ideia de sujeição do poder ao direito radica mais na substância das suas ideias do que na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática*” (CANOTILHO, 2003, p. 96), terminando por afirmar que o constitucionalismo francês pode ser definido como um *constitucionalismo sem Constituição* (CANOTILHO, 2003, p. 96). Ao tratar do assunto, Paulo Gustavo Gonet BRANCO explica que “na Europa, os movimentos liberais, a partir do século XVIII, enfatizaram o princípio da supremacia da lei e do parlamento, o que terminou por deixar ensombrecido o prestígio da Constituição como norma vinculante” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 215)

Os revolucionários burgueses e o Estado por eles consolidado, se limitavam a proclamar os belos e poéticos direitos do homem, sem que o discurso se transformasse em ações práticas para a promoção da igualdade e da liberdade. Essa inércia, todavia, pode ser razoavelmente explicada: em razão das memórias do Antigo Regime, fortemente caracterizado por privilégios de classe, parecia inadmissível que o Estado dispensasse tratamento específico a grupos de indivíduos, ainda que unidos por determinadas características que os desigualassem dos demais. O tratamento *desigual na medida das desigualdades*, aceito pelos atuais estudiosos do direito, era inadmissível para os revolucionários burgueses, que carregavam os traumas decorrentes dos injustos privilégios concedidos pelo Monarca ao clero e à nobreza às expensas da burguesia.

Para o direito do Estado Liberal Burguês todo indivíduo, abstratamente considerado, era livre porque era igual, e era igual porque era livre. Dessa constatação decorre o entendimento segundo o qual a intervenção do Estado para tutelar

distintamente determinados indivíduos ou grupos, ainda que estes se encontrem em situação material de desigualdade, implica um arbítrio ofensivo à igualdade, a instituição de um privilégio vedado por um Estado cujos valores supremos eram a igualdade e a liberdade. Daí falar-se que a igualdade propagada pelos revolucionários era formal, em outras palavras, não considerava as peculiaridades fáticas que desigualam determinados grupos ou indivíduos.

A igualdade formal, conquanto tenha representado um avanço em relação ao sistema de privilégios injustificáveis do Antigo Regime, contribuiu para a manutenção e reprodução das desigualdades materiais na sociedade. Embora amplamente criticada, a concepção formal de igualdade, em um primeiro momento, deve ser compreendida sob a perspectiva de um processo de negação, excessivo reconhecemos, de séculos de abusos e privilégios por parte do Monarca, do clero e da nobreza.

Do sistema feudal e da divisão em estamentos, sucedia o fato de que quase a integralidade da vida do indivíduo era determinada pelo nascimento, ao qual todos estavam amarrados. O sistema feudal, na desigualdade dos estamentos, em certa medida se sustentava em razão do compartilhamento de uma eticidade única. No sistema feudal todos os domínios da vida social encontravam-se referidos a um conjunto de valores religiosos ou míticos que davam sentido a cada uma das ações individuais e coletivas e que eram compartilhados por todos os membros da comunidade. Portanto, havia uma quase coincidência entre unidade espiritual e unidade política. Esta visão de mundo compartilhada legitimava a maneira de organizar a vida em sociedade e, como tal, era incontestável (NOBRE; TERRA, 2008, p.16).

Por óbvio que qualquer manifestação individual incompatível com a visão de mundo por todos, ou quase todos, compartilhada, era severamente combatida. O declínio do sistema feudal, portanto, se iniciou quando o dissenso no interior da comunidade deixou de ser eventual para tornar-se a regra (NOBRE; TERRA, 2008, p.17).

Em virtude dos séculos de opressão do monarca, o terceiro estado, no momento em que se insurgiu contra as arbitrariedades do soberano, compartilhava extensa memória do potencial lesivo da ingerência do soberano nas relações

privadas. A conclusão não poderia ser diferente: a abolição da intervenção estatal na esfera privada.

O Estado liberal burguês se consolida a partir de um processo de demolição dos mitos do Antigo Regime para a construção dos mitos da modernidade¹ (GROSSI, 2007, p. 49/50). A orgulhosa revolução e o modelo de Estado que a sucedeu foi tão eficaz em demolir mitos quanto em criá-los. Caiu por terra o mito da natureza divina do monarca, da Igreja incontestável e da divisão em estamentos², em seu lugar construiu-se os mitos da liberdade, da igualdade indiferente à realidade e da autonomia da vontade como os grandes pilares de uma civilização iluminada, capaz de romper com os grilhões de opressão do Soberano e iniciar uma nova era de liberdade, igualdade e fraternidade.

Assim, o Estado liberal, com a consolidação dos ideais iluministas e racionalistas, resgata a distinção entre o público e o privado, estabelecendo uma dualidade de sistemas: o do código civil para as relações privadas e a Constituição para a limitação do poder do Estado. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2011, p. 87):

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da *opinião pública*, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público, sem comprometimento do espaço privado. De forma esquemática, a Constituição, de um lado, e o código Civil Napoleônico, de outro, expressaram esse ideal de equilíbrio entre espaços público e privado. Configurou-se a dualidade Estado/sociedade civil, sob cujo rótulo genérico se abrigaram a distinção entre as relações de poder, as relações individuais e os mecanismos de proteção dos indivíduos em face do Estado.

¹ “Na consciência comum, de fato, o apelo ao moderno evoca um tempo percorrido e dominado pelo vitorioso dismantelamento de antigas mitificações sedimentadas e enraizadas no costume graças a duas conquistas do progresso humano: a secularização e a posse de evidentes verdades científicas. Tendo sido finalmente exilada em um cantinho apartado a velha produtora de fábulas, a Igreja Romana, torna-se grande o orgulho de poder olhar o mundo com olhos incorrompidos, capazes de ler as verdades imanentes, verdades não reveladas (e, portanto, não demonstradas), ou melhor, descobertas na sólida e concretíssima natureza das coisas.

Mesmo se o historiador libera o seu olhar de vícios apologéticos, essa civilização, que tem a teimosa pretensão de propor-se como desconsagradora e demolidora de mitos, mostra ser uma formidável construtora deles.” (GROSSI, 2007, P. 49/50)

² Segundo a máxima de que uns nasceram para rezar, outros para guerrear e, ainda, outros para trabalhar.

Não obstante o desenvolvimento da dualidade Estado/sociedade e Constituição/Código Civil do contexto francês, tanto o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 quanto os principais teóricos do constitucionalismo expressavam que a Constituição é constituição da sociedade, em outras palavras, a constituição era um *corpo jurídico* de regras aplicáveis ao *corpo social*, e não apenas ao Estado (CANOTILHO, 2003, p. 88).

Diante dessa constatação, CANOTILHO traz algumas razões para explicar os motivos pelos quais, a partir do século XIX, a Constituição, em especial na experiência francesa, passou a ter como referência o Estado e não a sociedade, são eles: (i) a evolução semântica do conceito, posto que no processo constituinte francês passou-se a entender que a Constituição “constituía” o “*Estado-Nação*” dos franceses; (ii) a progressiva estruturação do Estado liberal a partir da separação Estado-Sociedade, de modo que as constituições e os códigos administrativos diziam respeito à organização dos poderes do Estado, enquanto os códigos civis e comerciais respondiam às necessidades jurídicas da sociedade.

Durante o século XIX houve a expansão do liberalismo³ e a manutenção das Constituições, porém, sem proteção efetiva e sem supremacia, como diploma de menor valor na experiência francesa. As questões acerca da proteção da Constituição apenas são retomadas com a crise do Estado liberal do final do século XIX e início do século XX (BRANCO, 2009, p. 224). Já, na experiência norte-americana, a constituição gozava desde o início de supremacia.

2.2 OS FEDERALISTAS E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

Diferentemente da experiência francesa, a constituição norte-americana gozava desde o início de supremacia. Enquanto os franceses rejeitavam a supremacia

³ A referência ao liberalismo neste trabalho diz respeito ao seu aspecto político.

da constituição por entender que limitar constitucionalmente a atuação do legislativo equivale à limitação do próprio povo, os Federalistas admitiam que a adoção de uma democracia representativa exige a consideração de que, em algumas situações, pode ocorrer que a atuação dos representantes não esteja afinada com a vontade do povo.

A perspectiva diferenciada dos Federalistas pode ser explicada por uma razão histórica. A Revolução Francesa combateu os abusos do monarca, que tinha os Juízes como aliado. No contexto francês, o inimigo era o monarca e os juizes eram vistos com desconfiança.

De outro modo, na independência dos Estados Unidos o abuso tinha origem no parlamento inglês, o que contribuiu para a constatação de que o parlamento também pode ser fonte de abusos. Não é por outro motivo que Madison, ao citar Jefferson, concorda que “cento e sessenta e três déspotas serão certamente tão tirânicos quanto um único” (MADISON, 1984, p. 403).

Ao tratar da relação entre o Poder Legislativo, a Constituição e o Poder Judiciário, Hamilton atribui a este o “papel de um órgão intermediário entre o povo e o Legislativo” (HAMILTON, 1984, p. 578), cuja função, dentre outras, é a de manter o Legislativo dentro dos limites fixados pela Constituição, podendo, inclusive, declarar nulos determinados atos do Poder Legislativo.

A Constituição carrega na sua essência a limitação do poder, inclusive do Poder Legislativo. Isso se fundamenta a partir da concepção de que a Constituição, e não o Legislativo, é a voz primeira do povo. Nesse sentido, qualquer atuação legislativa que contraria a Constituição deve ser declarada nula pelo Judiciário. Nas palavras de Hamilton (1984, p. 577), as cortes de justiça têm “o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis”.

Apesar de reconhecer o papel do Poder Judiciário na declaração de nulidade dos atos do Legislativo, Hamilton (1984, p. 576) sustenta que o Judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três poderes. Isso porque o Executivo detém a espada, o Legislativo prescreve as normas que estabelecem direitos e deveres para os cidadãos, o Judiciário, de outro modo, não tem influência sobre a espada, não participa da força nem da riqueza da sociedade, tampouco toma resoluções de qualquer natureza. Para Hamilton (1984, p. 576), o Poder Judiciário “não tem ‘força’

nem 'poderio', limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos”.

O argumento segundo o qual a prerrogativa do Judiciário de declarar a nulidade dos atos dos demais poderes impõe a supremacia daquele sobre estes, carece de sentido ao considerar que não há nada mais natural do que a declarar nulo o ato de uma autoridade delegada (legislativa ou executiva) que não seja coerente com as determinações de quem delegou essa autoridade (HAMILTON, 1984, p. 577). A prerrogativa que detém o Judiciário de declarar nulos os atos incompatíveis com a Constituição se fundamenta na força e supremacia desta, enquanto expressão da vontade primeira do povo, e não na superioridade do Poder Judiciário. Nesse sentido, afirma Hamilton (1984, p. 578) que “negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo”.

A ideia de supremacia da Constituição, desde o início defendida pelos federalistas, não ficou restrita aos Estados Unidos, ao contrário, se disseminou pelas democracias constitucionais, e encontrou no século XX terreno fértil para se consolidar.

2.3 ESTADO SOCIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO DE PRESTAÇÃO

No século XX, sobretudo após a primeira grande guerra, se consolida a ideia de supremacia da Constituição. Isso reflete, por exemplo, no rico debate entre Carl Schmitt (1983) e Hans Kelsen (1931) a respeito dos instrumentos de proteção da Constituição. Apesar da controvérsia acerca de quem deveria defender a Constituição, e da própria concepção de Constituição, o fato é que ambos concordavam com a sua supremacia e quanto à necessidade de defendê-la.

Dessa forma, resumidamente, tem-se a passagem da supremacia do parlamento para a supremacia da Constituição. A partir de então, torna-se intolerável a produção de normas contrárias à Constituição, posto que isso seria o mesmo que usurpar a competência do poder constituinte, reconhecido como a voz primeira do povo.

Com a supremacia da Constituição e com o modelo adotado em Weimar (1919) e no México (1917), ocorre uma mudança de foco do Estado, tipicamente liberal, para o denominado Estado Social. Isto porque constatou-se que a omissão estatal não dava conta de concretizar adequadamente os direitos fundamentais, especialmente os que não eram de defesa, admitindo-se uma progressiva abertura à intervenção do Estado nas relações privadas (BARROSO, 2011, p. 88).

O Estado deixa ser visto como o inimigo natural das liberdades, para se consagrar em instrumento para a concretização de direitos, realização de justiça social e prestação de serviços públicos. Nessa medida, o Estado de bem-estar social (*welfare state*) rompe com o equilíbrio liberal entre o público e o privado (BARROSO, 2011, p. 89).

Destacam-se os direitos fundamentais prestacionais, cujas finalidades apontam para a realização material da igualdade e da liberdade a partir de ações positivas do Estado. Conquanto permaneçam válidos os direitos de defesa, que instituem um dever de abstenção estatal, o reconhecimento da insuficiência da omissão estatal para a realização de direitos impõe que o Estado atue positivamente na correção de desigualdades materiais.

Poderes privados, que podem ser tão “perigosos” quanto o próprio Estado no sentido de restringir a liberdade de expressão, devem se submeter à Constituição. Diante dessa constatação, é retomada a ideia de que a Constituição não conforma e limita apenas o poder do Estado, mas constitui instrumento de combate a todo exercício abusivo de poder, independentemente de sua origem, pública ou privada. A Constituição passa a ser a garantia de todo cidadão em face dos abusos estatais ou privados.

Não obstante as profundas alterações no que se refere à força normativa da Constituição e à admissão da intervenção estatal na realização de direitos, a liberdade de expressão parece ter resistido à passagem do Estado liberal ao Estado social, de

modo que ainda hoje há quem interprete a liberdade de expressão como um direito exclusivamente de defesa, admitindo como abusiva qualquer intervenção estatal nessa esfera.

Também quanto à liberdade de expressão a crença de que a abstenção é suficiente para concretizar direitos deve ser superada, de modo a admitir que nem toda regulação estatal da expressão implica, necessariamente, em ofensa à Constituição, pois, como bem ressaltou Owen FISS (1999, p. 110) o Estado “*pode ser tanto un amigo como un enemigo de la libertad de expresión; que puede hacer cosas terribles para socavar la democracia, pero también cosas maravillosas para fomentarla*”⁴.

Assim, necessário estabelecer algumas premissas que nortearão a compreensão das ideias que serão posteriormente apresentadas, são elas: (i) liberdade e igualdade são ambos essenciais um para o outro, de modo que problemas atinentes à liberdade de expressão por vezes se manifestam como questões de igualdade; (ii) a regulação da liberdade de expressão não é, a priori, inconstitucional; (iii) é possível identificar em cada exercício da liberdade de expressão uma face predominantemente pública ou predominantemente privada, sendo que tal distinção é relevante para escolha das formas de restrição (se lícita) que se legitimam em cada caso.

No próximo item discutirei a liberdade de expressão na sua relação com o direito civil, em particular com os direitos da personalidade. Não é possível sustentar a existência de divisões estanques entre os diversos ramos do direito, especialmente se considerarmos a irradiação das normas constitucionais sobre toda a legislação infraconstitucional.

O tratamento constitucional de diversos assuntos tradicionalmente disciplinados por outros ramos do direito, característica marcante das constituições analíticas como a nossa, contribui para a redução das fronteiras entre os estudos nos campos do direito civil e do direito constitucional. Se faz necessária a permanente releitura do direito civil à luz da Constituição.

⁴ Pode ser tanto um amigo como um inimigo da liberdade de expressão; que pode fazer coisas terríveis para minar a democracia, mas também coisas maravilhosas para fomentá-la. (tradução nossa)

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Antes de apresentar as colisões envolvendo a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, se faz necessário afastar de uma vez por todas o equívoco no qual incorre o artigo 20, do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a *divulgação de escritos*, a *transmissão da palavra*, ou a *publicação*, a *exposição* ou a *utilização da imagem de uma pessoa* poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, **se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.** (Grifo nosso)

Em um primeiro momento, a partir da leitura do artigo 20, é possível concluir que a proibição da publicação de determinada obra, imagem ou escrito apenas se legitima nos casos em que *o conteúdo atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se a exposição se destinar a fins comerciais*. A aplicação dessa condição, todavia, não encontra guarida à luz do art. 5º, X, da Constituição, que trata a imagem, a intimidade, a vida privada e a honra como direitos autônomos e dignos de igual proteção jurídica, não sendo justificável condicionar a tutela de qualquer deles à ofensa conjunta de outro. (SCHREIBER, 2013, p. 74)

Assim, também o artigo 20 deve receber interpretação conforme a Constituição, a fim de que seja extirpada a condicionante que permite a tutela do direito à privacidade e à imagem apenas quando a honra também for atingida. Feita a ressalva acima, o presente trabalho discutirá a imagem, a privacidade e a honra como direitos autônomos, que podem ser ofendidos conjunta ou isoladamente, sendo que em qualquer dos casos o Poder Judiciário pode ser chamado a aplicar o direito e desfazer eventuais excessos. Para tanto, recorrerei a alguns casos concretos que envolvem os direitos à honra, ao controle de conteúdo no cinema, à privacidade e à liberdade de expressão.

3.1 O DIREITO À HONRA

“Um nome imaculado, caro senhor, para a mulher e o homem é a melhor jóia da alma. Quem da bolsa me priva, rouba-me uma ninharia; é qualquer coisa, nada; pertenceu-me, é dele, escravo foi de mil pessoas. Mas quem do nome honrado me espolia, me priva de algo que não o enriquece, mas me deixa paupérrimo.” William Shakespeare – Otelo.

A afirmação de Iago, personagem de Shakespeare na obra Otelo ainda hoje se mostra verdadeira. Todavia, não previu Iago que a especulação sobre a vida privada e a ofensa à honra se tornariam altamente lucrativas, a ponto de serem criadas revistas e espaços na internet cuja finalidade é a divulgação de fatos/escândalos envolvendo pessoas consideradas “notórias”. Diante dessa realidade, a Constituição, no art. 5º, X, tutela o direito à honra, assim como outros direitos da personalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A consagração constitucional do direito à honra demonstra a importância que a sociedade, ainda hoje, atribui à reputação do indivíduo. A honra também encontra amparo na legislação infraconstitucional, em especial no Código Penal e no Código Civil.

O Código Penal, ao mencionar a honra, o fez a partir da tipificação dos crimes de calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP). Acrescentem-se aos tipos penais a distinção realizada pelos penalistas entre *honra objetiva*, que reside na reputação que a pessoa goza no meio social, e *honra subjetiva*, que consiste no sentimento que a própria pessoa tem acerca da sua integridade moral. (SCHREIBER, 2013, p. 72).

O Código Civil também dedicou especial atenção à honra, seja na confusa tutela de outros direitos que lhe são próximos, como o nome (art. 17, do CC) e a imagem (art. 20, CC), ou mesmo na proteção direta da honra (art. 953, CC). Importante notar que também os civilistas aceitam, *mutatis mutandis*, a distinção entre *honra objetiva* e *honra subjetiva*, inicialmente gestada no âmbito do direito penal. (SCHREIBER, 2013, p. 72).

Vencidas as formalidades, podemos avançar na análise de casos nos quais o direito à honra foi invocado como fundamento para restringir a liberdade de expressão. Iniciaremos a exposição a partir da lide que envolveu a socialite Carmen Mayrink Veiga e a Editora Abril S/A.

Tudo começou quando o escritor Carlos Heitor Cony, ao ser entrevistado pela Revista Playboy⁵, cometeu alguns excessos na “adjetivação” de Carmen Veiga. Eis o trecho da entrevista que supostamente gerou dano à honra de Carmen:

Playboy – Em mais de uma ocasião você se definiu como um ‘alienado’.

Cony – Gosto muito de me considerar alienado. Só não sou alienado quanto à condição humana, aí não. Há pouco tempo fiz um artigo elogiando a [socialite] Carmen Mayrink Veiga. É chato elogiar a Carmen Mayrink Veiga, mas elogiei. Estive na casa dela. É uma tristeza, um luxo de um mau gosto desgraçado. Uma perua. Mostrou os álbuns de fotografia, e todos os amigos estão na cadeia. ‘Esse deu desfalque na Suíça, coitadinho. Esse deu desfalque [rindo] na Inglaterra, está preso, todo dia eu rezo para ele sair da cadeia...’ O mundo de Carmen Mayrink Veiga é terrível! E todo mundo está chutando esse cachorro atropelado. Ela está doente, tem um problema chato na perna, sente dores, vive à base de cortisona, está enorme, monstruosa de feia. Mas, na hora da fotografia, bota aquele sorriso e ainda é uma perua. Arrivista social, alpinista social – tudo o que você quiser você joga em cima dela. Mas no momento em que a Carmen Mayrink Veiga está na desgraça, virou saco de pancada, eu me recuso a linchar. Nunca linchei um Judas. Agora ela conseguiu dar a volta por cima? Aí vou em cima dela, entendeu? Talvez eu tenha herdado isso do meu pai: adoro causas perdidas...⁶

Os pedidos expostos na petição inicial foram julgados improcedentes pelo juiz de primeiro grau sob o argumento de que “*a notoriedade da autora enseja a possibilidade de padecer de críticas menos favoráveis à sua pessoa*”. A autora

⁵ O caso foi analisado por Maria Celina Bodin de Moraes, na obra *Danos à Pessoa Humana* (2003), e por Anderson Schreiber, na obra *Direitos da Personalidade* (2013).

⁶ TJRJ, Apelação Cível nº 1998.001.14922, Des. Relator Nagib Slaibi Filho, 09.03.1999, também disponível no site <<http://www.nagib.net/index.php/provimentos/civilproccons/obrigacoes-contratos-e-responsabilidade-civil/173-dano-moral-pela-divulgacao-de-informacao>>

recorreu, em face do que a Editora Abril apresentou as contrarrazões ao recurso de apelação, na qual reforçou o argumento da “*pessoa notória*” como redutor (ou apto a flexibilizar) do direito à honra da apelante, além de afirmar o exercício do direito de informação.

O recurso de apelação foi provido, por maioria de votos, para o fim de condenar a Editora Abril a *arcar com a despesa de publicação da notícia do julgamento, proporcional ao agravo*, além de pagar 500 (*quinhentos*) *salários mínimos a título de danos morais*. Sem prejuízo da condenação, chama a atenção a utilização de alguns parâmetros considerados pelo Relator a fim de verificar a existência de dano à honra apto a justificar a restrição à liberdade de expressão, dos quais destacam-se: (i) o destaque da entrevista; (ii) as expressões utilizadas e o contexto no qual foram proferidas; (iii) a abrangência da crítica, no sentido de verificar se esta teve como alvo a vida pessoal ou profissional da suposta vítima; (iv) o reconhecimento público / notoriedade do entrevistado e da apelante; (v) a importância da revista no contexto atual da comunicação social do país.

Nesses termos, entendeu o Magistrado que o direito de informar não é uma carta branca para a publicação de expressões pejorativas. Acrescenta Schreiber (2013, p. 79), sobretudo quando o conteúdo transmitido não assume qualquer interesse informativo para o público do veículo de informação, concluindo que se faz necessária a análise do *interesse social na difusão da informação* e do *impacto negativo que pode produzir sobre a honra das pessoas*.

Ao discutir o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 417) ressalva que o fato do respeito à honra de terceiros constituir limite à liberdade de imprensa não significa que apenas notícias agradáveis sejam lícitas. O sentimento de ofensa decorrente da informação não gera, por si só, a ilicitude, sendo necessário verificar se os termos utilizados são condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público.

A honra, vale destacar, pode ser violada pela divulgação de fatos verdadeiros ou falsos. A violação à honra a partir da divulgação de fatos falsos é trabalhada por alguns autores, havendo quem proponha que a *veracidade da informação* aliada ao *interesse público* seria suficiente para justificar uma não intervenção na liberdade de

expressão, de modo que a “*informação encontra justificada quando é veraz e subjaz a ela um interesse público*” (AGOSTINI, 2011, p. 221).

Não há que se negar a importância da veracidade dos fatos noticiados pelos meios de comunicação em massa, ou por qualquer forma de divulgação que carregue em si mesma a pretensão da verdade. A veracidade das informações e a pretensão de divulgação imparcial dos fatos certamente constituem elementos essenciais ao julgamento do caso concreto, assim como à construção da credibilidade que qualquer empresa jornalística deve manter aos olhos dos seus consumidores.

Não obstante o protagonismo da verdade na construção de um meio de comunicação sério e responsável, convém notar que o critério *verdade*, enquanto elemento para a solução de conflitos de direitos fundamentais, nada acrescenta ao julgador, de modo que se pode dizer que a *veracidade dos fatos* publicados é, na realidade, um falso parâmetro. Isso porque, diante da falsidade dos fatos noticiados, sequer é possível falar em conflito de direitos fundamentais, sendo desprovido recorrer ao direito de informar, que tem como pressuposto a veracidade da informação; em outras palavras, o direito de informar não protege a divulgação de informações falsas, eis que haveria no caso uma desinformação e não informação.

Questão não menos problemática diz respeito ao direito de sátira. A galhofa, expressão da liberdade artística e intelectual, caracterizada por brincar com costumes sociais, recorrendo com frequência a uma abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias, tem por finalidade precípua a crítica aos costumes, fatos e opiniões. Nessa medida, a sátira recebe especial proteção Constitucional, o que não justifica, por outro lado, o exercício da sátira como manto protetor, apto a esconder o que na essência se revela como intencional afronta aos direitos da personalidade de outrem (SCHREIBER, 2013, p. 89). Delicada é a tarefa de distinguir os limites que separam os exageros e extravagâncias, inerentes à sátira e a toda espécie de humor, da liberdade de expressão abusiva, persecutória e antijurídica.

Retomando a lide envolvendo a Editora Abril e a socialite Carmen Mayrink Veiga, é possível, a essa altura, estabelecer alguns parâmetros que devem ser mensurados no caso concreto para a adequada solução do conflito:

- (i) Finalidade do meio – um meio de comunicação que reconhecidamente tem por finalidade fazer rir, e que frequentemente publica matérias

satíricas, exageradas e cuja veracidade ou exatidão seja reconhecidamente duvidosa, tende a abalar em menor medida a reputação do sujeito alvo da galhofa, o que deve ser considerado pelo Magistrado tanto na verificação da existência da ofensa à honra quanto na fixação do *quantum* devido, no caso de indenização;

- (ii) Importância do meio – diretamente relacionada à finalidade, o prestígio do qual o meio de comunicação goza perante à sociedade também são determinantes na mensuração do dano. Uma vez que a honra é um direito essencialmente relacional, que só faz sentido na consideração do indivíduo enquanto membro de uma coletividade, é importante distinguir a ofensa perpetrada por aqueles cujas opiniões são amplamente aceitas, da ofensa praticada por quem possui pouca ou nenhuma credibilidade diante dos demais;
- (iii) Notoriedade da vítima – este critério decorre, novamente, da perspectiva relacional do direito à honra. Enquanto pessoas notórias desfrutam de um prestígio perante grande parte (para não dizer toda) da sociedade, as pessoas comuns têm sua reputação reduzida a determinados círculos de convivência, de modo que a ofensa à honra de pessoa notória vai além do seus círculos de convivência, abrangendo também pessoas que ela sequer conhece.
- (iv) Notoriedade do ofensor – semelhantemente ao critério anterior, a notoriedade do autor do abuso também influencia na mensuração do dano, eis que pessoas publicamente reconhecidas e cujas opiniões têm credibilidade perante o público podem perpetrar danos à honra com maior intensidade do que os insultos cujos autores são ilustres desconhecidos;
- (v) Abrangência do meio – este critério diz respeito à mensuração da extensão do dano. A ofensa à honra decorrente de reportagem publicada em periódico cuja circulação é restrita a determinada região, tem menor potencial de lesão do que uma notícia do Jornal Nacional, da Rede Globo.

- (vi) Abrangência da ofensa – deve ser avaliado no caso concreto qual a esfera da vida da vítima foi afetada pela ofensa. Segundo este critério, devem receber pesos distintos as ofensas que são afeitas a características pessoais/privadas da vítima e aquelas que dizem respeito a uma esfera da vida considerada pública ou naturalmente passível de crítica. Assim, por exemplo, devem receber maior peso considerações acerca da monstruosidade de Carmen Veiga e sua miserável vida (privada), considerando-se de menor ou nula gravidade possíveis críticas à conduta profissional da socialite ou considerações negativas sobre discurso público eventualmente proferido por Carmen;
- (vii) Expressões utilizadas – importante fator a ser avaliado no caso concreto diz respeito ao linguajar utilizado, bem como o contexto no qual as expressões supostamente injuriosas foram proferidas;
- (viii) Destaque da divulgação – notícias de primeira página e escândalos divulgados por diversos meios, sem sombra de dúvida, geram maior publicidade e, conseqüentemente, maior dano à honra do que uma tímida matéria escondida no meio de determinada revista ou jornal;
- (ix) Interesse público na divulgação do fato – a presença de interesse público na divulgação de determinado fato pode até mesmo afastar a alegação de dano à honra. Há hipóteses em que o conhecimento de determinados fatos ou o acesso a determinadas informações constituem o interesse público. Nesses casos, cada indivíduo tem o direito de ser informado dos fatos que lhes são pertinentes enquanto cidadãos.

3.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONTROLE DE CONTEÚDO NO CINEMA

“Homem de preto qual é sua missão? É invadir favela e deixar corpo no chão!” (SOARES, 2005, p.8). O cântico que embalava o campo de treinamento do BOPE, nos escritos do livro *Elite da Tropa* e nas cenas do filme *Tropa de Elite*, pode bem exemplificar o tom com o qual os abusos de autoridade, as violação de domicílios, torturas e homicídios foram narrados no filme *Tropa de Elite*.

O filme conta a história do Capitão Nascimento, as angústias e conflitos que envolvem o trabalho no BOPE, o risco de morte, e a gravidez de Rosane, esposa do Capitão, com a qual este trava intensas discussões sobre o cotidiano arriscado das operações nas favelas e a constituição de um ambiente familiar saudável para o filho que está a caminho.

Além do drama particular do Capitão, a história relata o rigoroso processo de seleção dos membros do Batalhão Especial que, segundo o protagonista, serviria para eliminar os *corruptos* e os *fracos*. Nesse contexto de violência, corrupção e infração à lei, a estória passa a narrar a caçada ao *Baiano*, traficante chefe do Morro dos Prazeres. As medidas tomadas pelo Cap. Nascimento para a captura do chefe do tráfico, ainda que abusivas, são apresentadas no filme como atos de coragem e nobreza justificadas por uma finalidade maior: fazer justiça/vingar Neto, membro do BOPE covardemente assassinado pelo chefe do tráfico.

Porém, não foi a partir dos valores *nobreza*, *coragem* e *dedicação* que as cenas do filme foram interpretadas por alguns membros da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e por grande parte dos policiais do BOPE. Antes da estreia, houve o vazamento de cópias “piratas” do filme, o que antecipou o conhecimento deste por inúmeros espectadores, entre eles alguns policiais da PMRJ, fato que permitiu a propositura de ação cautelar.

Na mencionada ação, os advogados requereram a concessão de liminar, a fim de que o Poder Judiciário determinasse o fornecimento de *cópia da versão que seria apresentada nos cinemas*, para que o teor do filme pudesse ser “*avaliado*” pelos autores da ação. Ainda, foi requerida a *suspensão da comercialização, veiculação e*

exibição do filme. Para fundamentar o pedido, sustentou-se, em síntese, que o filme ofendia a honra dos membros da corporação, cuja dignidade foi lançada em um “*mar de lama*” pela estória narrada, além de representar risco à integridade física dos autores.

O caso foi levado à apreciação da Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro, autos n.º 0150419-83.2007.8.19.0001 (2007.001.146746-3), que, ao julgar o pedido liminar, entendeu necessária a distinção entre o *retrato fiel da realidade* e a *obra de ficção*, assim como afirmou não caber ao Poder Judiciário analisar a qualidade da crítica realizada pelo filme⁷:

8. A narrativa do filme demonstra que ninguém é inocente, nas largas avenidas, ou nas vielas e becos da cidade do Rio de Janeiro. Vive-se um estado de guerra, de violência extrema e de corrupção, mas também de determinação, garra e coragem; 9. Não existem ataques às Instituições. As críticas feitas (o discurso do personagem principal várias vezes o refere) são ao SISTEMA. E não há conceito mais aberto, mais indeterminado do que este; 10. A responsabilidade pelos erros, desmandos, falhas é atirada sobre o SISTEMA, sem identificá-lo concretamente; seria o BOPE? A Polícia Militar? A Universidade? A Sociedade? O Jogo do Bicho? O Tráfico? Os Políticos? 11. Não se pode, portanto, personalizar a crítica. Não se pode utilizar a Justiça para fazer a crítica da crítica. O Poder Judiciário não pode ser manejado para suprimir a idéia dentro do filme. Há direitos dos autores, sem dúvida. São pessoas e, como tal, a dignidade lhes é ínsita. Entretanto, não se vislumbra tenham sido desrespeitados. Afinal, quantos policiais Fábios há? E Nascimento? E Neto? Riscos à integridade física? Mas não são policiais militares bem treinados? Correr riscos não faz parte do cotidiano destes senhores? 12. O filme traduz o cotidiano de boa parte dos cariocas. Fala de vida, morte, tráfico, corrupção, nobreza, tristeza, arrependimento, fraqueza. Nada que precise ficar em segredo de Justiça, nada que necessite ser censurado, ou previamente examinado pela Justiça; 13. Recorde-se que se trata de peça de ficção, por mais que no início apareça referência de que a mesma estaria baseada em relatos verídicos. No entanto, os fatos, ao se traduzirem em palavras, recebem sempre uma versão. Será fidedigna? Será falaciosa? Será hiperbólica? Cada espectador que julgue por si. Certamente a prática profissional dos autores, se incongruente com o que o filme retrata, demonstrará que ele não passa de peça de (má) ficção. Caso contrário, estar-se-á presente a uma dramatização contundente da realidade;

Diante da distinção utilizada pela Juíza Flávia, importa não confundir a divulgação de fatos falsos com a divulgação de uma obra de ficção. Esta se dá pela dissociação entre os fatos narrados e a realidade, de modo que os espectadores

⁷ Mais radical foi a Suprema Corte Norte-Americana, que no célebre caso *New York Times v. Sullivan* restringiu a capacidade estatal de proteger a reputação dos agentes públicos sob o argumento de que estes assumem certos riscos à reputação no momento em que adentram na arena política.

presumem assistir uma narrativa que não condiz com a realidade ou que seja a transmissão de uma visão particular acerca de determinados fatos. Por outro lado, a divulgação de fatos falsos se veste com o manto da imparcialidade, de modo que é geralmente apresentada sob a forma de documentário, reportagem ou qualquer outra forma de informação vocacionada à divulgação de informações que se presumem verdadeiras.

No campo da ficção, acrescenta Schreiber (2013, p. 86), não há que se invocar o direito à honra como meio de seleção das obras que merecem ou não ser conhecidas pelo público. Isso porque é ínsito à ficção a dissociação da realidade, de modo a não permitir a correspondência entre os fatos narrados na obra e os fatos concretamente vivenciados por determinadas pessoas ou grupos.

O entendimento expresso nas palavras da Juíza Flávia, em especial no que se refere à possibilidade do Poder judiciário avaliar a qualidade do filme, não é, todavia, pacífico, o que pode ser demonstrado a partir da análise do caso envolvendo o filme *A Serbian Film*, do diretor Srdjan Spasojevic, cuja exibição foi questionada no Estado do Rio de Janeiro (Processo n.º 0250127-67.2011.8.19.0001, 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital do Rio de Janeiro, segredo de justiça) e em Minas Gerais, por meio da Ação Cautelar n.º 0042709-48.2011.4.01.3800, em tramitação na 3ª Vara Federal de Minas Gerais.

O filme do diretor Spasojevic narra a história de Milos, ator aposentado do mercado pornográfico que em razão de dificuldades financeiras aceita participar de um projeto pornográfico dirigido por Vukmir. Desde o início é proposto que o ator não conhecerá o roteiro, o que teria por finalidade dotar as cenas do filme com realismo ímpar.

Após alguma reflexão, Milos abre uma exceção e aceita participar do projeto, que supostamente lhe renderia dinheiro suficiente para custear a desejada aposentadoria. Logo nas primeiras filmagens, Milos se surpreende com as situações às quais é submetido, até que é colocado no *set* de filmagem com uma adolescente, em razão do que o protagonista se nega a prosseguir com as filmagens.

A partir desse momento, o poderoso grupo que está por trás do projeto injeta drogas em Milos que, sob efeito de substâncias alucinógenas e afrodisíacas, é abusado sexualmente por um dos seguranças do projeto, assim como comete

diversas atrocidades, dentre elas, o estupro e a decapitação de uma mulher durante o ato sexual e aquela que provavelmente é a cena mais forte do filme: o abuso sexual de seu próprio filho ao mesmo tempo em que o seu irmão estuprava a sua esposa. Além das barbáries cometidas por Milos, o filme mostra e sugere inúmeras brutalidades que vão desde o estupro, o homicídio e a necrofilia até aquela que é considerada, tal qual a última “atuação” de Milos, uma das cenas mais chocantes do filme: o estupro de um bebê logo após o nascimento.

A ação judicial mineira, disponível para consulta, foi distribuída pelo Ministério Público Federal em face da União, objetivando resguardar a ocorrência de danos aos brasileiros, em razão da exibição da obra *A Serbian Film*, em que há simulação da participação de recém-nascido em cena de sexo explícito, “entre outras cenas de barbárie, selvageria e crueldade”⁸, incorrendo no crime tipificado no artigo 241-C do ECA⁹ e ofendendo a dignidade humana. A ação foi movida em face da União por entender a Procuradoria da República que caberia à Secretaria Nacional de Justiça proibir a veiculação do filme ou, alternativamente, suspender o processo de análise da classificação indicativa (impedindo a exibição da obra) até manifestação da autoridade competente.

O Juiz da 3ª Vara Federal de Minas Gerais concedeu provimento liminar para suspender a exibição do filme “*A Serbian Film – Terror sem Limite*” em todo o território nacional até que a União adotasse as medidas necessárias junto aos órgãos competentes para verificar se o filme incorre em alguma modalidade criminal. Ao arguir o preenchimento dos requisitos para a concessão da liminar, o Magistrado entendeu, em síntese, que:

⁸ Conforme relatado na Sentença.

⁹ Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: [\(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008\)](#)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. [\(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008\)](#)

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008\)](#)

(...) tratando-se de um filme que traz consigo a marca da polêmica, já deflagrada inclusive em outros países, sobretudo em razão da alegada cena na qual um recém-nascido é violentado sexualmente, como afirmado na inicial, creio que **a decisão da Administração de classificar e liberar a exibição do filme**, ainda que elegendo um prazo de 30 (tinta) dias para que os órgãos competentes verifiquem a possível ocorrência de crime, **subvertem a ordem natural e lógica do que é razoável.**

(...)

Ora, se determinado produto posto no mercado, ainda que proveniente do exercício constitucional da produção artística, pode em tese revelar um ilícito criminal, como nas hipóteses tipificadas como crimes na Lei n.º 11.829/2008, **deve a Administração** ter o cuidado de **examiná-lo** sob todas as categorias jurídicas e em toda a sua extensão, **antes de liberá-lo aos consumidores.** (Grifo nosso)

A decisão merece destaque tanto pelo aspecto material quanto pelo aspecto processual. No que se refere ao processo, a decisão entendeu que a União possuía legitimidade passiva, bem como deferiu medida prejudicial a terceiros que sequer integravam a relação processual¹⁰.

No aspecto material, a decisão é ainda mais absurda, eis que incorre em pelo menos dois equívocos: *(i)* interpretar a constituição à luz do ECA; *(ii)* admitir que o Poder Executivo pode administrativamente exercer controle sobre aquilo que deve ou não ser exibido no cinema ou televisão. Neste ponto, ao ignorar o artigo 220, §2º e §3º, inciso I¹¹, o Magistrado confundiu a finalidade *informativa* da classificação indicativa dos filmes com a possibilidade de censura prévia e administrativa.

¹⁰ Convém lembrar que a relação processual foi instaurada entre o Ministério Público e a União (que segundo nosso entendimento não possui legitimidade passiva), sem que a produtora do filme, no momento da concessão da medida liminar, estivesse incluída no polo passivo da ação. A inclusão da produtora Petrini Filmes se deu em razão da União alegar ilegitimidade passiva, após o que o Juiz deferiu o pedido de citação da produtora, além de manter a União no polo passivo.

¹¹Art. 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.

§ 3º - Compete à lei federal:

Thaís Fernanda Tenório Sêco (2013, p. 64), ao analisar o caso, revela preocupação com a tendência inaugurada pelo Poder Judiciário, chegando a alertar que uma vez superada a barreira da liberdade de expressão artística nas obras audiovisuais, a tendência tem força para se espalhar a conteúdos bem mais inocentes, assim como para outras formas de expressão artística, como a literatura e a fotografia. Sêco (2013, p. 65) prossegue e, ao sustentar que a legislação e as decisões judiciais são levadas em conta pelo mercado, realiza uma análise econômica do efeito que decisões como a de “A Serbian Film” geram no mercado, produzindo uma espécie de “censura” privada.

Segundo a autora, “a ‘censura’ pode ser realizada difusamente muito antes de chegar a questão aos olhos de um juiz, negando-se investimento, ou rejeitando-se sem maior reflexão um roteiro”. Isso porque uma liminar que suspende a exibição de um filme com conteúdo polêmico, ainda que a decisão possa ser revertida, passa para o mercado a mensagem de que o investimento em obras de arte polêmicas não ocorrerá sem a inclusão de custos associados a possíveis disputas judiciais. Nessa perspectiva, a proliferação de decisões que vedam a exibição desse gênero artístico agrega ainda o risco da ruína total do investimento, já que os litígios carregam a possibilidade de proibição permanente da obra (SÊCO et al, 2013, p. 65).

A proibição da exibição do filme de Srdjan Spasojevic, sob o argumento de ofensa à dignidade humana, resta fragilizada ao verificar que, na construção do filme, nenhuma criança foi submetida às cenas de abuso, de modo que estas foram montadas a partir da utilização de bonecos conjugados com truques de filmagem e efeitos especiais. Assim, tanto na construção do filme quanto na exibição (para maiores de 18 anos) nenhum menor chega a ser exposto às cenas abuso.

Ainda assim, seria possível arguir que a proibição se sustenta no artigo 241-C do ECA, que tipifica a *simulação da participação de menor em cena de sexo, ainda que por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer forma de representação visual*. O crime do art. 241-C é, portanto, de perigo

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público **informar** sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

abstrato, eis que não exige a efetiva lesão ao bem jurídico para se consolidar, em outras palavras, o crime independe da concreta verificação do dano.

Porém, não é possível imaginar, sobretudo na esfera criminal, a existência de tipos penais caprichosos, destituídos de qualquer finalidade. Mesmo os crimes de perigo abstrato têm um bem jurídico a que visam resguardar, de modo que a verificação da ocorrência do crime deve se dar a partir do cotejo analítico entre o tipo penal, a sua finalidade e as peculiaridades do caso concreto.

O artigo 241-C, ao caracterizar crime a mera simulação, se apresenta como tipo de perigo abstrato fundado no entendimento de que a divulgação da imagem teria o efeito de estimular o abuso contra menores em casos reais. Nas palavras de Thaís Tenório (2013, p. 71), o tipo penal tem por finalidade a prevenção de conduta lesiva futura a partir da prevenção do surgimento do impulso sexual que motiva a prática de crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Porém, aponta Thaís, a crença segundo a qual a retratação de uma situação degradante estimula a prática de um crime é uma presunção sem fundamentos, a partir da qual boa parte dos filmes hollywoodianos, em especial os filmes de ação, poderiam ser proibidos.

Não há dúvida de que os retratos de pedofilia no filme são demasiado fortes, contudo, não se pode daí extrair a existência de incitação ao abuso sexual contra crianças. Aliás, não há no filme qualquer demonstração de sensualidade ou erotização, os abusos são brutalmente apresentados a ponto de, nas palavras de Sêco (2013, p. 73) “despertar náuseas”.

A exibição de situação que configura crime deve ser analisada dentro do contexto e a partir das nuances que influenciam na forma pela qual a situação é recepcionada pelo expectador, de modo que o fato do filme retratar situação aparentemente típica não permite, apenas por isso, concluir que o filme se enquadra nos propósitos do art. 241-C do ECA. No caso do *A Serbian Film*, não há qualquer estímulo à prática de crimes, bem pelo contrário, os detalhes das cenas e a brutalidade com a qual o abuso é retratado têm justamente a finalidade de relatar os horrores da violência sexual, e não estimulá-la.

Por fim, importa mencionar que em sentença o Juiz Ricardo Machado Rabelo, da 3ª Vara Federal de Minas Gerais, concluiu que não há razões de natureza jurídica que impeçam a exibição do filme, registrando ao final da decisão a seguinte nota:

Uma palavra final: vi o filme. Do início ao fim. O filme é realmente muito forte. Verdaderamente impactante. O enredo é cruelíssimo. Se é arte eu não sei. Pode ser para alguns, para outros não. O que sei, contudo, é que se estivesse no cinema teria me levantado e ido embora. No entanto, como juiz, não posso ser o seu censor no território nacional, como me diz a Constituição Federal. Aliás, o que me garante a Carta Constitucional – não apenas a mim, mas a todo brasileiro – é o direito de me indignar, de recusar a vê-lo ou até mesmo o direito de me levantar e deixar a sala de sessão, levando comigo as minhas conclusões e convicções acerca da natureza humana, suas dimensões, limites e idiossincrasias.

3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE

Assim como a honra e a dignidade humana, a privacidade e a intimidade são frequentemente apontadas como princípios limitadores da liberdade de expressão. No que se refere aos princípios da privacidade e da intimidade, há quem não faça a distinção entre os dois princípios, e há os que entendem que a privacidade seria mais ampla do que a intimidade.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 420) aponta que a privacidade teria por objeto os acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, como as relações profissionais, comerciais e sociais que o indivíduo não deseja que se tornem conhecidas ao público. Por sua vez, a intimidade teria por objeto fatos mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

O artigo 5º, inciso X, da constituição afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra ...”. Desde logo, afirma José Afonso da Silva (2011, p. 206), o dispositivo coloca em debate o fato de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada e à honra.

Ao realizar a distinção entre intimidade e vida privada, José Afonso da Silva (2011, p. 208) afirma que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior diz respeito às relações sociais e públicas do indivíduo, que podem ser objeto de investigação e divulgação por

terceiros. A vida interior se volta para a própria pessoa, suas relações familiares e amizades, sendo este o conceito de vida privada exposto no inciso X, do artigo 5º. Embora José Afonso (2011, p. 206) admita a plausibilidade da distinção entre vida privada e intimidade, ressalta que, em razão da imprecisão terminológica, melhor seria utilizar o termo privacidade em um sentido amplo e genérico, que engloba todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, consagradas no texto constitucional.

Leonardo César de Agostini (2011, p. 127/128), por sua vez, afirma que intimidade e vida privada são espécies do gênero privacidade, sendo que ambas as espécies são regidas pelo princípio da exclusividade, que visa assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos da pressão social e do poder político. O princípio da exclusividade representa a ideia da existência de uma esfera de informações que pertencem exclusivamente ao indivíduo e a mais ninguém.

Anderson Schreiber (2013, p. 137), assim como José Afonso da Silva (2011, p. 208), trata da privacidade em sua acepção ampla, que compreende a intimidade e a privacidade *stricto sensu*. Afirma o autor que a privacidade pode ser definida como o “direito ao controle da coleta e utilização das próprias informações pessoais” (SCHREIBER, 2013, p. 137). A partir desta definição, Schreiber ressalta que o direito à privacidade não abrange apenas a proteção à vida íntima, mas também a tutela dos dados pessoais, concluindo que a privacidade vai além do *right to be let alone*, formulado pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis no artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*¹².

Assim, Schreiber (2013, p. 138) afirma a possibilidade de análise do direito à privacidade a partir de duas dimensões: (i) uma dimensão procedimental, que diz respeito ao modo de obtenção da informação; (ii) uma dimensão substancial, que se refere ao uso que se faz do dado pessoal.

Sobre a dimensão procedimental, estabelece Schreiber (2013, p. 138) que a coleta clandestina ou desautorizada de informações pessoais deve ser repelida,

¹² O artigo dos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis é apontado como o marco inicial do direito à privacidade. O artigo teria sido motivado pelo exagerado, embora não difamatório, destaque que os jornais de Boston reservavam à vida social da mulher de Samuel. O artigo, como era de se esperar, tratava da privacidade por uma perspectiva essencialmente individualista, na medida em que tal direito era identificava-se com a proteção da intimidade, do círculo familiar da pessoa.

sustentando que a autorização do titular dos dados é imprescindível para a legalidade da coleta, requisito que somente pode ser afastado diante de outros interesses constitucionais que justifiquem a dispensa de autorização. A dimensão substancial diz respeito ao uso da informação e pressupõe que *“toda pessoa tem o direito de controlar a representação de si mesma que é construída a partir de seus dados pessoais”* (SCHREIBER, 2013, p. 139). A violação à dimensão substancial, destaca o autor, frequentemente traz consigo a violação a outros direitos fundamentais, como a honra, a imagem, a liberdade religiosa, a liberdade sexual, entre outros.

Nos conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é recorrente a utilização dos argumentos de *local público* e *pessoa notória*, invocados para afastar ou reduzir a proteção constitucional dos direitos da personalidade. Esses argumentos merecem alguma reflexão.

3.3.1 O Argumento do Local Público

O argumento do local público é utilizado para defender o supostamente legítimo exercício da liberdade de expressão. Os que defendem a liberdade de expressão alegam haver no local público um consentimento tácito do indivíduo quanto à possibilidade de exposição pública, enquanto que os defensores da privacidade sustentam que até mesmo no local público há informações que o indivíduo pode escolher manter em sigilo.

Ao defender o consentimento tácito decorrente do local público, Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 425) sustenta que *“se alguém se encontra num lugar público está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar”*. Todavia, como se verá adiante, os conflitos levados ao Poder Judiciário geram dúvidas quanto à validade dessa afirmação, especialmente se levada em conta a forma de obtenção da informação, o modo de divulgação e os efeitos decorrentes da exposição pública.

Em um feriado ensolarado, Maria Aparecida de Almeida Padilha resolveu ir até a praia se bronzear. Ocorreu que, enquanto praticava *topless*, teve seus seios fotografados e expostos em matéria jornalística. Inconformada, a “estrela” da matéria jornalística recorreu ao Poder Judiciário, o que permitiu que o seu caso chegasse à apreciação do STJ (recurso especial n.º 595.600, DJ de 13-9-2004, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha). Naquela oportunidade a Corte Superior, ao arguir a tese do local público, entendeu que:

(...) a proteção à intimidade não pode ser exaltada a ponto de conferir imunidade contra toda e qualquer veiculação de imagem de uma pessoa, constituindo uma redoma protetora só superada pelo expreso consentimento, mas encontra limites de acordo com as circunstâncias e peculiaridades em que ocorrida a captação.

(...)

Na espécie, a recorrida divulgou fotografia, sem chamada sensacionalista, de imagem da recorrente praticando *topless* "numa praia lotada em pleno feriado" (fl. 196). Isto é, a própria recorrente optou por revelar sua intimidade, ao expor o peito desnudo em local público de grande movimento, inexistindo qualquer conteúdo pernicioso na veiculação, que se limitou a registrar sobriamente o evento sem sequer citar o nome da autora.

Assim, se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução sem conteúdo sensacionalista pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.

Mais grave e desastrosa foi a situação que ensejou a propositura da ação n.º 7198327.86.2011.8.09.0055¹³, na qual o autor requereu a condenação da emissora ao pagamento de indenização por danos morais por ter sua imagem divulgada em reportagem que retratou o cotidiano dos travestis, as mazelas da profissão, os riscos envolvidos e a forma de abordagem para fins de programa. No âmbito da reportagem, o autor foi retratado conversando com um travesti e solicitando um programa.

Argumentou o autor que a exposição a que foi submetido ofendeu a sua privacidade, honra e imagem, além de causar irreversíveis danos pessoais, eis que no momento da veiculação da reportagem assistia televisão com a esposa e filhos

¹³ O resumo do caso, bem como a íntegra da sentença podem ser encontradas no site <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1188491,91041-Emissora+nao+deve+indenizar+homem+filmado+em+reportagem+sobre.> Acesso realizado em 01/11/2012.

que, absolutamente chocados, de pronto o identificaram. Dessa forma, a reportagem ocasionou o fim do casamento, bem como causou ao retratado grande abatimento moral e vergonha diante dos filhos, dos amigos e vizinhos.

Ao apreciar o caso, o Juiz Pedro Silva Corrêa, do 3º Juizado Especial Cível de Goiânia, entendeu que a emissora cumpriu o dever de informar e, invocando o argumento de local público, julgou improcedente o pedido de indenização e a arguição de ofensa ao direito à privacidade:

Quanto ao autor, diante da situação vivenciada, não vejo como agasalhar o seu comportamento no dispositivo constitucional que protege a honra, a imagem e a vida privada das pessoas.

A reportagem o filmou em local público, notoriamente de prostituição, no momento em que abordava travestis, tendo, inclusive os cumprimentado com beijos na face, na companhia de um amigo, e logo a seguir saíram juntos, presumindo-se que foram praticar o comércio carnal.

Quem se porta dessa forma, assume o risco de ser levado a público o comportamento adotado, não podendo invocar o direito constitucional de inviolabilidade da honra, da imagem, da intimidade e da vida privada.

Ainda, não pode imputar a ruptura de uma união estável à veiculação da reportagem que publicou sua imagem, como também debitar na conta da requerida as chacotas que porventura tenha ouvido dos amigos e colegas de trabalho, porque, como dito, compareceu em local público sabidamente inapropriado, abordou os travestis e saiu em suas companhias, levando a quem assistiu a reportagem à conclusão de que foi praticar sexo com as pessoas que foram objeto da reportagem.

Com opinião oposta à adotada pelo STJ e pelo Juiz Pedro, Anderson Schreiber enfatiza que *“ninguém deixa em casa sua privacidade quando sai à rua”* (2013, p. 145), acrescentando que o fato de um local ser aberto ao público não significa que tudo o que for nele praticado possa ser levado ao conhecimento público. Isso porque a definição de privacidade como o *“direito ao controle da coleta e utilização das próprias informações pessoais”* (SCHREIBER, 2013, p. 137), na medida em que tem como referência a informação, não admite qualquer relativização com base em critérios exclusivamente espaciais. Público, afirma Anderson Schreiber (livro azul 2013, p. 446), não é simplesmente o local de livre acesso, *“mas aquele onde a captação de imagens não configura artifício anormal, inesperado ou malicioso”*.

Aliás, importante ressaltar que à ideia de local público, enquanto argumento apto a restringir a privacidade, subjaz uma noção individualista de privacidade¹⁴, que não dá conta de responder satisfatoriamente aos problemas apresentados em uma sociedade caracterizada pelo constante intercâmbio de informações. Não é por outro motivo que Schreiber (2013, p. 137), ao tratar da privacidade, abandona qualquer forma de condicionamento nuclearmente espacial, o que conduz a uma privacidade que transcende a esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente em que há circulação de dados pessoais do respectivo titular, que podem ser expressos por características físicas, códigos genéticos, estado de saúde, crença religiosa, enfim, qualquer informação pertinente ao indivíduo.

Não é possível afirmar, todavia, que qualquer captação de dados pessoais sem a expressa autorização do titular deve ser considerada ofensiva à privacidade. A medida da privacidade também deve considerar as hipóteses nas quais é possível extrair da situação um consentimento tácito do seu titular, sob pena de estabelecer, em abstrato, a supremacia da privacidade, o que, além de inconstitucional, tornaria inviável o exercício da liberdade de expressão.

Na busca de parâmetros que proporcionem maior segurança para distinguir os casos que exigem (ou não) autorização expressa, Schreiber (2013, p. 145) propõe que não é o caráter público ou privado do local que determina a existência de ofensa à privacidade, mas *a consciência e a expectativa de privacidade que o titular tem em relação ao ato captado e as circunstâncias concretas*.

A partir desse elementos, é possível concluir, por exemplo, que uma cantora famosa, ao se dirigir até a sacada de um hotel a fim de cumprimentar os fãs locais, tem grande consciência e expectativa de que o fato por ela praticado poderá ser registrado pelos fãs, por qualquer transeunte ou mesmo pela imprensa. Nessa situação, caso um fotógrafo, estrategicamente posicionado, consiga obter fotos privilegiadas da artista enquanto esta cumprimenta seus fãs, não há que se falar em ofensa à privacidade, visto que a titular do direito (cantora) possuía consciência e expectativa de que seria fotografada ao se relacionar com o público.

¹⁴ Por noção individualista de privacidade entenda-se o direito de defesa forjado por Samuel Warren e Louis Brandeis, consistente no direito de ser deixado só.

Por outro lado, caso o mesmo fotógrafo, com os mesmos equipamentos e privilegiada posição, no ímpeto dos seus instintos de fotógrafo, consiga se aproveitar de uma cortina aberta e capturar cenas que retratam um momento de fúria da cantora, há aí ofensa à privacidade, eis que as fotografias foram obtidas por meios clandestinos, sem que a retratada tivesse qualquer consciência ou expectativa de ser flagrada em momento privado marcado por fortes emoções.

A partir dos elementos e ilustrações acima, não seria estranho afirmar que uma celebridade, vítima frequente dos assédios da mídia, ao sair de casa e inevitavelmente se expor, tem grande consciência sobre a possibilidade (e quase inevitabilidade) de ser fotografada e ter sua imagem exposta em revistas de fofoca, o que, mediante a manipulação dos parâmetros de Anderson Schreiber, poderia levar à conclusão apressada de que a privacidade da pessoa famosa seria um direito exercível entre quatro paredes. No entanto, a hipotética conclusão não é verdadeira, eis que os requisitos de *consciência* e *expectativa* mencionadas por Schreiber pressupõem um mínimo de consentimento do titular, ainda que tácito, o que afasta a possibilidade de que o abuso de direito reiterado se sobreponha à vontade de não-exposição do titular da privacidade.

Nesse momento, ao retornarmos ao caso envolvendo o *topless* de Maria, podemos afirmar com maior segurança que a exibição dos seios em ambiente praiano, limitado aos frequentadores do local, não permite significar que o indivíduo concordou com a ampla exposição midiática de suas partes íntimas, sobretudo se considerado o gigantesco contraste entre o contexto da captura da imagem e o ambiente de exibição desta. Maria praticou *topless* em um ambiente no qual a exibição do corpo é aceita com naturalidade, podendo-se afirmar a redução da consciência sobre a ocorrência de registros fotográficos, o que não deve passar despercebido pelo julgador. Se houve algum consentimento da autora quanto à visualização de suas partes íntimas, isto se deu apenas em benefício das pessoas que passavam pelo local naquele exato momento, não tendo como extrair de toda prática de *topless* um consentimento universal para a exposição pública a um sem número de espectadores. *Mutatis Mutandis*, os mesmos critérios podem ser aplicados ao caso da reportagem envolvendo o programa com travestis.

A violação à privacidade a pretexto do exercício do direito de informar não mais se sustenta à luz das tecnologias disponíveis, que permitem aplicar às imagens

inúmeros efeitos que têm por finalidade impedir a identificação das pessoas potencialmente ofendidas ou negativamente afetadas pela exposição da imagem.

3.3.2 O Argumento da Pessoa Notória

Outro argumento a ser enfrentado, que possui estreitas relações com o mito de local público, é a invocação da *pessoa notória* como fundamento de relativização do direito à privacidade; afinal de contas, alegam os defensores desse argumento, é justo que quem se beneficia da exposição pública arque com as consequências da exibição, em outras palavras, quem auferir os cômodos da publicidade tem o dever de suportar o ônus do assédio.

Sobre o assunto, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p. 82) argumenta que há pessoas que por sua notoriedade têm sua privacidade reduzida. No mesmo sentido, leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 424) que a proteção à privacidade das celebridades é reduzida se comparada com a proteção conferida às pessoas comuns. De modo semelhante, Leonardo Cesar de Agostini (2011, p. 220), à luz da distinção entre intimidade e vida privada, aduz que a pessoa notória sofre redução na sua vida privada, mas não na intimidade.

Pois bem, no início do trabalho foi mencionado que alguns problemas envolvendo a liberdade de expressão se apresentam como verdadeiras questões de igualdade. Afirmar que pessoas notórias têm a tutela da privacidade reduzida impõe a fundamentação *jurídica* sobre as razões que permitem que alguns tenham mais privacidade do que outros. Em outras palavras, não basta afirmar que pessoas notórias têm menos privacidade, é necessário apontar os motivos jurídicos que justificam tal distinção, de modo que se possa concluir que a apontada discriminação não ofende o princípio da isonomia.

Para verificar se o tratamento desigual dos notórios se sustenta, serão utilizados os critérios formulados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012) na obra denominada “O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”.

Segundo o autor, há ofensa à constituição quando: (i) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada; (ii) a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas; (iii) não há correlação lógica entre o *discrímen* adotado e o tratamento jurídico diferenciado; (iv) embora existente a correlação lógica do item III, o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrários aos interesses constitucionalmente prestigiados.

Ao aplicar os critérios supramencionados à discriminação das pessoas notórias, não parece que a discriminação dos indivíduos com base na notoriedade singularize determinado indivíduo, eis que podem se enquadrar no conceito de “notório” qualquer pessoa que detenha algum destaque social, seja um político, um artista ou um profissional renomado. Também não parece que a discriminação de tais pessoais incorra no elemento descrito no item “ii”, visto que a notoriedade é uma qualidade residente nas pessoas. Por sua vez, no presente caso não se verifica a afirmação “iv”, posto que o efeito “restrição à privacidade” não é necessariamente inconstitucional.

Mais delicada é a verificação da ocorrência da hipótese “iii”. Em primeiro lugar, a correlação lógica entre o *discrímen* e o tratamento jurídico é duvidosa. Os indivíduos que possuem alguma notoriedade, especialmente em função da profissão (atores, músicos, jornalistas, etc), justamente por estarem em posição de destaque, encontram-se mais vulneráveis às incursões indesejáveis em sua vida privada. Ora, parece razoável afirmar que os direitos mais ameaçados de lesão merecem maior proteção jurídica, e não o contrário.

Pessoas doentes não têm menor tutela à saúde simplesmente por se encontrarem fragilizadas; o direito à educação não deve ser aplicado em menor medida aos analfabetos pelo simples fato de se encontrarem nessa condição; os pobres e marginalizados não possuem menor dignidade humana e integridade física por ocuparem posição de vulnerabilidade social. Em síntese, a constatação de que

determinados indivíduos ou grupos detém um direito vulnerável não valida a conclusão de que para estes indivíduos há um direito reduzido, atrofiado, tampouco permite que o Estado recorra à própria vulnerabilidade do direito em causa para justificar a possibilidade jurídica de violação.

É incoerente afirmar que a notoriedade do indivíduo reduz o direito à privacidade. Não há relação de coerência lógica que entre o *discrímen* e a redução abstrata da privacidade.

Também não é possível afirmar a concordância tácita da pessoa notória, visto que não se pode confundir a exposição do indivíduo em razão da profissão (com a qual o sujeito concorda) com a possibilidade de exploração de aspectos da vida privada, que o indivíduo tem o direito de manter em segredo, especialmente quando a divulgação da informação não assume qualquer interesse informativo. Assim, é possível afirmar que a notoriedade da pessoa exige maior proteção à privacidade, e não o contrário, eis que o estado de vulnerabilidade de um direito não é logicamente compatível com a redução da tutela jurídica ao direito ameaçado. O contrário pode conduzir ao absurdo da completa (ou quase completa) aniquilação da privacidade para determinado grupo de pessoas.

Não se está aqui a defender a impossibilidade de que a liberdade de expressão prevaleça no caso concreto sobre a privacidade. Afirma-se, isto sim, a inexistência da redução genérica da privacidade das pessoas notórias. A tutela jurídica da privacidade dessas pessoas não pode ser inferior à proteção da privacidade das demais pessoas, do mesmo modo que não é possível estabelecer uma prevalência absoluta da privacidade sobre a liberdade de expressão, ou vice-versa.

Uma vez estabelecido que pessoas comuns e pessoas notórias possuem igual proteção à privacidade, importa analisar a polêmica que envolve as biografias não autorizadas.

3.3.3 As Biografias Não Autorizadas

A Constituição de 1988 estabelece no artigo 220, *caput*, §1º e §2º¹⁵, que a liberdade de expressão, sob qualquer forma, não sofrerá qualquer restrição, devendo, contudo, observar o disposto nos demais dispositivos constitucionais. Os parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, dispõem sobre a impossibilidade de lei que restrinja a liberdade de expressão e sobre a inconstitucionalidade da censura política, ideológica e artística. Por outro lado, o Código Civil, na tentativa de proteger a privacidade, estabeleceu no artigo 20¹⁶ que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, a publicação ou a utilização da imagem da pessoa poderão ser proibidos, quando não autorizados.

De início, vale destacar que, como bem aponta Schreiber (2013, p. 456), não há no direito brasileiro qualquer vedação genérica à publicação de biografias não autorizadas. O que há, nos termos do Código Civil, é a proteção à privacidade. Esse entendimento, contudo, não está pacificado, de modo que as controvérsias a respeito da interpretação do artigo 20, do Código Civil, motivaram a elaboração dos Projetos de Lei n.º 393 e 395/2011.

Colocado em debate, a (des)necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias tem sido objeto de diversos comentários e opiniões, sendo que a discussão aparece, na maioria das vezes, a partir da contraposição entre biógrafos e artistas. Não faltou quem comentasse o assunto, que recebeu até mesmo

¹⁵ 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.

¹⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

pronunciamento do Ministro Joaquim Barbosa, que defendeu a liberdade total de publicação, cabendo ao biografado que se sentir ofendido recompensar a sua dor por meio de pesadas indenizações. Na mesma oportunidade, o Ministro chegou a sugerir a possibilidade de, após dez anos da morte do biografado, permitir que se escreva o que bem entender sobre o indivíduo¹⁷.

Tamanha é a contraposição de os biógrafos e artistas que estes criaram um grupo denominado “Procure Saber”, cujo principal objetivo é defender a proibição de biografias não autorizadas e a participação dos biografados nos lucros das biografias. O grupo é coordenado por Paula Lavigne, ex-mulher de Caetano Veloso, e conta com a adesão de diversos artistas como Roberto Carlos, Djavan, Gilberto Gil e Chico Buarque¹⁸. Tudo indica que a denominação “Procure Saber” reflete os dilemas comentados por Chico Buarque em entrevista publicada no sítio *oglobo.com*:

Pensei que o Roberto Carlos tivesse o direito de preservar sua vida pessoal. Parece que não. Também me disseram que sua biografia é a sincera homenagem de um fã. Lamento pelo autor, que diz ter empenhado 15 anos de sua vida em pesquisas e entrevistas com não sei quantas pessoas, inclusive eu. Só que ele nunca me entrevistou.

(...)

O biógrafo de Roberto Carlos escreveu anteriormente um livro chamado “Eu não sou cachorro não”. A fim de divulgar seu lançamento, um repórter do “Jornal do Brasil” me procurou para repercutir, como se diz, uma declaração a mim atribuída. Eu teria criticado Caetano e Gil, então no exílio, por denegrirem a imagem do país no exterior. Era impossível eu ter feito tal declaração. O repórter do “JB”, que era também prefaciador do livro, disse que a matéria fora colhida no jornal “Última Hora”, numa edição de 1971. Procurei saber, e a declaração tinha sido de fato publicada numa coluna chamada Escrache. As fontes do biógrafo e pesquisador eram a “Última Hora”, na época ligada aos porões da ditadura, e uma coluna cafajeste chamada Escrache. Que eu fizesse tal declaração, em pleno governo Médici, em entrevista exclusiva para tal coluna de tal jornal, talvez merecesse ser visto com alguma reserva pelo biógrafo e pesquisador. Talvez ele pudesse me consultar a respeito previamente e tirar suas conclusões. Mas só me procuraram quando o livro estava lançado. Se eu processasse o autor e mandasse recolher o livro, diriam que minha honra tem um preço e que virei censor.

Nos anos 70 a TV Globo me proibiu. Foi além da Censura, proibiu por conta própria imagens minhas e qualquer menção ao meu nome. Amanhã a TV

¹⁷ O resumo da entrevista está disponível no endereço eletrônico <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/10/barbosa-defende-indenizacoes-em-caso-de-biografia-nao-autorizada.html?utm_source=g1&utm_medium=email&utm_campaign=sharethis> Acesso realizado em 01/11/2012.

¹⁸ Idem.

Globo pode querer me homenagear. Buscará nos arquivos as minhas imagens mais bonitas. Escolherá as melhores cantoras para cantar minhas músicas. Vai precisar da minha autorização. Se eu não der, serei eu o censor.¹⁹

Curiosamente, a entrevista supracitada foi publicada em sítio eletrônico vinculado à Rede Globo, não sem que esta refutasse as acusações realizadas no último parágrafo:

COMO SEMPRE, é o debate que ajuda a formar e qualificar opiniões.

ACONTECE AGORA na polêmica sobre as biografias. E nela, coerentes com a defesa da liberdade de expressão no sentido mais amplo, como estabelece a Constituição, somos a favor do direito de o biógrafo exercer seu trabalho, sem qualquer tipo de censura prévia. Assim como do direito do biografado de apelar à Justiça em busca de qualquer reparo.

LAMENTE-SE, apenas que, nesta saudável discussão, alguns tentem constranger O GLOBO com alusões descabidas.²⁰

O bloco dos biógrafos, por sua vez, alega que a exigência de autorização prévia equivale à censura privada, tão inconstitucional quanto a censura pública. Nesse grupo se incluem personalidades como Lira Neto - autor da biografia de Getúlio Vargas, Jorge Caldeira – autor da biografia do Barão de Mauá, e Ruy Castro – autor da biografia de Garrincha que, ao se insurgir contra a exigência de autorização prévia, afirmou na Bienal do Livro do Rio que “o biografado ideal tem que ser solteirão, filho único, órfão, estéril e broxa”²¹. Em entrevista ao blog Prosa, Ruy Castro voltou a provocar:

A expressão “biografia autorizada” significa que devo submeter o livro à aprovação do biografado. Se isso não é censura prévia, então eu não sei português. O Procure Saber faz uma campanha antidemocrática que pode

¹⁹ Entrevista publicada em 16/10/2013, disponível para consulta no sítio <<http://oglobo.globo.com/cultura/penso-eu-10376274>>. Acesso realizado em 01/11/2012.

²⁰ Resposta publicada em 16/10/2013, disponível para consulta no sítio <<http://oglobo.globo.com/opiniao/pingo-nos-iis-10375852>>. Acesso realizado em 01/11/2012.

²¹Notícia disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/arteeelazer,kika-ex-mulher-de-raul-seixas-adverte-biografo-do-cantor,443006,0.htm>>. Acesso realizado em 01/11/2012.

render frutos, afinal eles são famosos e têm acesso a políticos. E isso é uma ameaça não só para biógrafos, mas também historiadores, jornalistas, ensaístas, para toda a produção intelectual do país. O Brasil não pode ficar impedido de saber sua História só porque Roberto Carlos não quer que saibamos de sua perna mecânica.²²

Entre as obras que já foram ou estão ameaçadas destacam-se as biografias de Garrincha, Roberto Carlos, Guimarães Rosa, Raul Seixas, Noel Rosa, Manuel Bandeira e Di Cavalcanti (CARNEIRO, 2013, p. 121). História, lucro e privacidade são palavras-chave para compreender os interesses que permeiam as controvérsias relacionadas às biografias.

A posição do Ministro Joaquim Barbosa, que defende que a liberdade de expressão deve ser absoluta, resolvendo-se os conflitos através de indenização, é uma proposta de solução, todavia, demasiado insuficiente. Primeiro porque, na medida em que afasta a possibilidade de controle prévio da liberdade de expressão, extingue a possibilidade de evitar danos que uma vez causados são irreparáveis. Nem tudo pode ser quantificado, nem toda vergonha, nem todo constrangimento, nem toda ofensa pode ser reparada, especialmente se considerarmos os eficazes meios de transmissão de informação, notadamente a internet, que tornam a informação divulgada possível de ser revivida a qualquer momento, retirando do indivíduo ofendido o direito de esquecer e prosseguir.

O segundo equívoco do Ministro consiste em, ao menos enquanto a expressão não se consuma, estabelecer para todos os casos a prevalência da liberdade de expressão, que apenas poderá ser inibida pela indenização. Além disso, a conclusão a que chegou Joaquim Barbosa só é possível a partir do paradigma liberal segundo o qual a realização da liberdade de expressão se basta com a abstenção estatal, porquanto típico direito de defesa. Essa afirmação, todavia, está apenas parcialmente correta, eis que não é válida para todos os casos.

Não há como fornecer uma resposta pronta, não é possível afirmar genericamente a prevalência de um direito sobre o outro, sob pena de pecar contra a

²² Entrevista publicada em 11/10/2013, disponível para consulta no sítio <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/>>.

Constituição e contra a multiplicidade de situações que demandam uma resposta única para cada caso.

Sensível a tais fatos, Anderson Schreiber (2013, p. 457) aponta que os Projetos de Lei n.º 393 e 395/2011, na medida em que apenas afirmam a possibilidade de publicação de biografia não autorizadas, não estão no caminho certo. A mera desnecessidade de autorização prévia não soluciona o problema, visto que as ações tocantes às biografias não se fundamentam apenas na falta de autorização, sustentam-se sobretudo na arguição de ofensa aos direitos da personalidade, em especial a privacidade. Além disso, importante ressaltar que a necessidade de autorização prévia tem algumas exceções legais e muitas exceções judiciais, como bem afirma Anderson:

(...) os projetos de lei erram o alvo. Nos conflitos instaurados em torno das biografias não autorizadas, não é a mera ausência de autorização que impede a sua livre circulação. A jurisprudência brasileira jamais reservou à autorização do biografado um papel tão importante, como se pode ver das numerosas biografias não autorizadas disponíveis em nossas livrarias. Quando uma dessas biografias é impedida de circular pelo Poder Judiciário, isso não acontece pela mera ausência de autorização, mas porque os tribunais acabam acolhendo alegações de violação à privacidade, à imagem ou à honra do biografado, apresentadas por ele próprio ou, acaso já falecido, por seus familiares. (SCHREIBER, 2013, p. 458)

A saída, portanto, não está apenas na eliminação do suposto requisito “autorização prévia”, mas na criação de parâmetros que permitam aos intérpretes verificar com maior grau de certeza a existência de violação à privacidade. A partir disso, será possível discernir com maior precisão os contornos que envolvem a liberdade de expressão e a privacidade, o que permitiria ao biógrafo construir uma narrativa estimulante, com riqueza de informações e detalhes, sem violação da privacidade.

Na busca desses parâmetros, para concluir, o autor propõe que seja considerado: *(i)* a repercussão emocional do fato sobre o biografado; *(ii)* a atitude mais ou menos reservada do biografado em relação ao fato; *(iii)* a importância daquele fato para a formação da personalidade do biografado (a importância do fato é diretamente proporcional à necessidade de divulgação no âmbito da biografia); *(iv)* o grau de envolvimento de terceiros na narrativa; *(v)* a forma com a qual os fatos são narrados;

(vi) os riscos para os outros direitos da personalidade do biografado. (SCHREIBER, 2013, p. 150)

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA.

A liberdade de expressão com frequência é interpretada à luz da postulação clássica do liberalismo de que os poderes do Estado sejam limitados (FISS, 2005, p. 33). Por outro lado, o STF diversas vezes manifestou o entendimento de que inexistem direitos absolutos²³, de modo que se pensou necessária uma acomodação entre os direitos conflitantes. Essa acomodação por vezes foi realizada através da criação de um rol de categorias de discursos que poderiam se sujeitar à regulação, permitindo, por exemplo, que o Estado regulasse palavras de incitação à luta (*fighting words*) mas vedando a regulação da defesa genérica de ideias²⁴.

Entre os séculos XIX e XXI ocorreu uma mudança de perspectiva no Estado liberal. Se o Estado liberal do século XIX foi definido pela luta em favor das liberdades individuais, o que demandou um governo limitado, o Estado liberal hoje acolhe simultaneamente os valores *liberdade e igualdade*. Em certa medida, isso explica a ampliação da proteção do Direito a um grande elenco de grupos desfavorecidos (FISS, 2005, p. 38/39).

A ampliação da adesão ao contravalor *igualdade* equilibrou a balança nas decisões de casos difíceis como os que envolvem o discurso de incitação ao ódio, a pornografia e a limitação de gastos com campanhas políticas, de modo a colocar de um lado a liberdade de expressão e do outro a igualdade.

Nesse contexto, o argumento utilizado para a regulação do discurso de incitação ao ódio é o de que a o conteúdo desse tipo de discurso denigre “o valor e merecimento de suas vítimas”, criando uma situação de desigualdade. A pornografia, defendem algumas feministas, teria o efeito de reduzir as mulheres a objetos sexuais (desigualdade), o que estimularia a violência contra mulheres. No que se refere às campanhas políticas, o argumento é no sentido de que a regulação dos gastos seria

²³ Veja-se por exemplo as decisões proferidas na ADPF 130, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, publicada no DJE em 05/11/2009, e no HC 82.424, Rel. Ministro Moreira Alves, publicada no DJE em 19/03/2004.

²⁴ Veja-se, por exemplo, a decisão proferida na ADPF 187, Rel. Ministro Celso de Mello, publicada no DJE em 27/06/2011.

um meio de colocar os pobres em pé de igualdade com os ricos nas disputas eleitorais, garantindo àqueles maior possibilidade de defender seus interesses (FISS, 2005, p. 40). Nas três situações mencionadas são contrapostos os valores *liberdade e igualdade*, de difícil solução, pois forçam o Poder Judiciário a escolher entre compromissos transcendentais, sem que a Constituição ofereça uma solução clara (FISS, 2005, p. 43).

Os defensores da liberdade de expressão sustentam que o debate aberto e livre é condição para a igualdade. Sem rejeitar a proposição anterior, Owen Fiss acrescenta que o contrário também pode ser verdadeiro, no sentido de que *“uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que as condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas”* (FISS, 2005, p. 42).

Fiss reconhece a verdade de ambos os argumentos mencionados, mas acrescenta, e esse talvez seja o trunfo de sua tese, que o problema pode ser visto por uma outra perspectiva. As regulações à liberdade podem ser vistas, elas mesmas, como promotoras da liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 46).

A partir da constatação de que o Estado pode ser chamado a promover as liberdades, é possível deslocar o conflito entre liberdade de expressão e liberdade e passar a entender o problema a partir do conflito entre liberdade e liberdade. Embora essa mudança de perspectiva não resolva todas as discordâncias, seu mérito é colocar o problema em uma matriz comum (FISS, 2005, p. 46), de modo a tornar menos árdua a tarefa de decidir qual direito merece, no caso concreto, preponderar.

A mudança de perspectiva é viabilizada com a interpretação da liberdade de expressão em conjunto com o princípio da igualdade, e não mais a partir da oposição dos dois princípios. O argumento não é apenas no sentido de que o discurso de incitação ao ódio e a pornografia reduziriam a consideração que as demais pessoas nutrem em relação às vítimas, reduzindo-as a um patamar de desigualdade, mas sobretudo que tais espécies de discursos podem impossibilitar que as vítimas participem do debate público, eis que, nas palavras de Fiss, *“mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem”* (FISS, 2005, p. 47)

Quanto às campanhas políticas, o argumento não é apenas no sentido de que a inexistência de limitação de gastos perpetua a distribuição desigual de riqueza e

coloca os pobres em desvantagem na arena política, comprometendo a igualdade, mas sobretudo que a ausência de limitação dos gastos pode até mesmo silenciá-los. Isso ocorreria, por exemplo, quando os espaços publicitários estão de tal forma dominados por determinado grupo que apenas uma voz seja ouvida. (FISS, 2005, p. 47)

As postulações acima implicam uma tomada de posição do Estado, o que torna necessário investigar os motivos que justificam a proteção aos interesses discursivos de um grupo em detrimento do outro. A resposta para essa indagação passa necessariamente pela concepção de liberdade adotada.

Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2005, p. 5), referindo-se ao contexto norte-americano, sinteticamente apontam que há duas grandes concepções sobre a liberdade de expressão: (i) **teoria libertária** – centrada na figura do autor da mensagem, prega que as “*garantias da Primeira Emenda visam a proteger fundamentalmente a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas*”; (ii) **teoria democrática** – coloca o destinatário da mensagem no centro de gravidade da liberdade de expressão, prega que a Primeira Emenda é um instrumento de autogoverno na medida em que permite que os cidadãos sejam livremente informados para que possam formar livremente a opinião. A teoria democrática se relaciona com a criação de um processo coletivo de debate e tomada de decisões na esfera pública.

Para os adeptos da teoria libertária o Estado deveria se limitar a proteger os interesses discursivos do emissor, eis que a intervenção do Estado no debate poderia “viciar” a formação da opinião dos cidadãos de modo a manipular os resultados, o que seria indesejável. Para os defensores da teoria democrática, a Primeira Emenda tem por objetivo assegurar a liberdade política dos cidadãos. Nas palavras de Binenbojm e Pereira Neto, a teoria democrática prega que o Estado deve:

(...) criar uma cidadania informada e capacitada para o exercício do autogoverno. Em palavras de Alexander Meiklejohn, precursor dessa teoria nos Estados Unidos: “*o essencial não é que todos falem, mas que o que merece ser dito seja dito*”. A regulação, aqui, deixa de ser vista como um *mal necessário* para se erigir em verdadeira *condição necessária* da fruição das liberdades de expressão e imprensa por todos os cidadãos.

Owen Fiss rejeita a concepção libertária ao entender que apenas é possível falar em arbitrariedade do Estado na escolha de um grupo em detrimento de outro, se nada mais estivesse envolvido além dos interesses discursivos de cada grupo. Para Fiss, ao restringir a liberdade de expressão de uns em favor da liberdade de outros, o Estado não está arbitrando entre os diversos interesses discursivos, mas sim estabelecendo as precondições para a autogovernança global, de modo a assegurar que todos os lados sejam apresentados à população (FISS, 2005, p. 49). Aqui, o contravalor à liberdade de expressão irrestrita é a própria democracia, e não apenas a igualdade.

Assim, o Estado é chamado a promover uma liberdade pública, atuando como um mediador imparcial do debate público, condição que lhe garante alguns deveres-poderes. Nas palavras de Fiss (2005, p. 54):

Um mediador deve ser sensível às limitações que os recursos - como tempo e dinheiro impõem ao debate e pode ter de dizer: "Nós já ouvimos muito deste lado. Talvez outros deverem ter a chance de falar antes de votarmos". Um mediador imparcial quer vigorosa expressão de visões, mas é também sensível aos excessos na defesa de ideias e ao impacto de tais excessos sobre a qualidade do debate. Um mediador imparcial pode às vezes ter de interromper e dizer: "Você não poderia conter-se? Você tem sido tão abusivo no modo como tem exposto seu ponto de vista que muitos se retiraram por completo do debate."

É inegável que a intervenção do Estado mediador terá impacto sobre a decisão final do público, contudo, a alteração do resultado é natural e desejável. Afinal de contas, o Estado mediador imparcial, ao agir, não tem por finalidade alterar o resultado, mas garantir uma igual distribuição dos discursos de modo que todas as vozes sejam ouvidas. Se isso altera o resultado não há nada de errado, já que *"o que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informação integral e sob condições adequadas de reflexão"*. (FISS, 2005, p. 55)

No entanto, a atuação do Estado mediador também não pode ser ilimitada. Cabe ao Poder Judiciário estabelecer limites às restrições impostas pelo Estado se entender que a regulação não melhorará a qualidade do debate. Importante notar que a ideia do Estado-mediador parte do pressuposto de que é legítimo que o Estado

regule o debate público, de modo que ao Poder Judiciário pode analisar se a regulação imposta no caso concreto melhora (ou não) o debate público. A divergência possível de ser estabelecida diz respeito aos efeitos da regulação no caso concreto e não à possibilidade genérica do Estado atuar como mediador (e regulador) do debate público.

A contraposição entre a teoria libertária e a teoria democrática não é exclusividade do sistema jurídico norte-americano. A maioria das discussões acerca da liberdade de expressão têm origem em duas concepções distintas sobre a liberdade de expressão.

Recentemente, a Suprema Corte Argentina declarou constitucional a Lei de Meios (Lei 26.522/2009)²⁵ que, segundo o seu artigo primeiro, tem como objeto a *regulamentação dos serviços de comunicação audiovisual em todo o território argentino, bem como o desenvolvimento dos mecanismos destinados à promoção, desconcentração e fomento da concorrência com a finalidade de reduzir custos, democratizar e universalizar o aproveitamento das novas tecnologias de informação e de comunicação*²⁶. Foi colocado em debate a constitucionalidade do artigo 45²⁷, que estabelece limites à concentração de licenças, e do artigo 161²⁸, que impõe que os titulares de licenças que não cumpram os requisitos da lei, entre eles os requisitos

²⁵ Lei disponível no endereço < <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/158649/norma.htm>>

²⁶ **ARTICULO 1º** — *Alcance*. El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización¹ y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

²⁷ **ARTICULO 45.** — *Multiplicidad de licencias*. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.

²⁸ **ARTICULO 161.** — *Adecuación*. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

referentes à quantidade máxima de licenças, devem se adequar à nova lei no prazo não superior a um ano.

As opiniões sobre a lei de meios argentina estão divididas. De um lado, há os que entendem que as restrições à concentração de licenças ofendem a liberdade de expressão, além de ser um combate pessoal do governo de Cristina Kirchner ao grupo Clarín²⁹, detentor de canais de rádio, TV aberta, TV a cabo e Internet, e que terá que se desfazer de pelo menos 150 das suas 200 concessões, conforme estimativa do Jornal O Globo³⁰. Do outro lado, há os que entendem que o modelo de democracia escolhido pela sociedade exige a criação de condições de participação e de acesso à comunicação e à cultura, em outras palavras, os defensores da lei afirmam que uma sociedade democrática exige meios de comunicação democráticos³¹.

O debate travado na Argentina sobre a Lei de Meios reflete a contraposição das concepções libertária e democrática sobre a liberdade de expressão. O grupo contra a Lei de Meios argumenta que esta tem por finalidade silenciar as críticas ao governo³². Além disso, os contrários à lei afirmam que as 237 licenças de TV por assinatura e a prestação desse serviço a 58% da população é o resultado da qualidade dos serviços prestados, da crítica e da independência do governo, elementos determinantes da preferência dos consumidores³³ e, conseqüentemente, do sucesso do grupo Clarín.

²⁹ Conforme informações divulgadas no endereço eletrônico <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniaio/32159/lei+de+meios+ferre+de+morte+liberdade+de+expressao+e+democracia.shtml>>. Acesso realizado em 02/11/2012.

³⁰ Conforme informações divulgadas no endereço eletrônico <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/governo-argentino-defende-lei-de-meios-que-vai-limitar-o-grupo-clarin.html>. Acesso realizado em 02/11/2012.

³¹ Conforme informações divulgadas no endereço eletrônico <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniaio/32161/lei+de+meios+sancao+e+ponto+de+partida+para+democratizar+meios+de+comunicacao.shtml>. Acesso realizado em 02/11/2012.

³² Conforme informações divulgadas no endereço eletrônico <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2013/10/governo-argentino-defende-lei-de-meios-que-vai-limitar-o-grupo-clarin.html>. Acesso realizado em 02/11/2012.

³³ Conforme informações divulgadas no endereço eletrônico <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/10/tribunal-nega-pacto-com-governo-na-questao-da-lei-de-meios-na-argentina.html>. Acesso realizado em 02/11/2012.

Os defensores do grupo Clarín adotam uma concepção de liberdade de expressão centrada no indivíduo emissor da mensagem, concluindo que a intervenção do Estado na concentração dos meios limita a capacidade expressiva do grupo e, dessa forma, constitui embaraço à liberdade de expressão. É inegável a predominância de elementos libertários nos ataques à Lei de Meios Argentina.

De modo diverso, a ONG Repórteres Sem Fronteiras (RSF) entende que a Lei de Meios constitui grande passo em favor do pluralismo na Argentina e na região, ressaltando, contudo, a urgência de regulamentação das propagandas oficiais, que não devem ser utilizadas como forma de financiar as emissoras que apoiam o governo³⁴. Tanto os Repórteres Sem Fronteiras quanto os defensores de Kirchner entendem que a concentração dos meios de comunicação de massa é prejudicial à pluralidade e ao debate público e robusto, imprescindível em uma democracia.

Segundo os defensores da Lei dos Meios, esta, antes de limitar, promove a liberdade de expressão e a necessária pluralidade de opinião. Esse grupo coloca o destinatário da mensagem no centro de gravidade da liberdade de expressão, entendendo que esta deve ser regulada de modo a permitir a pluralidade de opiniões e um debate público robusto. Nessa perspectiva, a Lei de Meios argentina é carregada de uma concepção democrática da liberdade de expressão.

Os problemas relacionados à face pública da liberdade de expressão se colocam antes no sentido de saber qual é concepção de liberdade de expressão adotada pela Constituição, do que em decidir se a lei ou um ato qualquer afronta (ou não) a liberdade de expressão. É preciso decidir em um primeiro momento quais as exigências que a democracia e o princípio da igualdade impõem à compreensão da liberdade de expressão. A ausência de clareza quanto à concepção de liberdade de expressão adotada também é verificada na doutrina brasileira.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p. 58) aponta que a liberdade de informação em um primeiro momento foi interpretada simplesmente como o direito que a pessoa tinha de exteriorizar sua opinião (teoria libertária), entendimento que coloca o indivíduo emissor da mensagem no centro da liberdade de informação.

³⁴ Opinião disponível em <http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/ong-reporteres-sem-fronteiras-apoia-lei-de-meios-da-argentina,9493d61d5e402410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>. Acesso realizado em 05/11/2013.

Ainda, o autor afirma que recentemente a liberdade de informação tem sido compreendida também como um direito coletivo, na medida em que inclui o direito do povo de ser bem informado (teoria democrática).

De modo semelhante, José Afonso da Silva (2011, p. 245) afirma a necessidade de se realizar a distinção entre liberdade de informação e direito à informação. A primeira coincide com a liberdade de manifestação do pensamento, enquanto que a segunda indica o direito da coletividade de ser informada para o exercício consciente das liberdades públicas.

As definições de José Afonso da Silva (2011) e Claudio Luiz Bueno de Godoy (2001) colocam no mesmo plano duas concepções distintas acerca da liberdade de expressão, que, como no exemplo da Lei de Meios argentina, são inconciliáveis.

A partir da concepção democrática de liberdade de expressão, a ausência de concentração dos meios de comunicação de massa é um dos elementos necessários à garantia da pluralidade, mas não é o único. Nada impede que meios com titularidade diversa propaguem as mesmas opiniões, em outras palavras, a pluralidade de proprietários não significa pluralidade de opiniões. Essas constatações impõem uma breve exposição sobre os conflitos internos e externos que envolvem os meios de comunicação de massa.

4.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA: ENTRE A PROPRIEDADE E A PLURALIDADE

A promoção da pluralidade de opiniões se mostra ainda mais complexa do que a simples limitação de um discurso reputado abusivo. Neste sentido, fazemos as seguintes indagações: Qual discurso será limitado? Em qual medida haverá a restrição? Até quando ele será restringido? Quais as informações/opiniões (reputadas mais plurais) serão divulgadas? Como será feita esta escolha? O que justifica que essas e não outras opiniões sejam divulgadas? Há espaço para todos?

Essas são apenas algumas perguntas que refletem a complexidade da construção de um espaço de debate plural em sociedades complexas compostas por muitas etnicidades. À delicada situação de restrição à liberdade de expressão, ainda que abusiva (já que não raro é tênue a linha que distingue o abuso), soma-se a diversidade de opiniões, visões de mundo e modos de vida, o que torna ainda mais complexa a tarefa de escolher quais os discursos/opiniões que devem ser promovidos pelo Estado.

A interação entre a população e os seus representantes acontece, na maioria das vezes (se não unicamente), no período eleitoral, no qual a possibilidade de discussão sobre as questões que afetam a Cidade, o Estado ou o País – e que nos afetam como membros destas comunidades - frequentemente aparece reduzida aos debates promovidos pelas emissoras de rádio e televisão.

Roberto Gargarella (2007, p. 128) aponta que o sufrágio nasceu como a promessa de constituir a grande ferramenta de controle da população sobre os governantes. Todavia, a confiança no sufrágio, enquanto a grande ferramenta de controle dos governantes, desestimulou a utilização de outras formas de controle popular.³⁵

Em certa medida, os déficits do sufrágio podem ser amenizados ou agravados a depender do grau de democratização dos meios de comunicação social, que em sociedades complexas exercem o papel de mediação das relações que ocorrem no espaço público. Como assinala Alexandre Ditzel Faraco (2009, p. 9-32), a interação política geralmente ocorre entre pessoas que não se conhecem, não dialogam em tempo real, de modo que não possuem outro vínculo além da cidadania.

Dessa forma, os meios de comunicação em massa constituem uma significativa fonte de informação, a mais atrativa e a que alcança o maior número de pessoas, de modo que não há como negar a influência que tais meios exercem na formação da “opinião pública”. É nessa perspectiva, que Alexandre Faraco (2009, p.

³⁵*Más bien, y por el contrario, el sufragio nació y se quedó entre nosotros bajo la promesa de constituir una herramienta de control excepcional – la gran herramienta – sobre nuestros dirigentes. Dicha promesa es la que ha permitido recortar y no desarrollar muchos de los otros instrumentos de control externo o popular sobre los representantes, que en su momento fueron reclamados por los sectores más radicales de la sociedad. Dicha promesa es la que ha legitimado una operación que dejó encerrados gran parte de los controles institucionales que todavía existen, en mecanismos externos o endógenos, como los que son propios de las estructuras de 'frenos y contrapesos'.* (GARGARELLA, 2007, p. 128)

10), consciente do poder econômico e político dos meios de comunicação em massa, reconhece que regular a concentração e o exercício desse poder é um imperativo democrático.³⁶

Essa regulação deve ser orientada pelos compromissos democráticos assumidos desde a Constituição brasileira de 1988 para a consolidação de um espaço de debate público amplo e robusto. Porém, a escolha da melhor forma de regulação dos meios de comunicação, e dos modos pelos quais se pode promover a construção de um debate plural e desinibido, não é pacífica, nem precisos os limites em que essa regulação se legitima. Além disso, uma regulação que se pretenda eficaz deve levar em consideração as características dos meios de comunicação e, em especial, dos diversos interesses que se colocam no cotidiano da mídia-empresa.

A imprensa surge em meados do século XVIII como imprensa de opinião, cujas principais características foram a presença literária e o estilo polêmico. Após, na segunda metade do século XIX, a imprensa é marcada pela natureza comercial e pela vinculação à publicidade (BUCCI, 2000, p. 194). Tal estado de coisas não se alterou significativamente, ainda que os meios tenham, radicalmente, por força da tecnologia, se transformado, se sofisticado e se multiplicado.

Atualmente, os meios de comunicação em massa permanecem marcados pela publicidade como a principal fonte de receita, o que, em certa medida, os torna comprometidos com interesses alheios ao dever de informar. Como bem ressalta Owen Fiss, “uma imprensa controlada por entidades privadas é livre de controles econômicos pelo Estado, o que é, obviamente, para o bem, mas ela é constrangida pela estrutura econômica na qual está inserida” (FISS, 2005, p. 101).

A mídia não deve ser autônoma apenas em relação ao Estado, se faz necessário o equilíbrio entre a busca do lucro pela empresa e os deveres decorrentes da responsabilidade social que possuem. Tal equilíbrio será sempre precário,

³⁶ Os meios de comunicação é que criam um referencial comum em relação ao qual se pode idealizar a existência de um debate. É principalmente através deles que vozes, opiniões e visões de mundo podem pretender ultrapassar os estreitos limites da realidade na qual cada indivíduo se encontra. É possível, conseqüentemente, influenciar o exercício do poder político a partir do controle de tais meios. Por tal razão afirma-se, aqui, que esse controle é representativo não apenas de poder econômico. O seu acúmulo e concentração representam, num sentido mais amplo, concentração de poder político, capaz de desvirtuar o funcionamento e a própria existência do espaço público de uma democracia. Regular a concentração e o exercício desse poder (assim como de qualquer outra fonte de poder social) é, assim, um imperativo democrático. (FARACO, 2009, p. 10)

entretanto, de um lado a regulação (em sentido amplo) e, de outro, a participação popular podem e devem desempenhar um papel mais do que estratégico.

Uma das mais intensas e atuais discussões diz respeito à regulação do conteúdo transmitido pelas emissoras. A busca do lucro repercute na programação da emissora, de modo a condicionar o que é transmitido às preferências dos espectadores. Em razão deste condicionamento, tem-se, por exemplo, a predominância de programas de entretenimento, significativamente mais lucrativos.³⁷

Há diversos interesses que influenciam na programação da emissora, interesses que frequentemente entram em conflito. Um desses conflitos se dá entre os interesses dos anunciantes e a preferência do público. Como bem analisa Faraco, os anunciantes:

(...) visam não apenas espaço para seus anúncios em momentos com grande audiência, mas também programas que possam estimular o espectador a consumir seus produtos. Um eventual documentário sobre uma crise humanitária, que possa provocar mais um movimento de compaixão do que de consumo, não seria um espaço preferencial para anúncios de cerveja (os quais, por outro lado, são uma presença constante nos grandes eventos esportivos). (FARACO, 2008, p. 15)

Podemos identificar pelo menos três fatores distintos que podem (e devem) influenciar na programação a ser transmitida: (i) interesse dos espectadores; (ii) interesse dos anunciantes; e (iii) interesse público na construção de um debate público amplo e robusto.

Os fatores (i) e (ii) são pressupostos do funcionamento do meio de comunicação social privado. A relação entre a publicidade (interesse dos anunciantes) e a audiência (interesse dos espectadores) é uma via de mão dupla. Os anunciantes somente terão interesse em divulgar seus produtos se a publicidade alcançar um número significativo de consumidores em potencial. Por sua vez, a audiência possui relação direta com o conteúdo transmitido e com o horário de transmissão, vale dizer,

³⁷“Ao contrário de certos programas de entretenimento, noticiários e reportagens, em regra, não têm como gerar receitas adicionais àquelas decorrentes dos anúncios. Já alguns formatos de entretenimento, como novelas, filmes, minisséries e sitcom, podem ser vendidos para outras emissoras, nacionais ou estrangeiras, reapresentados em outros horários e comercializados como DVDs.” (FARACO, 2008, p. 16)

tanto o horário quanto o conteúdo “filtram” quantitativa e qualitativamente os espectadores (consumidores em potencial).

É exatamente por isso que, por exemplo, na televisão aberta a transmissão dos programas infantis é, em geral, realizada pela manhã³⁸. Do mesmo modo, o ideal é que a publicidade seja condizente com o possível perfil dos espectadores, o que, por sua vez, pode encontrar no conteúdo da programação uma espécie de “filtragem”. Não é por outro motivo que canais voltados especificamente ao público infantil possuem grande anúncio de brinquedos.

A relação entre a audiência e a publicidade não é necessariamente ruim. A partir do momento que a democracia exige que as emissoras sejam dotadas de autonomia jurídica e autonomia econômica em relação ao Estado, a fim de que possam exercer livremente a crítica e o dever de informar, há que se admitir que as emissoras funcionem, ao menos parcialmente, sob a lógica privada.

Além disso, o lucro obtido com uma produção de elevada audiência poderá ser investido na produção de outras obras, sejam elas de entretenimento, jornalísticas ou educativas. Para que esse ciclo seja viável, é necessário que, no mínimo, o conteúdo da transmissão seja interessante o suficiente para que o indivíduo não desligue o aparelho e vá fazer outra coisa.³⁹

Na base da relação entre a audiência e a publicidade está a tensão entre capitalismo e democracia. Ou seja, os interesses econômicos determinam, em boa parte, a informação a ser veiculada pelos meios. O contrário também é verdadeiro, eis que o desejo de maximizar lucros pode levar a imprensa a ignorar fatos que deveriam ser veiculados porque não gerarão a receita desejada. (FISS, 2005, p. 102). Daí a importância da intervenção do Estado.

³⁸ Pressupõe-se que no período da manhã há predominância de espectadores infantis, enquanto que a noite, por exemplo, o público é constituído predominantemente por adultos. Estas menções são meramente exemplificativas, sendo certo que há inúmeras outras formas de se “filtrar” o perfil dos potenciais consumidores por meio do conteúdo da programação.

³⁹ Como afirma Alexandre Ditzel Faraco (2008, p. 15): *A busca de programas com um 'mínimo denominador comum' é possível, como destacado por Beebe, porque o comportamento das pessoas não é o de assistir somente aquilo que melhor corresponda à sua principal preferência pessoal. O programador da televisão ou rádio, ao tentar maximizar a audiência potencial de um programa, pode procurar apenas oferecer algo suficientemente atraente para evitar que o espectador ou ouvinte desligue o aparelho e vá fazer algo diverso.*

Assim, em relação ao conteúdo que é transmitido, temos que pode haver o conflito entre: (i) a preferência dos espectadores (específicos tipos de entretenimento ou informação) e o interesse dos anunciantes (a transmissão de conteúdos que direta ou indiretamente estimulem o consumo dos seus produtos); (ii) o interesse da mídia-empresa (perspectiva de lucro, preponderância de programas de entretenimento) e a responsabilidade social da mídia (programas de informação relevantes, veracidade da informação, pluralidade de opiniões, etc); (iii) o interesse dos anunciantes (publicidade e propaganda) e o interesse público na construção de um espaço de debate público amplo, robusto, plural e desinibido; (iv) o interesse de espectadores, individualmente considerados, e o interesse público na informação, na pluralidade de opiniões, no debate, enfim, na construção de uma democracia efetivamente participativa.

Para além do conflito entre entretenimento e informação, o conflito entre interesses privados e a função social da mídia é transposta para o espaço interno das atividades de informação. Exemplo desta transposição é a influência de interesses privados na atividade jornalística. Por interesses privados, entenda-se tanto o interesse dos anunciantes, do poder econômico de grupos que concorrem fortemente no mercado, quanto os interesses internos da própria empresa jornalística e dos seus empregados.

Uma grande tensão se coloca no que se refere à necessidade de conciliação entre os dois primeiros fatores (interesse dos espectadores ou ouvintes e o interesse dos anunciantes) com o *interesse público na construção de um debate público amplo e robusto*. A existência de emissoras privadas, que funcionam (ou deveriam funcionar) com autonomia econômica e jurídica, especialmente do governo de turno, é interessante à democracia na medida em que viabiliza o conhecimento, pela população, dos atos praticados pelos três poderes da república, o que permite a discussão, a manifestação e, nos casos de irregularidades, exige do poder público uma resposta, que em muitos casos não seria dada se não houvesse a pressão decorrente da exposição pública. É nesse sentido que a mídia é frequentemente apontada como um quarto poder.

A mídia possui o poder de expor fatos, exigir respostas, cobrar as autoridades, levar ao conhecimento destas as necessidades da população, expor as omissões do poder público, promover verdadeiras discussões sobre fatos importantes à Cidade, ao Estado-Membro e ao País, enfim, a mídia pode ser verdadeiramente a mediadora das

relações que ocorrem no espaço público, a grande ponte entre os representantes e os representados. Por outro lado, do mesmo modo que a mídia tem o poder para expor, denunciar e cobrar o poder, também pode se omitir, calar, destruir ou desviar a atenção da população.

Em razão da racionalidade privada (e capitalista) da mídia, especialmente a busca do lucro, o ideal de autonomia, especialmente dos meios de comunicação em massa, parece comprometido. Não há como a mídia fomentar a discussão sobre temas relevantes, informar adequadamente, cobrar as autoridades, enfim, ser a ponte entre representantes e representados, se a sua racionalidade de atuação for pautada exclusivamente na obtenção do lucro, pois é certo que o poder político (fragilmente democrático), ao qual a mídia deve controlar, anda, muitas vezes, de mãos dadas com o poder econômico, fonte (real ou potencial) dos lucros almejados pela mídia-empresa.

Diante disso, deixar que a mídia funcione exclusivamente segundo a racionalidade privada compromete a autonomia, vicia o debate, desestimula ou condiciona a investigação a interesses privados, compromete a informação, enfim, afeta, negativamente, a própria democracia.

O resultado financeiro da atividade econômica da mídia-empresa (eufemisticamente dizendo) deve ser mera consequência da qualidade do conteúdo transmitido, do bom exercício da função social da mídia, associada à credibilidade obtida pela mídia-empresa em razão da competência, da seriedade no ato de informar, da pluralidade de pontos de vistas expostos na informação e da veracidade das informações.⁴⁰

A autonomia da mídia em relação ao Estado deve ser tanto de opinião quanto econômica e jurídica. Entretanto, a sua afirmação não deve significar, paradoxalmente, a sujeição ao mercado, isto é, aos anunciantes e ao proprietário da empresa de informação. Vale dizer, é desejável que os meios de comunicação sejam

⁴⁰ Fábio Martins de Andrade (2007 p. 61/62) afirma que *“Embora a noção de mídia seja atualmente indissociável à ideologia capitalista, é necessário que os órgãos da mídia não funcionem como qualquer outra corporação deste injusto modo de produção. Deve, assim, zelar pela sua independência, como meio de exercício da sua atividade. O fim almejado é a credibilidade perante o grande público. O lucro da empresa mercantil não passa de mera consequência. Apesar de conhecido o fato de que as empresas jornalísticas são empresas privadas, não se deve jamais olvidar de que o serviço que prestam aos seus consumidores e usuários é público.”*

jurídica, política e economicamente autônomos em relação ao Estado, porém esta autonomia também deve valer em relação a outras forças como a do mercado. O mercado, como afirma Fiss (2009, p. 102), *“pode fazer com que ela seja tímida na crítica ao governo ou a certos candidatos, quando as políticas governamentais ou as posições dos candidatos favorecem os interesses econômicos da imprensa”*.

A obtenção de lucro leva os empresários de comunicação a trabalharem com a lógica da maximização daqueles com a minimização dos custos não importando se o resultado disso é uma informação determinada pelo mercado a despeito de uma informação democrática.

A atividade dos meios de comunicação social, mais especificamente a atividade jornalística possui grande influência na formação da opinião pública e construção do que se considera como “verdade”. As informações que podem ser objeto de uma notícia são muitas e estão dispersas na sociedade, de modo que a veiculação da notícia envolve um processo de seleção mais ou menos arbitrário sobre o que, de que modo, em qual local e com qual destaque será divulgada uma ou outra notícia.⁴¹

A relevância dessas questões dizem respeito ao fato de que tanto o processo de seleção acerca do que deve virar notícia, quanto o modo pelo qual a notícia é veiculada e as opiniões expressadas, influenciam a formação da vontade geral, bem como as crenças e comportamentos individuais. Há experiências sobre a influência de um agente na formação ou, mais propriamente, na declaração da opinião.

Uma dessas experiências foi realizada por Muzafer Sherif⁴² – que verificou e comparou o comportamento individual e comportamento de grupo quando os

⁴¹ Sobre a seleção da notícia Francisca Ester de Sá Marques (1999, p. 6/7) afirma: *“Assim é que depois de analisar todos os acontecimentos emergentes na realidade para determinar quais são factíveis de se tornarem notícias, o jornal passa a ser o responsável único e difuso de um agendamento que propõe não só em que pensar, mas o que pensar e como pensar, ou seja, não só seleciona os acontecimentos, mas os enquadramentos e as categorias para pensar esses acontecimentos. É um agendamento fundamentado na projeção de recortes da realidade para construção de um pseudo-ambiente, cujo princípio de obrigatoriedade em função da concorrência e da exigência do interlocutor neutraliza, ao mesmo tempo, a relatividade dos valores e fatos em questão, e a arbitrariedade dos fundamentos utilizados para justificá-los. Enfim, um agendamento que constitui um esquema de seleções e de conhecimentos para dar sentido aquilo que é proposto a ser observado, a ser lido, a ser interpretado eticamente, pois é a seletividade que torna o improvável em provável”* - Disponível em http://www.bocc.ubi.pt/_esp/autor.php?codautor=25

⁴² No experimento *“as pessoas eram colocadas em uma sala totalmente escura, na qual um pequeno e insignificante ponto de luz estava posicionado a alguma distância delas. A luz estava, na realidade, imóvel, mas em virtude de ilusão de ótica, ela parecia mover-se. Em cada uma das experiências, Sherif*

participantes eram questionados sobre questões difíceis. Outra experiência interessante foi realizada por Solomon Asch⁴³ – que verificou se as pessoas estariam dispostas a ignorar uma percepção própria confiável, facilmente apreendida pelos sentidos, em favor da orientação do grupo. Ambas as experiências foram analisadas por Cass R. Sunstein (2006, p. 66) que concluiu que há dois fatores que influenciam as crenças e comportamentos individuais: (i) “*se um número de pessoas parece acreditar que uma proposição é verdadeira, existe razão para acreditar que essa proposição é de fato verdadeira*”; (ii) há um “*generalizado desejo humano de provocar uma boa opinião nos demais*” (SUNSTEIN, 2006, p. 66).

As comprovações de Solomon Asch e Muzafer Sherif são relevantes, pois revelam o potencial dos meios de comunicação social para engendrar consenso, independentemente da veracidade dos fatos ou da coerência dos argumentos. Nas sociedades complexas, quase que toda a informação que chega à população é produzida pelos meios de comunicação social, de modo que estes podem determinar tanto quais serão os temas dominantes do momento, quanto a ideologia e os

pediu às pessoas para estimarem a distância em que a luz teria se movido. Quando indagadas individualmente, as pessoas não concordavam umas com as outras e as suas respostas variavam significativamente em cada experiência. Isso não é surpreendente; como a luz não se movimentara, qualquer julgamento sobre distância era um simples palpite. Mas Sherif atingiu alguns resultados impressionantes quando as pessoas eram convidadas a atuar em pequenos grupos. Nesse caso, os julgamentos individuais convergiam e se desenvolvia rapidamente um padrão grupal estabelecendo a distância correta. (...) Quando Sherif acrescentou um colaborador disfarçado – aliado a ele, sem o conhecimento dos participantes do experimento -, algo a mais aconteceu. Especialmente quando o colaborador expressou-se de modo confiante e firme, seu julgamento teve um efeito enorme. Mais especificamente, a avaliação do colaborador disfarçado, tipicamente muito mais elevada ou muito mais reduzida do que aquela feita pelos demais, auxiliou a produzir julgamentos correspondentemente mais elevados ou mais reduzidos dentro do grupo. A grande lição é que, especialmente em casos envolvendo difíceis questões de fato, os julgamentos 'podiam ser impostos por um indivíduo destituído de poder coercitivo e sem qualquer pretensão de conhecimento especializado, mas apenas uma proposta de ser consistente e não hesitante em face da incerteza dos demais.' (RDPE, ano 04, n.º 13, p. 72/73, janeiro/março 2006.)

⁴³ *“Nesses experimentos, o sujeito era colocado em um grupo composto por sete a nove pessoas, aparentemente outros participantes na experiência mas que eram realmente colaboradores disfarçados de Asch. A tarefa ridiculamente simples era 'combinar' uma linha específica, mostrada numa grande cartolina branca, com uma dentre três 'linhas de comparação' que era idêntica em comprimento à primeira. As duas linhas destoantes eram substancialmente diferentes, com uma diferença variando de 4,45 cm a 1,90 cm. Nas duas primeiras etapas do experimento, todos concordam quanto à resposta correta. (...) Mas 'subitamente essa harmonia é destruída na terceira etapa'. Todos os demais membros do grupo fazem algo que obviamente é, para o participante e para qualquer pessoa razoável, um grande erro, identificando a linha em questão com outra que é evidentemente mais longa ou mais curta. Nessas circunstâncias, o participante tem uma escolha: ele pode manter seu julgamento independente ou, ao contrário, aceitar o ponto de vista da maioria unânime. (...) Quando convocadas a decidirem por si mesmas, sem presenciar o julgamento dos demais, as pessoas erram menos do que 1% das vezes. Mas em etapas em que a pressão do grupo apoiava a resposta incorreta, as pessoas erram 36,8% das vezes. Mais ainda, em uma série de doze questões, não menos do que 70% das pessoas acompanhou o grupo e desafiou as evidências dos seus próprios sentidos pelo menos uma vez.” (RDPE, ano 04, n.º 13, p. 75/76, janeiro/março 2006.)*

argumentos que serão predominantemente conhecidos (e fatalmente aderidos) por grande parte da população.⁴⁴

A verdade é que, em razão dos custos informacionais, é inviável à grande maioria da população buscar, por si e fora da mídia televisiva ou imprensa escrita, as informações do seu interesse. As experiências de Asch e Sherif, conquanto relevantes, comprovam o que sempre foi intuitivo: a importância dos meios de comunicação de massa na criação daquilo que se considera verdade.

No que se refere à regulação para fins de pluralidade, Fiss (2005, p. 107) menciona a experiência norte-americana acerca da *Fairness Doctrine*, criada pela *Federal Communications Commission (FCC)*, que exigia que empresas de rádio e televisão cobrissem assuntos de importância pública, mas não apenas isso. Ela requeria que a cobertura dos assuntos fosse realizada de maneira equilibrada, com a exposição de tantos lados quanto houvessem em cada história. Ainda, como decorrência do dever de pluralidade, a *Fairness Doctrine* possibilitava ao candidatos políticos o direito de resposta à editoriais hostis.

A *Fairness Doctrine* foi levada à Suprema Corte no caso *Red Lion Broadcasting v. FCC*, de 1969, no qual um escritor, que havia sido chamado de comunista por emissora de rádio da rede *Red Lion*, exigia o direito de resposta. A Suprema Corte julgou constitucional a *Fairness Doctrine* sob o argumento de que a autonomia conferida à imprensa não era absoluta, o que permitia a superação da autonomia em favor da promoção de um debate público desinibido, robusto e amplamente aberto. (FISS, 2005, p. 108)

Em 1987, após quase duas décadas do caso *Red Lion*, a própria *FCC* declarou a inconstitucionalidade da *Fairness Doctrine*. A Corte de Apelação para o Distrito de Columbia, no processo de revisão, entendeu que a decisão da *FCC* tratava simplesmente de um ato de discricionariedade administrativa. Ao discordar da decisão da Corte de Apelação, o Congresso aprovou lei que reafirmava a *Fairness Doctrine*.

⁴⁴ Exemplo disso são as “discussões” colocadas sobre os altos índices de criminalidade. Na verdade raramente há um verdadeiro debate acerca de temas de grande relevância, sendo que o espaço público, no qual deveria haver um verdadeiro debate amplo, robusto e plural, frequentemente é ocupado por frases de efeito como “as leis brasileiras são muito brandas”, “a redução da maioria penal para a prisão dos bandidos mirins”, que não levam ao público a riqueza das diversas opiniões, argumentos e lados inerentes ao debate.

Todavia, o presidente Reagan vetou a medida por entender que a lei era inconstitucional. (FISS, 2005, p. 110).

O argumento dos opositores da *Fairness Doctrine* se fundava na expectativa de que a regulação não contribuiria para a pluralidade, mas desestimularia os meios de comunicação a adotarem posturas polêmicas ou exercerem o direito de crítica (FISS, 2005, p.111). As controvérsias acerca da regulação proposta pela *Fairness Doctrine*, assim como as recentes discussões sobre a Lei de Meios argentina, giram em torno de distintas concepções sobre o real significado da liberdade de expressão.

4.2 DUAS CONCEPÇÕES E DUAS FACES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A face pública da liberdade de expressão tem por finalidade ou efeito o exercício de direitos políticos, a participação do cidadão nas decisões políticas, a crítica ao poder instituído e às autoridades, a discussão sobre as opções dos governantes. Dessa forma, a face pública se relaciona com a ideia de democracia e com a construção de um espaço de debate público, plural, robusto e desinibido que viabilize a discussão aberta das questões importantes para a comunidade. A face pública da liberdade de expressão se assenta, entre outros, no argumento segundo o qual “o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 403), *acrescente-se*, poder que pode ter origem no Estado ou nos particulares.

Por outro lado, a face privada da liberdade de expressão se apresenta como a manifestação de fatos, opiniões, produções artísticas ou qualquer outra forma de expressão que tenham um fim em si mesmas ou tenham por finalidade preponderante o entretenimento, a divulgação do belo, do chocante, do engraçado, a manifestação do *ser*, e que não tenha como norte preponderante o debate público ou o exercício de direitos políticos. Nessa perspectiva, a liberdade de expressão é vista como corolário da dignidade humana, eis que, nas palavras de Branco (2009, p. 403) “o *ser humano*

se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa”.

Assim como as duas faces de um mesmo objeto, a classificação em *pública* ou *privada* dependerá do conteúdo revelado, da finalidade e dos efeitos decorrentes do exercício da liberdade. As duas faces são inseparáveis, de modo que nos casos concretos é possível identificar na melhor das hipóteses uma carga preponderante de uma ou outra. Não há divisões estanques, separações absolutas, de modo que todo exercício da liberdade de expressão carrega em si mesmo elementos públicos e privados.

Para exemplificar a classificação proposta, imaginemos um estudante apaixonado que, para declarar o seu amor, envia um carro de som à faculdade da pessoa amada. Não há dúvidas de que o estudante exerce liberdade de expressão. Também não é possível negar que um candidato a senador, ao realizar um discurso político, exerce liberdade de expressão, assim como um grupo de pessoas que, inconformadas com determinada situação, organizam um protesto, também exercem liberdade de expressão.

Todavia o exercício da liberdade de expressão do romântico não é igual ao exercício da liberdade de expressão do político, que também não é igual ao exercício de liberdade dos manifestantes. Nos exemplos mencionados há elementos que nos permitem discernir o grau de importância que cada discurso possui para o debate público.

O político, ao realizar o discurso, tem por finalidade convencer as pessoas de que a sua proposta é a melhor possível. Os manifestantes, por sua vez, objetivam reivindicar e coagir o poder público a tomar determinada providência. O apaixonado, ao se manifestar, pode ter por finalidade conquistar a pessoa amada *ou não*.

A pessoa pode simplesmente escrever um poema ou fazer uma música como forma de expressar os seus sentimentos em um dado momento, sem que essa expressão tenha necessariamente uma finalidade externa ao indivíduo. Nesse caso, a liberdade de expressão encontra um valor em si mesma, enquanto forma de expressão do ser, do amor, do engraçado, do horripilante, do chocante e assim por diante. Nessa perspectiva, a liberdade de expressão se relaciona com um desenvolvimento psicológico saudável e com a dignidade humana, mas não apenas

isso, aqui a liberdade de expressão tem como referência o indivíduo emissor da mensagem e pouco tem a ver com o debate público ou com o exercício de direitos políticos.

Esse “ou não”, essa finalidade facultativa, é um critério importante para distinguir a face privada da face pública da liberdade de expressão. Diferente da face privada, a face pública da liberdade de expressão sempre terá uma finalidade externa ao indivíduo; informar, convencer, debater entre outras, além de ser carregada de um conteúdo político. Dessa forma, a face pública se insere na ideia de construção de um espaço de debate público e se relaciona com a ideia de democracia.

Em algumas situações, a distinção conforme os critérios apontados pode ser difícil. Essa dificuldade pode ser verificada em algumas expressões de cunho artístico que são carregadas de conteúdo político, nas quais é difícil distinguir com precisão os limites entre a mera criação artística e a mensagem política.

Por essa razão, nos parece que a estrutura da mensagem (musical, audiovisual, textual, etc) e o meio (rádio, televisão, jornal escrito, etc) a partir do qual a mensagem é veiculada nada dizem sobre a sua qualidade *pública ou privada*, não servindo de critério distintivo. Essa afirmação é confirmada pela constatação de que algumas expressões musicais, geralmente utilizadas como formas de expressão privada, tiveram (e têm) grande importância na crítica ao poder instituído, podendo ser classificadas como expressões preponderantemente públicas na medida em que estimularam (e ainda estimulam) o debate sobre problemas políticos e sociais. Alguns exemplos podem ser encontrados nas letras de Geraldo Vandré, Chico Buarque de Hollanda, Tom Jobim e, mais recentemente, nas letras de alguns rappers, entre eles MV Bill, Emicida e o grupo Racionais MC's.

De igual modo, também não nos parece adequado qualificar a expressão a partir do agente emissor. Em um primeiro momento poderíamos pensar que a mensagem ou o discurso realizado por um agente político é, *necessariamente*, uma mensagem pública. O correto, porém, seria afirmar que o discurso de um agente político *pode* representar o exercício da liberdade de expressão em sua feição pública, a depender da *finalidade*, do *efeito* ou da *condição* a partir da qual o agente se expressa.

O discurso de um agente político apenas terá, *necessariamente*, feição pública quando for realizado no exercício da função ou em razão dela. Apenas nessa ocasião se pode afirmar que o agente emissor qualifica a mensagem e, ainda assim, com alguma ressalva, visto que não é o indivíduo emissor, em si mesmo, que qualifica a mensagem, mas o exercício de função pública que torna o discurso do agente político interessante à toda a comunidade, que tem o direito de conhecer os atos praticados por seus representantes no exercício da função.

Contra a afirmação anterior há quem sustente que todos os fatos relacionados ao agente político, ainda que ocorridos em espaço privado e com espectadores limitados, seria considerado público na medida em que interessa aos eleitores conhecer as opiniões e fatos concernentes aos seus representantes. Porém, até mesmo em relação ao agente político há fatos íntimos que não revelam qualquer interesse informativo e cuja exposição, ao contrário de fomentar o debate público, causaria um *efeito silenciador* sobre o agente.

Por outro lado, há fatos e opiniões do agente político que, ainda que praticados em ambiente privado, se revestem de interesse informativo na medida em que revelam as posições do agente sobre assuntos que interessam à toda a sociedade e são decisivos para a formação do voto. Neste caso, embora seja reconhecida a legalidade da divulgação, também aqui o que qualifica o discurso é conteúdo, e não o agente.

Caso o agente político se pronunciasse, por exemplo, sobre a sua visão acerca da criação do mundo, suas preferências musicais, literárias ou esportivas, não haveria qualquer interesse legítimo dos cidadãos a tomar conhecimento do discurso, posto que nesse caso o pronunciamento estaria circunscrito à esfera privada do agente. Por outro lado, se o mesmo agente político, que atua como pastor nas horas vagas, faz sermão de combate à homossexualidade e ao tratamento igualitário dessas pessoas, faz surgir o direito dos cidadãos a serem informados sobre o fato, que consiste na opinião de um representante do povo sobre um assunto de interesse de todo cidadão. Neste caso, é coerente classificar como público o discurso do pastor político, eis que eventual decisão política que afete o tratamento conferido pelo Estado aos homossexuais diz respeito à toda a sociedade, até mesmo àqueles que partilham da opinião do pastor.

Por essas razões, é possível afirmar que: (i) a qualificação do exercício da liberdade de expressão do agente político, salvo no caso de exercício da função, se dá pelo conteúdo do discurso, e não pela condição do agente; (ii) parece adequado utilizar a *finalidade* e o *efeito* do discurso como parâmetros aptos a distinguir a face pública da face privada da liberdade de expressão.

A maioria dos conflitos que envolvem a liberdade de expressão podem ser resolvidos com a escolha de uma das concepções de liberdade de expressão (libertária ou democrática). Contudo, como bem afirmam Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto (2005, p. 7), tanto a teoria libertária quanto a teoria democrática despertam perplexidades.

A garantia da liberdade nos termos quase absolutos da teoria libertária pode conduzir ao efeito silenciador daqueles que não possuem um quinhão no mercado da comunicação social. Por outro lado, situar o Estado no papel de curador da qualidade do debate público, admitindo a possibilidade de atuação imparcial e livre de vícios dos agentes do Estado na análise do que merece ou não ser dito, poderia conduzir ao desenvolvimento de um esquema de censura e controle dos meios de comunicação. (FISS, 2005, p. 8)

Com efeito, as duas concepções não podem ser aplicadas ao mesmo caso simultaneamente. Embora as duas sejam contraditórias e inconciliáveis entre si, não é possível sustentar a completa eliminação de uma ou de outra. Ambas possuem relevante papel no nosso constitucionalismo. A teoria libertária encontra o seu valor no combate ao abuso estatal, ao passo que a teoria democrática impõe que também as forças privadas não soterrem a voz de grupos desfavorecidos. A tensão entre os argumentos libertários e os democráticos exige a adoção de novas fórmulas para analisar velhos problemas.

A aplicação da teoria libertária a todos os casos de liberdade de expressão parece equivocada, eis que tal concepção não dá conta de considerar outros princípios que também incidem no caso concreto, como o princípio democrático e o princípio da igualdade. Por outro lado, a teoria democrática também não parece adequada à solução de todos os conflitos que envolvem a liberdade de expressão, mas tão somente àqueles que digam respeito ao debate público.

A maioria dos problemas sobre a liberdade de expressão tem origem na falta de distinção entre as diversas formas de exercício dessa liberdade, o que gera distorções e permite o confronto entre as duas teorias. A fim de extrair o que há de melhor nas duas concepções e permitir a coexistência de ambas, se faz necessário distinguir as formas de exercício da liberdade de expressão, entender as suas idiossincrasias, finalidades e efeitos, o que permitirá visualizar qual a teoria mais adequada ao caso concreto. Nesse ponto, convém retomar a distinção realizada entre as *faces pública* e *privada* da liberdade de expressão.

A face pública da liberdade de expressão tem por finalidade ou efeito o exercício de direitos políticos, a participação do cidadão nas decisões políticas, a crítica ao poder instituído e às autoridades, a discussão sobre as opções dos governantes. Se relaciona com a ideia de democracia e com a construção de um espaço de debate público, plural, robusto e desinibido.

Nesse caso, o exercício da liberdade de expressão é qualificada pela democracia, que exige a informação, a pluralidade de ideias e opiniões orientadas à formação da vontade e participação do cidadão. A liberdade de expressão pública tem uma finalidade democrática, se volta para a coletividade e, portanto, não tem o indivíduo emissor da mensagem no seu centro de gravidade. Tem como referência o debate e como perspectiva os indivíduos receptores da mensagem.

Diante das características da liberdade de expressão pública, não parece adequado tratar a informação relevante ao debate público a partir de uma perspectiva exclusivamente individualista. A teoria democrática não nega a importância e a liberdade que o indivíduo tem no debate público, mas exige que as práticas de um grupo não tenham como efeito a exclusão dos demais partícipes do debate. Isso exclui qualquer possibilidade de invocação da teoria libertária como forma de conferir ares de legalidade ao discurso abusivo, centrado exclusivamente no indivíduo e alheio aos princípios maiores que permeiam o debate público.

Por outro lado, não é possível desconsiderar a existência de formas de expressão que são indiferentes ao debate público, expressões que são tipicamente manifestações da individualidade e que, nessa medida, possuem um valor em si mesmas. A face privada da liberdade de expressão se apresenta como a manifestação de fatos, opiniões, produções artísticas ou qualquer outra forma de

expressão que tenham um fim em si mesmas ou tenham por finalidade preponderante o entretenimento, a divulgação do belo, do chocante, do engraçado, a manifestação do *ser*, e que não tenha relação com o debate público ou o exercício de direitos políticos. Nessa perspectiva a liberdade de expressão se apresenta como uma manifestação da individualidade, que não possui importância para o debate público. A face privada da liberdade de expressão não interessa ao Estado-mediador, tampouco se mostra adequada à aplicação da teoria democrática.

O exercício da liberdade de expressão que não possui relação com o debate público não merece receber o rigor regulatório dispensado aos discursos de relevância para a democracia, nos quais predomina a face pública da liberdade de expressão. Isso porque o que justifica a regulação da face pública da liberdade de expressão é o objetivo de construção de um debate público robusto e plural. Uma vez que a face privada da liberdade de expressão não se volta ao debate público, carece de sentido arguir a regulação do discurso sob este fundamento.

Importante notar que a teoria libertária é forjada a partir de uma concepção individualista da liberdade de expressão, de modo que só faz sentido aplicar a teoria libertária (se é que faz) aos casos em que prepondere a face privada da liberdade de expressão. Não parece coerente invocar um individualismo intransigente em uma esfera na qual se exige um debate plural, no qual todos os pontos de vista devem receber igual oportunidade de serem ouvidos. A exigência de pluralidade, associada à limitação temporal ou espacial, inerente a qualquer debate real, pressupõe a limitação dos discursos na exata proporção das suas discrepâncias, sob pena de tornar o debate impossível ou viciado.

A relação entre liberdade e democracia pode ser pensada a partir do direito ao protesto. A discussão sobre as reações do Estado ao direito ao protesto guardam íntima relação com o modo como pensamos a democracia. Em uma democracia representativa, a única alternativa dos cidadãos para mudar o rumo das coisas é protestar e queixar-se frente às autoridades (GARGARELLA, 2007, p. 60).

A sociedade na qual a palavra oral e escrita encontra-se democratizada, os déficits do sufrágio são significativamente reduzidos. Por outro lado, uma sociedade onde os foros de expressão são controlados por poucos, onde se cobra entrada para

ascender à ágora pública, as reprovações sobre a incapacidade expressiva do sufrágio ganham relevância (GARGARELLA, 2007, p. 128).

Diante dessas afirmações, Roberto Gargarella (2007, p. 60) afirma a necessidade de escutar vozes críticas como forma de dotar de sentido a democracia representativa. Assim, seja pelo atual contexto brasileiro de reavivamento do direito ao protesto, seja pela relação deste com a democracia, se faz necessário realizar alguns apontamentos sobre o especial valor do protesto e sobre os conflitos nos quais se insere o exercício do primeiro direito.

4.3 DIREITO AO PROTESTO

Desde o início de junho de 2013 o Brasil vive uma onda de protestos. Estes, inicialmente organizados pelo Movimento Passe Livre de São Paulo em razão do aumento das tarifas do transporte coletivo de R\$ 3,00 (três reais) para R\$ 3,20 (três reais e vinte centavos)⁴⁵, logo se espalharam por todo o país.

Além da reprodução dos protestos em diversas capitais, as pautas cresceram consideravelmente, de modo que as manifestações, que inicialmente tinham como objetivo a redução das tarifas e a melhoria do transporte coletivo, passaram a incluir reivindicações envolvendo os problemas no sistema de saúde, os gastos contra a Copa do Mundo, as deficiências do sistema de educação pública, a PEC 37⁴⁶, a política, a corrupção, entre outros. O protesto, que inicialmente tinha uma pauta bem definida, passou a incluir grande quantidade de insatisfeitos pelos mais diversos motivos.

Para além das pautas de reivindicações, a onda de protestos serviu para fomentar a discussão sobre as controvérsias que envolvem o protesto. Dentre as discussões fomentadas, pode-se citar as questões que envolvem os excessos

⁴⁵Conforme notícia veiculada em <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/policia-e-chamada-para-conter-protesto-em-na-zona-sul-de-sp.html>>. Acesso realizado em 08/11/2012.

⁴⁶ A PEC 37, proposta de emenda constitucional n.º 37, resumidamente, previa a limitação da investigação criminal às polícias federais e civis, restringindo a possibilidade do Ministério Público dirigir a investigação. Em 20 de junho de 2013 a proposta de emenda constitucional foi rejeitada.

cometidos pelos manifestantes, o papel do Estado na garantia do direito fundamental ao protesto, os excessos da polícia na “contenção” dos manifestantes, a parcialidade da mídia na narrativa dos fatos, a vedação do anonimato e a questão dos mascarados, o suposto abuso dos Black Blocs, as detenções sob fundamentos duvidosos, entre outros.

As opiniões acerca dos protestos foram as mais diversas possíveis. A Rede Globo, por exemplo, logo no início dos protestos, exibiu no Jornal da Globo a opinião de Arnaldo Jabor⁴⁷, oportunidade em que o jornalista comparou os protestos com os atos da “organização criminosa de São Paulo”, sustentou que a causa dos protestos deve ser “a falta de causa” e concluiu que “esses revoltosos de classe média não valem nem vinte centavos”. Após apenas cinco dias, em 17 de junho de 2013 o mesmo Arnaldo Jabor teceu novos comentários sobre o protesto, desta vez ressaltando a força da juventude e o equívoco do seu pronunciamento anterior, não sem fazer ressalvas em relação à violência⁴⁸.

No mais, após o impacto inicial da onda de protestos, a maioria dos meios de comunicação abordaram as manifestações como exercício da liberdade de expressão, que deveria ser exercida com ordem, sem violência e sem danos à propriedade, estabelecendo uma nítida separação entre o legítimo exercício do direito ao protesto e os danos causados por alguns indivíduos, denominados pela mídia de baderneiros. Em diversas ocasiões os meios de comunicação de massa se expressaram por meio de frases de efeito, tais como “não existem direitos absolutos”, “os direitos de um terminam onde começam os direitos do outro” ou “o protesto deve ser exercido sem violência e com respeito à propriedade privada e ao patrimônio público”⁴⁹.

Em uma dessas ocasiões, o presidente da OAB/SP Marcos da Costa afirmou ao Jornal Nacional que “as pessoas se reúnem para expressar uma indignação”, mas a expressão tem um limite: “quando o movimento passa a violar patrimônio, principalmente patrimônio público, privado também, ou prejudicar o direito de ir e vir das pessoas, ele ultrapassou os limites dele”⁵⁰. Roberto Gargarella (2006, p. 15)

⁴⁷ Vídeo disponível em <http://globoTV.globo.com/rede-globo/jornal-da-globo/v/arnaldo-jabor-fala-sobre-onda-de-protestos-contra-aumento-nas-tarifas-de-onibus/2631566/>. Acesso realizado em 11/11/2012.

⁴⁸ Vídeo disponível em <http://globoTV.globo.com/rede-globo/jornal-da-globo/v/arnaldo-jabor-fala-sobre-novos-protestos-e-ressalta-forca-da-juventude/2640269/>. Acesso realizado em 11/11/2012.

⁴⁹ Conforme reportagem exibida no Jornal Nacional de 12/06/2013, que contou com a participação de Marcos da Costa, então presidente da OAB/SP. Notícia disponível em http://www.youtube.com/watch?v=ka_UrLYXoc. Acesso realizado em 11/11/2012.

⁵⁰ Entrevista disponível em http://www.youtube.com/watch?v=ka_UrLYXoc. Acesso realizado em 11/11/2012.

demonstra preocupação com a utilização dessas frases de efeito, chegando a afirmar que tais frases nada acrescentam para a análise adequada dos problemas que envolvem o direito ao protesto, e pior, frequentemente são utilizadas pelo Poder Judiciário como fundamento único para justificar limitações ao protesto. O direito ao protesto e a tensão com os outros direitos certamente merecem maior reflexão.

4.3.1 O Especial Valor do Direito ao Protesto

A partir do contexto argentino, mas com pressupostos e conclusões compatíveis com a realidade brasileira, Roberto Gargarella (2007, p. 19) aponta que o sistema jurídico tem legitimidade a partir da promessa de tratar cada cidadão como igual. Todavia, contra essa promessa, alguns grupos sofrem graves e sistemáticas violação de direitos, o que os leva a viver em condições muito piores que a da maioria dos cidadãos.

Um direito comprometido com a igualdade deve dar especial proteção àqueles que reclamam ser tratados como iguais, em vez de calar, deve proteger o protesto. Nessa perspectiva, o direito ao protesto deve ser considerado como o primeiro direito na medida em que permite exigir a recuperação dos demais direitos (GARGARELLA, 2007, p. 19).

A maioria das expressões públicas da cidadania causam danos a terceiros. O direito ao protesto, por exemplo, impõe a obstrução de vias públicas, restringindo o direito de ir e vir de alguns indivíduos, além de possivelmente causar danos ao patrimônio público ou à propriedade privada.

Não é possível considerar o direito ao protesto sem levar em conta as circunstâncias nas quais ele se insere. O protesto pode ser considerado uma das mais importantes e apaixonadas formas de exercício da liberdade de expressão, posto que se insere no contexto de luta, crítica às autoridades ou manifestação de inconformismo com determinada situação. Não é por outro motivo que Gargarella (2007, p. 28) defende que todo discurso é composto por uma expressão e algo mais. Esse “algo mais” são os reflexos, por vezes excessos, que decorrem do exercício do direito ao protesto, como danos à propriedade, obstrução de vias públicas, confronto

com a polícia, entre outros. Embora os excessos ocorridos no protesto violem direitos, o protesto traz consigo ideias que devem ser resguardadas pelo poder público.

A liberdade de expressão, nas palavras de Gargarella (2007, p. 26), não é apenas mais um, mas, em todo caso, um dos mais importantes fundamentos da estrutura democrática, de modo que uma restrição ao direito ao protesto afeta diretamente o coração da Constituição. A defesa da democracia exige a criação de um arranjo institucional que não apenas rejeite a censura prévia, mas que também assegure que as distintas vozes presentes na sociedade sejam escutadas (GARGARELLA, 2007, p. 41), em especial as vozes das pessoas que recorrem ao protesto como a única forma e o último instrumento para fazerem audíveis as suas vozes e terem suas reivindicações acolhidas. Por esses motivos, em princípio devem ser tolerados os excessos ocorridos no calor e nas paixões que marcam o protesto.

Apesar das considerações acima, a recente experiência brasileira com o protesto demonstra que, para os agentes estatais, o protesto parece não ocupar um local privilegiado na nossa escala de direitos. A prática nos leva a crer que o direito ao protesto é considerado pelos agentes estatais como um direito inferior, que deverá ser suprimido quando violar outros direitos consagrados, como a propriedade e livre circulação nas vias públicas (GARGARELLA, 2007, p. 29). É o que se extrai da opinião do presidente da OAB/SP, Marcos da Costa, conforme citação acima, e dos abusos cometidos pela polícia nas diversas manifestações que tomaram conta do país.

Os protestos que se iniciaram em junho revelaram o despreparo do poder público para lidar com essa espécie de expressão e a opinião dos meios de comunicação de massa que, embora defendam a sua própria liberdade de expressão, por vezes exibiram o protesto como um direito de segunda categoria⁵¹, cujo exercício legítimo só ocorre de modo pacífico e sem ofensa a qualquer outro direito.

No que se refere ao despreparo do poder público, vieram a público diversas restrições abusivas ao protesto, como o excesso na contenção dos manifestantes e detenções injustificadas, dentre as quais ficaram conhecidas (e viraram motivo de galhofa) as detenções em razão do porte de vinagre⁵², utilizado para amenizar o efeito

⁵¹ Exemplos podem ser encontrados nos já citados comentários de Arnaldo Jabor sobre a onda de protestos em São Paulo.

⁵² Sobre as detenções dos portadores de vinagre: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/vinagre-pode-virar-bomba-diz-comandante-de-operacao-contraprotesto-em-sp-14062013>>; <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/2013-06-13/jornalista-e-preso-por-porte-de-vinagre-durante-protesto-no-centro-de-sp.html>>;

do gás lacrimogênio, e a detenção de manifestantes mascarados. Após os escândalos acerca dos fundamentos dessas detenções, a Polícia Militar do Estado de São Paulo chegou a afirmar que liberaria o uso de vinagre nos protestos⁵³.

A atuação do Estado no protesto, frequentemente marcado pela exaltação dos ânimos, paixões e revoltas, se insere em um contexto que propicia a ocorrência de excessos, sejam eles provenientes dos manifestantes ou dos policiais. A diferença, todavia, é que o policial atua enquanto agente do Estado, que no exercício de função pública deve utilizar as suas prerrogativas na medida suficiente para a consecução da finalidade de interesse público à qual está vinculado. Para mencionar a inversão proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 72), o “dever-poder” decorrente do exercício de função pública impõe a reprovação do excesso policial em maior medida que o excesso do manifestante, que age em nome próprio e, muitas vezes, requerendo a concretização de direitos constitucionalmente consagrados ou a eliminação de uma situação de desigualdade.

Diante dessas considerações, importa tecer alguns apontamentos sobre o tratamento que o Estado deve conferir aos manifestantes que se excedem no exercício do direito ao protesto.

4.3.2 Excesso, Direito de Resistência e o Papel do Estado.

Protesto é luta, é reivindicação que tem por objetivo gerar incômodo, constrangimento, exposição, enfim, forçar o seu “alvo” a tomar determinada providência ou a se abster de algum ato. Um protesto que não se insere na tensão com outros direitos fundamentais é inócuo.

A conciliação pretendida por aqueles que defendem que o protesto só é legítimo se não violar outros direitos conduz à própria destruição do direito ao protesto, além de negar aquilo que caracteriza o conflito de direitos fundamentais: a ausência de hierarquia normativa entre os direitos conflitantes. Aceitar sem ressalvas essa

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1382645>> Acessos realizados em 11/11/2012.

⁵³ Conforme reportagem da Gazeta do Povo, disponível no endereço:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1382645>>. Acesso realizado em 11/11/2012.

“conciliação” equivale a solucionar todos os problemas gerados pelo protesto com a negativa do próprio direito ao protesto.

Roberto Gargarella (2007, p. 55), ao tratar das restrições possíveis ao protesto, afirma a impossibilidade de se estabelecer limites ao protesto como um todo motivados pelos excessos de alguns manifestantes. Nesses casos, o papel do Estado pode ser comparado ao ato de “separar o joio do trigo”.

Os excessos de alguns indivíduos, argumenta o autor, não retira a legitimidade do protesto, que contém em si um discurso que merece ser ouvido (GARGARELLA, 2007, p. 28). Os danos a direitos de outrem devem ser punidos individualmente. Além disso, ressalta Gargarella (2007, p. 45), a persecução penal contra os manifestantes não deve ser a primeira nem a principal resposta à qual o Estado deveria apelar, eis que o recurso a este tipo de solução repressiva compromete o Estado com um tipo de injustiça política que o próprio Estado deveria se encarregar de erradicar.

A repressão penal dos excessos cometidos sob as emoções do protesto pode acarretar a criminalização de indivíduos que já ocupam uma situação de fragilidade de social, vivem em situação de desigualdade crônica e são sistematicamente silenciados, de modo que não possuem outra alternativa senão recorrer ao protesto como meio de expor a todos as suas necessidades e exigir publicamente uma resposta do poder público. Nas palavras de Gargarella (2007, p. 30):

Minha intuição é que em muitas zonas e círculos sociais do nosso país, os indivíduos encontram graves dificuldades para tornar audíveis as suas vozes e chamar a atenção do poder político. Fatos tão tristes como um grupo de vizinhos que incendeie e destrua descontroladamente um edifício público; ou que outros acampem em praça pública; ou que outros decidam comer em público animais domésticos; que outros bloqueiem uma estrada nacional; nos falam de uma desesperada necessidade de tornar visíveis situações extremas que, aparentemente, e de outro modo, não alcançariam visibilidade pública. Nesse ponto, entendo que os funcionários públicos devem saber interpretar as práticas citadas com a gravidade que elas têm: *é preocupante que um sistema democrático conviva com situações de miséria, contudo, é catastrófico que tais situações não possam se traduzir em demandas diretas sobre o poder público.*⁵⁴(GARGARELLA, 2007, p. 30)

⁵⁴ (...) mi intuición es que en muchas zonas y círculos sociales de nuestro país, los individuos encuentran graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder político. Hechos tan tristes como que un grupo de vecinos incendie y destruya salvajemente un edificio público; que otros acampen en la plaza municipal; que otros más bloqueen una Ruta Nacional; nos hablan de una desesperada necesidad de tornar visibles situaciones extremas que, aparentemente, y de otro modo, no alcanzan a tener visibilidad pública. Y en este punto, según entiendo, es que los funcionarios públicos deben saber asignarle a las prácticas como las citadas la gravedad que ellas tienen: es

A existência de indivíduos nessas condições de desigualdade nos remete à questão sobre o direito de resistência em casos de alienação legal. A questão da obediência ao direito se mostra no mínimo delicada para os grupos de indivíduos que só conhecem a “mão pesada” do Estado. Roberto Gargarella (2007, p. 205) define a situação de alienação legal como:

(...) uma situação na qual o direito não representa uma expressão mais ou menos fiel da nossa vontade como comunidade e sim se mostra como um conjunto de normas alheias aos nossos desígnios e controle, que afeta os interesses mais básicos de uma maioria da população, porém frente à qual esta aparece submetida.⁵⁵ (GARGARELLA, 2007, p. 205)

Quando o Estado utiliza a sua força para manter uma situação institucional fundamentalmente injusta podem ser justificadas certas ações de resistência, a depender do grau de alienação legal. Paradoxalmente, contra a criminalização do protesto e o extremismo da utilização do direito penal para punir eventuais excessos, cabe invocar a alienação legal como fundamento apto a justificar os excessos (talvez crimes) cometidos nos atos de protesto. Seja pela ampla proteção ao direito ao protesto ou pela situação de alienação legal, não é adequado tratar os excessos do protesto por meio do direito penal.

Convém, nesse momento, analisar a possibilidade de restrição ao exercício do direito ao protesto.

4.3.3 Restrições ao Protesto: A Doutrina do Foro Público e as Restrições de Tempo, Lugar e Modo.

Ao tratar do protesto como um direito cujo exercício se dá na inescapável tensão com outros direitos fundamentais, é necessário verificar, diante da vocação democrática do protesto, quais as restrições possíveis de serem aplicadas. Ainda que

preocupante que um sistema democrático conviva com situaciones de miséria, pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse em demandas directas sobre el poder público.

⁵⁵ (...) una situación em donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidade sino que se presenta como um conjunto de normas ajenas a nuestro designios y control, que afecta a los intereses más básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida.

se admita a possibilidade de restrições ao protesto, estas devem ser adotadas como medidas absolutamente necessárias e excepcionais.

Durante os protestos que se espalharam pelo Brasil, a mídia identificou que os manifestantes que cometiam excessos geralmente utilizavam máscaras como meio de dificultar a identificação. Os defensores do uso da máscara alegam que a vedação ao anonimato do artigo 5º, inciso IV, da Constituição, diz respeito às publicações escritas e não alcança os protestos. Além disso, não há lei que vede o uso de máscaras em manifestações, de modo que impor a exibição do rosto ofenderia o princípio da legalidade.

Por outro lado, o argumento dos partidários da proibição das máscaras é no sentido de que a vedação ao anonimato poderia ser aplicada aos protestos por analogia. Além disso, afirmam que as máscaras são utilizadas como forma de dificultar a identificação de criminosos que se infiltram nos protestos.⁵⁶

Ainda, no município de São Paulo, a utilização de máscaras em protestos é objeto do Projeto de Lei n.º 657/2013⁵⁷, proposto pelo Vereador Conte Lopes (PTB), que proíbe a utilização de máscaras ou qualquer artifício que impossibilite a identificação durante protestos ou nos recintos da Prefeitura e da Câmara Municipal. A justificativa do projeto⁵⁸ vai no seguinte sentido:

A manifestação é um direito do cidadão e é válida quando tem caráter pacífico. Não podemos admitir, entretanto, que seja usada por vândalos camuflados usando máscaras ou capuzes, ou ainda escondendo o rosto com camisas e provocando toda sorte de destruição em patrimônio público ou particular.

A não identificação do manifestante faz com que exista a impossibilidade de que possa assumir os seus atos e ao mesmo tempo o torna invencível. Mascarados e armados se infiltram nas manifestações pacíficas com o único intuito de provocar desordem e promover quebraadeira em bens públicos e particulares.

Todo cidadão que deseja mudança demonstra o seu descontentamento de forma clara e civilizada, dentro de um regime democrático. Aqueles que se escondem desejam apenas a anarquia e a baderna, são depredadores e

⁵⁶ Sobre a utilização de máscaras nos protestos:

<<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2013/08/restricao-de-mascaras-em-protestos-no-recife-divide-opiniao-de-juristas.html>>; <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2013/08/manifestacao-no-recife-ironiza-proibicao-do-uso-de-mascaras.html>>; <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2013/11/com-mascaras-e-roupas-pretas-grupo-faz-protesto-no-centro-de-porto-alegre-4324192.html>>; <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/10/111020_mascara_protestos_mv.shtml>; <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,dia-de-protestos-e-mascaras-termina-com-7-presos-e-tres-feridos-em-sp-e-no-rio,1093573,0.htm>>

⁵⁷ Disponível em <<http://camaramunicipalsp.qaplweb.com.br/iah/fulltext/projeto/PL0657-2013.pdf>>

⁵⁸ Disponível em <<http://camaramunicipalsp.qaplweb.com.br/iah/fulltext/justificativa/JPL0657-2013.pdf>>

precisam ser identificados, autuados e presos e devem ainda ressarcir os prejuízos causados.

As unidades públicas municipais devem estar protegidas de pessoas mal intencionadas que desejam apenas promover a destruição e não querem ser identificados para fugir e se eximir de qualquer responsabilidade. Devemos ressaltar a importância das manifestações populares, mas dentro da ordem e do respeito aos patrimônios públicos e aos bens particulares.

Neste sentido, resguardando, também, o direito de todos aos reais interesses de reivindicar, cobrar e exigir mudanças dos governantes, porém com responsabilidade, civilidade e respeito.

Roberto Gargarella (2007, p. 44), sem negar que as regulações devem ser realizadas considerando os delicados direitos postos em conflito, admite a possibilidade de restrições de lugar, tempo e modo quando a restrição não inviabilizar ou prejudicar o protesto, e desde que este se mostre desarrazoado, não quanto ao conteúdo, mas quanto à adequação entre o que se reivindica e o modo pelo qual as reivindicações se manifestam. O autor afirma que, por exemplo, pode não ser razoável realizar uma manifestação barulhenta no meio da madrugada (tempo) ou protestar contra um problema social queimando a residência de outras pessoas (modo).

Em qualquer caso, é necessário dedicar especial atenção às regulações a fim de que estas não sirvam de pretexto para inibir o protesto. Importante lembrar que as restrições são permitidas apenas quando não prejudicarem o exercício do direito ao protesto e quando se fizerem absolutamente necessárias.

Sobre o direito ao protesto e as possíveis restrições, importa mencionar a doutrina do foro público que sustenta que a liberdade de expressão requer, no mínimo, que o Estado assegure que certos lugares estejam sempre abertos à expressão crítica da cidadania. (GARGARELLA, 2007, p. 82). Por foros públicos deve se entender todos os lugares tradicionalmente utilizados como locais de expressão cívica. Gargarella (2007, p. 83) vai além ao entender que devem ser considerado “foro público” todos os lugares em que há grande circulação de pessoas, como meio de permitir o amplo acesso de grupos que, uma vez excluídos de tais locais, teriam severas dificuldade expressiva para determinados grupos.

Na intenção de delinear os contornos das restrições de tempo local e modo, Gargarella (2008, p. 84) aponta que essas regulações devem ser: (i) neutras em relação ao conteúdo; (ii) desenhadas do modo mais estreito possível; (iii) devem servir a propósitos de importância; (iv) devem deixar abertos canais alternativos de comunicação.

O estabelecimento desses requisitos não resolve todos os problemas, nem elimina a possibilidade de situações nas quais seja delicada a verificação da neutralidade da restrição em relação ao conteúdo. Porém, os parâmetros propostos oferecem uma interessante perspectiva sobre as restrições possíveis ao direito ao protesto, bem como possuem o valor de retirar a discussão das abstratas e vazias frases de efeito que são impostas para a restrição do protesto.

5. CONCLUSÃO

Pois bem, não há outra possibilidade para o constitucionalismo e a democracia senão interpretar a liberdade de expressão em conjunto com a igualdade. O Estado deve de um lado respeitar a liberdade das pessoas e de outro mediar o debate de modo a evitar que os excessos coloquem o outro em situação de desigualdade no debate público. A mediação do debate pelo Estado não tem como objetivo arbitrar entre os interesses discursivos, mas atuar na promoção da pluralidade e da robustez do debate público.

Na promoção da robustez do debate, o Estado pode ser chamado a limitar ou a promover algumas vozes. Essa regulação, por sua vez, não deve ser interpretada, *per sí*, como ofensa à liberdade de expressão. A riqueza das relações sociais pode colocar o Estado no dever de calar algumas vozes para que outras possam ser ouvidas.

A promoção da pluralidade de vozes decorrentes da democracia também exige especial proteção ao direito ao protesto, que, para alguns grupos, significa a única forma de denunciar uma situação de violação a direitos. O direito ao protesto se insere em uma relação de tensão, por vezes inconciliável, com outros direitos fundamentais. Cabe ao Juiz decidir em favor da democracia, ainda que essa opção imponha o sacrifício de outros direitos fundamentais.

Às exigências decorrentes da incidência do princípio democrático nas liberdades, somam-se as diversas situações nas quais a liberdade de expressão entra em conflito com os direitos da personalidade e com a dignidade humana. Esses casos, por um lado, demandam novas formas de interpretar os conflitos existentes e, por outro, impõem a constatação de que a liberdade de expressão é exercida por distintas e peculiares formas. Algumas formas de expressão se voltam para o outro, outras têm um fim em si mesmas, outras ainda têm como referência os demais indivíduos na condição de cidadãos e, nesse caso, se relacionam com a construção do debate democrático. As idiosincrasias inerentes a cada forma de expressão não devem ser ignoradas na interpretação dos conflitos.

As peculiaridades inerentes a cada exercício da liberdade de expressão permitem concluir que alguns grupos de discursos merecem maior proteção que outros, na medida da relação dessas formas de expressão com o nervo democrático da Constituição. A democracia impõe que a liberdade de expressão pública deixe de ser vista exclusivamente como uma liberdade individual e passe a ser interpretada a partir da sua essencialidade para a democracia.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A Intimidade e a Vida Privada Como Expressões da Liberdade Humana**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins. **Mídia e Poder Judiciário: A Influência dos Órgãos da Mídia no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2013.

BUCCI, Eugênio. **Sobre Ética e Imprensa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de, SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a incerteza do direito**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Controle da qualidade da radiodifusão: Mecanismos de aplicação do artigo 221, IV, da Constituição Federal**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 04, n. 14, abril/junho 2006.

_____. **Radiodifusão pública e regulação do audiovisual no Brasil.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 06, n. 21, janeiro/março 2008.

_____. **Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 07, n. 26, abril/junho 2009.

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

GARGARELLA, Roberto. **El Derecho a Resistir el Derecho.** Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.

_____. **Carta Abierta Sobre La Intolerancia.** Buenos Aires: Siglo XXI, 2006.

_____. **El Derecho A La Protesta.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2001.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade.** Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista.** Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MARQUES, Francisca Ester de Sá. **Ética e Discurso Jornalístico.** Biblioteca Online de Ciências da Comunicação. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/_esp/autor.php?codautor=25>. Acesso em: 27 de dezembro de 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTA, Carlos Guilherme. **1789-1799 – A Revolução Francesa**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

MÜLLER, FRIEDRICH. **Quem é o Povo: A Questão Fundamental da Democracia**. (trad) Peter Naumann. São Paulo: Renovar.

NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: *Um Guia de Leitura de Habermas***. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Controle de Conteúdo no Cinema?. In: SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SHAKESPEARE, William. **Otelo, o Mouro de Veneza**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Luiz Eduardo. **Elite da Tropa**. São Paulo: Objetiva, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **Porque as sociedades precisam de dissenso**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte: Editora Fórum, Ano 04, n. 13, janeiro/ março 2006.