

Liberdade de expressão, conflito de direitos e regulamentação dos meios de comunicação: a construção histórica de um objeto social complexo

Ester Rizzi

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. É professora da Faculdade Cásper Líbero
E-mail: ester.rizzi@gmail.com

Tiago Tranjan

Doutor em Filosofia pela USP e professor da Faculdade de Filosofia da Unifesp
E-mail: ttranjan@hotmail.com

A liberdade de expressão é valor defendido em todas as ordens políticas democráticas. Acompanha, por assim dizer, a própria definição de democracia: o governo de todos só pode existir em um ambiente em que todos possam falar e difundir, pelos mais diversos meios, suas opiniões sobre temas públicos. No entanto, algumas questões devem ser formuladas: Há limites à liberdade de expressão? Quais são e quem define esses limites? Convidamos o leitor a uma reflexão sobre o tema, a partir de uma análise do sentido desses direitos na história e de seu enquadramento jurídico em nosso país.

Palavras-chave: liberdade de expressão; democracia; limites; estado.

Freedom of expression, conflict of rights and regulation of media: the historical construction of a complex corporate purpose

Freedom of speech is a value protected in all democratic political systems. In a way, it is part of the very definition of democracy: the rule of the people can only take place in an environment wherein each man can voice his opinions about public issues, by different means. Some questions, however, must be addressed: are there limits to freedom of speech? Which are these limits and who establishes them? Beginning with some remarks about the historical meaning of freedom of speech and the related freedom of press, we proceed to an analysis of their treatment in Brazil's legal system.

Keywords: freedom of speech; democracy; limits; state.

La libertad de expresión, el conflicto de los derechos y la regulación de los medios de comunicación: la construcción histórica de un objeto social compleja

La libertad de expresión es un valor protegido en todos los sistemas políticos democráticos. Ella acompaña la definición misma de democracia: el gobierno de todos solo puede existir en un ambiente en que todos posan hablar y difundir, por los más diversos medios, sus opiniones sobre temas públicos. Sin embargo, algunas cuestiones necesitan ser formuladas: ¿Existen límites a la libertad de expresión? ¿Cuáles son esos límites e quién los define? Empezando por una reflexión sobre el significado histórico de la libertad de expresión y de la libertad de prensa, examinamos como ambas son tratadas en el ordenamiento jurídico brasileño.

Palabras clave: libertad de expresión; democracia; límites; estado.

Garantir a liberdade de expressão é condição necessária para a existência da democracia. Sem a possibilidade de emitir, receber e discutir opiniões, de diferentes tendências, relativas aos muitos temas da vida em sociedade e aos caminhos de sua organização, como seria possível a construção coletiva de um destino comum? O direito à informação e à liberdade de expressão compõem dupla garantia para que um debate amplo e diversificado a respeito das questões políticas relevantes aconteça. O debate amplo, por sua vez, tem como função informar e formar uma opinião pública capaz de gerar boas decisões ou, ao menos, decisões que se possam chamar de democráticas. Qualquer constrangimento em relação ao uso da palavra, assim, traz prejuízos para a própria forma democrática de governo – para sua justificação e legitimidade.

Descrita a situação dessa maneira, aparentemente não haveria qualquer espaço para restringir – em um país que se reconhece e se afirma como democrático – a liberdade de expressão, já que se trata de uma liberdade fundamental para manter saudável o sistema político escolhido.

A realidade, porém, mostra que o caso não é assim tão simples.

Para adiantar um tema que ocupará nossa atenção ao final deste artigo, podemos recordar aqui os calorosos debates acerca de propostas para regulamentar os meios de comunicação. Alguns afirmam tratar-se de censura; outros alegam que é passo necessário para efetivar a liberdade de expressão, atualmente limitada. Ao propor uma lei desse tipo, estaria o governo realmente criando mecanismos que ameaçam a liberdade de expressão?

Antes de discutir os problemas diretamente relacionados à comunicação, faz-se necessário esclarecer que não há consenso nem mesmo quanto ao significado da palavra “liberdade”. Há aqui importantes conceitos em disputa entre diferentes correntes políticas, conceitos que, por sua vez, se refletem no debate sobre a liberdade de expressão. Começemos, assim, por eles.

Viver em sociedade restringe a liberdade?

“Liberdade essa palavra,
que o sonho humano alimenta,
que não há ninguém que explique,
e ninguém que não entenda.”
Cecília Meireles

Duas importantes correntes de pensamento político explicitam suas divergências exatamente quando discorrem sobre o que é e o que deve ser liberdade. Republicanos e liberais disputam o conceito, que complementam com um adjetivo: liberdade positiva e liberdade negativa, respectivamente.

Começemos com os liberais, possivelmente hegemônicos nos dias que correm. A concepção de liberdade por eles defendida pode ser descrita como a ausência de impedimentos ou obstáculos para que o indivíduo realize suas opções, o que inclui escolher sem restrições entre a pluralidade de valores que podem ser realizados em suas vidas. Essa liberdade é caracterizada como *negativa* porque é descrita negativamente, como *ausência* (de impedimentos).

O sujeito que deve se abster de criar obstáculos é a própria coletividade e, principalmente, o Estado. A liberdade seria uma qualidade e um direito nato do indivíduo, à qual a vida em sociedade traz, necessariamente, limitações. Uma vez que a convivência com outros indivíduos – que também desejam realizar suas liberdades – pode gerar situações de conflito, a tarefa da organização social passa a ser garantir a todos os indivíduos a máxima liberdade possível, desde que compatível e igual à liberdade dos outros indivíduos. É esta a concepção de liberdade que está no art.4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pós-Revolução Francesa: “Art.4º - A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.”

Nesse contexto, as leis, as imposições e restrições aos indivíduos, devem ser feitas com muita parcimônia, já que são limites e mesmo ameaças à sua liberdade.

Já para os republicanos, a liberdade não é algo que exista no indivíduo antes de sua vida coletiva, dada de uma vez por todas, como ausência de oposição. Antes, o contrário: a própria noção do que seja uma pessoa livre foi construída histórica e socialmente. Assim, a noção de que a liberdade deveria ser protegida da coletividade precisa ser matizada, pois somente em sociedade pode-se construir uma noção de liberdade como valor positivo.

Sendo a liberdade uma construção social e histórica, seus limites e contornos também o são, e precisam ser sempre rediscutidos, coletivamente. Para os republicanos, a participação política – e a consequente autonomia – é fundamental. A liberdade consiste em se autodeterminar, ou seja, tomar parte ativa na elaboração das normas que eventualmente restringirão as possibilidades de decisão individual. Também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), encontramos uma formulação dessa ideia: “Art.6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação.”

A ênfase aqui não está na ausência de impedimentos, mas na capacidade positiva que os seres humanos têm de se tornar responsáveis por sua vida coletiva. Os impedimentos à ação impostos aos indivíduos – inevitáveis para todos

os que vivem em sociedade – devem ser negociados, discutidos, construídos e elaborados coletivamente, de forma que a nenhum cidadão eles apareçam como uma imposição externa. Ao participar da elaboração das restrições, o sujeito está elaborando para si mesmo as normas que limitarão suas linhas de ação e, ao assim proceder, está sendo livre.

O debate sobre a liberdade de expressão – bem como sobre as consequências que devem advir de potenciais abusos em seu exercício – tem como pano de fundo essas duas concepções distintas. De um lado, certa noção absoluta de liberdade, anterior à vida coletiva, a ser preservada a todo custo, na maior extensão possível, *ainda que* dentro da sociedade. De outro lado, a construção progressiva da liberdade como resultante da vida em sociedade e, portanto, sujeita a negociações que constituem seu conteúdo mais profundo – e sua própria força.

A liberdade de expressão nas normas internacionais

Para refletir acerca dos possíveis limites que a sociedade pode estabelecer à liberdade de expressão, é importante identificar quais são as regulamentações atualmente existentes. Não apenas porque elas compõem o contexto de justificação pública em que muitas vezes a pessoa terá de prestar esclarecimentos a respeito de suas opiniões ou decisões a esse respeito. Mas também porque, por meio das normas, é possível ver claramente que a noção de liberdade de expressão modificou-se ao longo do tempo. Inserida na história, a proteção legal da liberdade de expressão altera-se, estando sujeita a diferentes consensos sobre o que deve ser protegido e o que deve ser vedado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sempre uma referência nesse assunto, afirma a existência da liberdade de opinião, mas já instituiu ser possível impor-lhe certas restrições, desde que dentro de marcos legais:

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

A Declaração de 1789, como é sabido, não tinha vigência internacional. Até a Segunda Guerra Mundial, não havia uma ordem internacional de proteção aos direitos humanos. Assim, o primeiro grande documento normativo internacional foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil no mesmo ano. Em seu artigo XIX, a Declaração estabelece a liberdade de expressão, sem a menção a qualquer restrição, ao contrário do que acontecia no documento francês:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)

Art. XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Vemos que, desde sua primeira inserção na ordem internacional, a liberdade de expressão é afirmada em conjunto com o direito à informação: a liberdade não apenas para transmitir, mas também para procurar e receber informações e opiniões. Os beneficiários desse direito são, por um lado, os indivíduos da coletividade, que passam a ter acesso a um conjunto diversificado de discursos elaborados e expressos livremente; por outro lado, como se torna cada vez mais claro, a própria sociedade em seu conjunto. O direito de receber informações diversificadas aparece como reflexo da liberdade de expressão, sendo igualmente protegido.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado internacionalmente em 1966 e ratificado pelo Brasil apenas em 1992, a dimensão do direito à informação reaparece. Acrescentam-se, no entanto, algumas limitações de conteúdo para a referida liberdade:

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966; 1992)

Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

Artigo 20

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor de guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

Como se vê, o parágrafo 3º do art. 19 acima afirma certos deveres e responsabilidades inerentes ao exercício da liberdade de expressão, a qual poderá, por sua vez, sofrer restrições previstas em lei. Pela primeira vez na ordem internacional, registra-se a necessidade de proteção à honra (ou reputação) das pessoas. Admite-se também que segurança nacional, assim como ordem, saúde e moral pública sejam valores que, em eventual choque com a liberdade de expressão, possam prevalecer. Em que circunstâncias eles *devem* prevalecer é algo que o

documento internacional delega para a legislação dos diferentes países, respeitando o princípio internacional da autodeterminação.

No artigo 20, o Pacto é ainda mais explícito: os discursos políticos devem concorrer em liberdade, para compor um panorama complexo a partir do qual as pessoas possam tomar suas decisões, salvo... quando o discurso articular uma apologia à guerra. A Organização das Nações Unidas tem como um de seus objetivos centrais a promoção da paz. Em seus documentos internacionais parece algo justificável limitar o conteúdo das manifestações públicas àqueles que estejam de acordo com esse objetivo. Será? Isso valeria também para um país, como o Brasil, em que a guerra parece uma realidade longínqua, acessível apenas a discussões teóricas?

O segundo parágrafo do mesmo artigo 20 impõe outro tipo de limite a manifestações no contexto público. “Apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” deveriam, segundo o Pacto, ser banidos do discurso aceitável em uma sociedade democrática e plural. Parece que o fato de a sociedade aceitar o pluralismo e a tolerância como valores tem como consequência a não aceitação de discursos intolerantes à diferença.

Por outro lado – e esse aspecto é de extrema importância para a discussão – não se fala aqui em censura: parece claro que as manifestações que desrespeitem esses limites devem ser responsabilizadas após a sua realização, e não de maneira prévia. Isso está previsto explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, documento internacional de que o Brasil é signatário e que funda o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos:

Convenção America sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969; 1978; 1992)

Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo

exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

O texto acima avança no sentido de proteger a liberdade de expressão ao levar em conta também os veículos por meio dos quais essa liberdade é realizada. Assim, não só ninguém poderá ser impedido de manifestar livremente suas opiniões, como também são vedadas aquelas práticas que obstruem a circulação de ideias por meios indiretos, como impedimento do acesso ao papel para a impressão, interrupção de envio de ondas, interrupção do acesso à internet etc. Por outro lado, ainda em seu artigo 14, a Convenção assegura o direito de resposta a “toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados”. Além disso, a Convenção chega a falar em “censura prévia” para proteger a infância e a adolescência.

Outros documentos internacionais merecem ser citados¹, entre eles a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000 e que oferece uma ampla interpretação para o art.13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além de estabelecer que a liberdade de expressão é requisito essencial para a realização da democracia (art.1º), a Declaração de Princípios afirma que “a associação obrigatória ou a exigência de títulos para o exercício da atividade jornalística constituem uma restrição ilegítima à liberdade de expressão” (art. 6); afirma também que ameaças, violências e mortes sofridas por jornalistas, além de violar uma série de outros direitos fundamentais, também limitam a liberdade de expressão, sendo dever do Estado proteger esses profissionais de tais violências, além de responsabilizar os autores dos crimes já ocorridos (art. 9).

Na mesma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, encontramos ainda alguns dispositivos que dizem respeito aos veículos e meios de sua realização. É o caso do artigo 12:

Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão (2000)

12. Os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis antimonopólio, uma vez que conspiram contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação. Em nenhum caso essas leis devem ser exclusivas para os meios de comunicação. As concessões de rádio e televisão devem considerar critérios democráticos que garantam uma igualdade de oportunidades de acesso a todos os indivíduos.

Essa é uma norma importante, que complementa e especifica princípios introduzidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Teremos ocasião de discutir seu sentido mais à frente.

1. Um documento muito interessante, mas que não examinaremos aqui, é a Declaração de Chapultepec (1994). Sem estar vinculada a qualquer instância internacional formal, foi assinada por juristas, cidadãos, detentores de meios de comunicação e chefes de Estado que se comprometem com seus princípios. No Brasil, foi assumida como documento orientador pelos presidentes Fernando Henrique Cardoso (1996) e Luís Inácio Lula da Silva (2006).

Sentido e evolução histórica dos direitos humanos

A apresentação dos diversos documentos internacionais citados na seção anterior é suficiente para reforçar a ideia que orienta este artigo: tal como outros direitos e liberdades, a liberdade de expressão é uma construção histórica. Ela não foi definida “de uma vez por todas”². Seu conteúdo, sua proteção e seus limites estão em discussão permanente. Eles sofrem alterações a partir de contextos histórico-sociais mutáveis, à medida que novos problemas e casos são apresentados para a solução da coletividade. Os documentos internacionais são a expressão viva dessa contínua transformação.

Mas, se os direitos fundamentais do homem são uma construção histórica, há um sentido identificável nessa construção?

Acreditamos que sim. De um ponto de vista bastante geral, os direitos humanos constituem a busca constante do homem para promover e harmonizar duas aspirações vistas como centrais para a organização da vida em sociedade, mas nem sempre fáceis de conciliar: liberdade e igualdade. É possível entender, assim, por que temos de lidar sempre com uma construção, e a dimensão progressiva que tal palavra comporta. Liberdade e igualdade não são conceitos estanques, que possam assumir uma formulação definitiva. Orientadores da vida em sociedade, eles apontam sempre no sentido de sua própria superação: a realização de um estágio já anuncia seus limites, pois cria novas tensões e exigências. Uma liberdade é portadora de novas configurações sociais e, assim, de novas liberdades possíveis; o mesmo vale para a igualdade. E do mesmo modo como uma suposta igualdade absoluta seria um conceito carente de conteúdo (igualdade em relação a que aspectos?), uma suposta liberdade absoluta também o é. Está fadada a tornar-se antissocial e, no limite, também vazia: não seria mais uma liberdade dentro da sociedade, mas uma liberdade em oposição à sociedade como um todo.

No caso da liberdade de expressão, pudemos observar que o sentido de suas sucessivas formulações foi justamente a construção de um objeto cada vez mais complexo. Essa complexidade, ademais, assumiu uma dinâmica bastante típica, bipolar: extensão e limitação. Por um lado, a liberdade de expressão foi estendida em direções anteriormente não previstas, abrangendo cada vez mais aspectos. Da pura e simples “proteção negativa”, em que se reconhece ao sujeito individual o direito de não ser constrangido na possibilidade de manifestar suas ideias, até o reconhecimento das dimensões positivas desse mesmo direito, ao se levar em conta as diversas condições sociais para o efetivo exercício dessa liberdade. Liberdade de se expressar; liberdade de procurar e receber informação; liberdade (e exigência) de que se

2. Vale recordar a feliz observação de N. Bobbio (1998), segundo a qual os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas.

criem condições concretas para que a formação, organização e circulação de informações e opiniões, dentro da sociedade como um todo, seja plural.

Por outro lado, acompanhamos também a progressiva regulamentação dos conteúdos admissíveis para a liberdade de expressão, bem como dos modos para seu exercício. Nem tudo pode ser expresso livremente; nem todo ato no “mercado da comunicação” é aceitável. Fato quase lógico, a liberdade de expressão precisa ser harmonizada com outros direitos humanos, com outros valores igualmente importantes. Além disso, na medida em que prevalece, deve ser capaz de efetivar um de seus pressupostos centrais, a pluralidade.

A liberdade de expressão no Brasil

A Constituição Federal de 1988 marcou o início de um período democrático no Brasil³. O artigo 5º – que incorpora em nosso ordenamento jurídico os direitos humanos clássicos – dispõe, em seu inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. No inciso IX do mesmo art. 5º, afirma-se que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”, e acrescenta-se, “independentemente de censura ou licença”. O § 2º do art. 220 reforça a mesma ideia, ao estabelecer que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

A ordem jurídica brasileira, portanto, faz uma opção clara: a liberdade de expressão é protegida como um valor caro à democracia. Desde logo, porém, surgem condicionantes para a livre manifestação do pensamento. A primeira está visível já acima. As pessoas que manifestam seu pensamento devem se identificar para que, como dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, possam ser responsabilizadas pelos eventuais excessos que cometam. Tal responsabilização, no entanto, não pode ser feita arbitrariamente, mas apenas após um processo de debate, normalmente envolvendo o judiciário e, na maior parte dos casos, *posteriormente* à manifestação.

Pode-se perceber aqui a seguinte sequência: a expressão é livre; porém, o agente responde pela expressão; porém, essa responsabilização não pode equivaler a censura. Simples como é, esse esquema revela um padrão importante: afirmação da liberdade de expressão – certa limitação a essa liberdade – a limitação é, ela mesma, limitada. De maneira geral, um direito fundamental, como a liberdade de expressão, só pode ser limitado quando entra em conflito com outros direitos e valores do mesmo quilate, e mesmo assim de modo que a restrição seja a menor possível.

Apresentaremos em seguida, de forma organizada, os principais conflitos que, em nosso ordenamento jurídico, podem envolver a liberdade de expres-

3. Tomaremos a Constituição de 1988 como marco para nossa análise, sem tratar do histórico anterior da liberdade de expressão em nosso país. Vale a pena observar, a esse respeito, que a Lei de Imprensa aprovada durante a ditadura (Lei n. 5.250/1967) foi considerada inteiramente inconstitucional, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n. 130, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.

são. É importante ressaltar que não pretendemos resolver os muitos conflitos apontados. Por serem conflitos entre dois ou mais valores reconhecidos como fundamentais, a solução não está dada de antemão. Em cada caso concreto, será necessário analisar qual direito deve prevalecer, recorrendo a um cuidadoso processo de argumentação. O que exibimos abaixo é apenas uma tipologia inicial, com algumas das circunstâncias mais típicas em que alguma limitação à liberdade de expressão *pode* ocorrer, de maneira compatível com nossa ordem constitucional e com nosso sistema de proteção dos direitos humanos.

O §1º do art.220 da Constituição já se encarrega de identificar alguns direitos constitucionais que frequentemente se chocam com a liberdade de expressão. Vale a pena destacar a referência feita ao art. 5º, inciso X, que estabelece “proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas”. A Constituição considera que os direitos personalíssimos – que protegem a história, a imagem, a reputação social, a honra subjetiva, a vida privada de uma pessoa – não podem estar, sem qualquer proteção, à mercê de exposição excessiva. O Código Civil, em seus arts. 20 e 21, substancia essa diretriz, garantindo indenizações pecuniárias em caso de danos à honra, imagem e vida privada. Também o Código Penal prevê crimes para a proteção da honra: calúnia (art.138), difamação (art.139) e injúria (art.140). Em casos de conflito entre a liberdade de expressão e esses direitos de personalidade, é necessário sempre sopesar se existe, de fato, interesse público que justifique trazer à tona a informação pessoal.

A Constituição Federal também afirma os valores de tolerância e diversidade que devem orientar a sociedade brasileira. Ao estabelecer que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art.3º, IV) e dispor que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art.5º, XLII), nossa carta impõe limitações à liberdade de expressão. É sua forma de repudiar os discursos de ódio e intolerância já proibidos nas normas de documentos internacionais. A regulamentação dos crimes de discriminação e racismo veio com a Lei n. 7.716/1989 (art.20); complementarmente, o §3º do já mencionado artigo 140 do Código Penal (injúria) estabelece a seguinte agravante para casos de discriminação: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Outro valor abrigado constitucionalmente é a proteção da infância e adolescência. O artigo 220, §3º da carta afirma ser competência da lei federal “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 horá-

rios em que sua apresentação se mostre inadequada”. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), regulamentando a norma federal, dispõe em seu artigo 74: “O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.” Assim, a exibição de certos programas em certos horários fica limitada para proteção da infância, tal como previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pornografia infantil, por óbvio, também é proibida (art.240, ECA), bem como a divulgação de informações de crianças e adolescentes que estejam envolvidos em processos judiciais (art. 143, ECA).

Além dos já citados crimes contra a honra, o Código Penal estabelece outros crimes associados à manifestação do pensamento. É o caso dos tipos penais incitação ao crime (art. 286 CP) e apologia ao crime (art. 287 CP). Dado que crimes são ações socialmente condenáveis, no mais alto grau, não se pode formular discursos públicos que estimulem sua prática⁴. Também o crime de ameaça (art. 147 CP) constitui restrição penal que limita as possibilidades de expressão. Não é protegida a manifestação que tiver por objetivo “ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”.

Um caso complicado é dado por manifestações que coloquem em risco a segurança nacional, a ordem, a saúde⁵ e a moral públicas, além de discursos que constituam propaganda em favor da guerra. Embora nossa Constituição não trate explicitamente do tema, a possibilidade de restringir a liberdade de expressão com base nesses fundamentos, como já vimos, encontra-se prevista em documentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Como tal, foram também incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Até aqui, temos tratado de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos, sem levar em consideração os meios e veículos por meio dos quais a expressão se dá, e sem levar em consideração, portanto, o papel especial que assumem os meios de comunicação de massa. Há, no entanto, uma série de normas que indicam a necessidade de garantir o equilíbrio e a pluralidade de manifestações nesses meios.

O direito de resposta proporcional ao agravo (art.5º, V, CF), por exemplo, é mecanismo que propicia a exposição de duas ou mais versões e interpretações de um mesmo fato divulgado. Garantir a um ofendido em sua imagem ou honra a possibilidade de se justificar publicamente oferece aos receptores da mensagem uma diversidade de pontos de vista.

Outro dispositivo importante da Constituição está em seu art.220, § 5º, segundo o qual “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. O objetivo da norma é ga-

4. Diferente de incitar ao crime, ou fazer sua apologia, é debater o que deve ou não ser considerado crime. É o caso, por exemplo, dos posicionamentos a favor da descriminalização das drogas e do aborto. Trata-se de posições políticas em debate, e não resta dúvida de que devem ser protegidas como liberdade de opinião e expressão. Fazer a interpretação contrária – e há quem a faça – significaria tornar o Código Penal imune a qualquer revisão no tempo.

5. Caso interessante de restrição da liberdade de expressão em face da saúde é a possibilidade de restrição anunciada pela Constituição Federal, no art.220§ 4º “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

rantir a pluralidade de informações e posicionamentos políticos nos veículos de comunicação social. Implícita está a ideia de que a concentração desses veículos viola indiretamente a liberdade de expressão, por restringir o acesso de setores da sociedade aos meios capazes de difundir suas opiniões de forma ampla⁶. Discutiremos essa questão mais detidamente na seção final do artigo.

Muitos outros temas, no que diz respeito à comunicação social, poderiam ser tratados. A maioria deles encontra-se na fronteira com a liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, de restrições à propriedade de meios de comunicação por estrangeiros e da imposição de conteúdo nacional mínimo à programação dos canais de TV. Avançar nessa área, porém, seria ultrapassar o escopo de nossa exposição.

O quadro central para a qual desejávamos chamar a atenção parece suficientemente claro. Do levantamento feito acima, vemos que a liberdade de expressão, em nosso país, encontra ou pode encontrar diferentes limites. Tais limites, como já sabemos, decorrem da própria estrutura complexa dos direitos fundamentais. As situações em que esses direitos encontram seus limites não são nunca fáceis de analisar⁷. Normalmente, são casos de extrema complexidade, em que o choque com outros direitos ou valores fundamentais da sociedade impõe uma avaliação delicada e de grande consequência, na medida em que aponta na direção de novos equilíbrios e novas transformações na conformação desses direitos e, portanto, na própria concepção de sociedade que se vai construindo.

No que segue, proporemos uma análise mais específica de dois casos relevantes para o debate público atual.

Regulamentação da mídia, direito de imagem e concentração

A possibilidade de instituir algum tipo de regulamentação dos meios de comunicação tem sido alvo de acirrados debates em nossa sociedade. Para começar, podemos resumir de maneira sucinta, mas suficientemente fiel, certa opinião bastante popular entre comunicadores. Segundo tal opinião, que lemos e ouvimos com frequência, a regulamentação da mídia seria, essencialmente, uma intromissão indevida do Estado em um setor no qual deve prevalecer a mais absoluta liberdade de expressão. A intromissão seria indevida porque incorpora, em alguma medida, a tentativa aberrante do Estado de controlar as informações e opiniões que chegam ao cidadão. Quanto menores forem as intervenções do Estado sobre o setor de mídia, mais bem servida estaria a sociedade no que tange ao livre debate de opiniões e à livre circulação de informações.

Essa posição tem sua razão de ser, e possui alguns bons fundamentos. O Estado é, como já assinalamos, uma das maiores ameaças à liberdade de ex-

6. É importante lembrar que boa parte do capítulo constitucional sobre Comunicação Social ainda não foi regulamentada, mesmo após 25 anos de vigência da nova carta. Um tratamento consistente para o disposto no § 5º do artigo 220 é uma das ausências mais sentidas

7. Alexy (2001), por exemplo, propõe um esquema capaz de orientar o debate em caso de conflitos de direitos fundamentais. Segundo ele, são três os aspectos que devem ser analisados: adequação do meio (restrição de um direito fundamental) para se atingir os fins almejados; necessidade do meio (não haver forma menos restritiva); e, por fim, proporcionalidade, a ponderação em concreto sobre qual direito deve prevalecer.

pressão. A própria origem histórica das liberdades clássicas reside na proteção do cidadão e da sociedade justamente contra o poder desmesurado do Estado. Dessa premissa básica, cuja importância não se nega e à qual deve-se sempre permanecer atento, não se segue de modo algum, contudo, as conclusões que se desejam tirar. Não se segue, especificamente, que o exercício da liberdade de expressão pelos meios de comunicação – a chamada liberdade de imprensa –, não possa ou não deva estar submetida a uma regulamentação.

Em primeiro lugar, já está claro que a liberdade de expressão não exclui a responsabilidade por aquilo que se expressa. A noção de responsabilidade, sem que se fale em censura prévia ou controle antecipado de conteúdo, aparece como um dos princípios capazes de harmonizar o direito de expressão com outros direitos fundamentais, tais como o direito de honra, de intimidade, de imagem etc. É certo que os meios de comunicação têm como uma de suas funções mais importantes divulgar notícias, circular informações, discutir opiniões, denunciar problemas. A noção de responsabilidade, aqui, torna-se particularmente delicada. O que poderia balizá-la? Não há fórmula pronta. Como questão orientadora, porém, vale sempre a pena perguntar, naqueles casos em que a liberdade de imprensa entra em conflito com outros direitos fundamentais: O direito de opinião e de informação estaria sendo realmente limitado pela adoção de uma restrição específica?

Uma situação concreta ajudará a explicar o ponto que temos em mente. Em recente matéria de jornal televisivo, discutiu-se o tema da crescente obesidade entre os brasileiros. Em meio ao depoimento de especialistas, cenas externas mostravam os maus hábitos alimentares das pessoas na praça de alimentação de um shopping center (que havia autorizado as filmagens). Uma das pessoas flagradas, sentindo-se lesada, processou a televisão. Como avaliar essa demanda?

A primeira sensação, diante de um caso como esse, é de desalento. Reconhecemos como justos os dois pleitos. De um lado, a liberdade requerida pelo canal de TV para poder fazer cenas externas, capazes de ilustrar suas matérias; do outro lado, porém, a compreensível indignação da pessoa exposta, que apenas fazia uma refeição, em lugar adequado, e viu-se subitamente transformada em alvo de chacotas por toda parte, exibida em cadeia nacional como símbolo de obesidade. O que será relevante considerar aqui? Faz diferença o fato de a obesidade ser uma característica tida como negativa pela sociedade, ou a mesma reclamação poderia ser feita se a matéria falasse de moda? É relevante o fato de o atingido estar em um espaço privado, porém relativamente aberto? A situação seria diferente em um restaurante, ou na rua?

Para analisar o caso, como sugerimos mais acima, uma pergunta importante a ser feita é: Se for concedida indenização, com o consequente desin-

centivo de práticas semelhantes por parte dos canais de televisão, o direito de opinião e de informação estaria sendo realmente limitado, em sua essência? Parece-nos que não. Apenas o direito de fazer ilustrações visuais dos temas discutidos parece estar sendo restringido. Não há restrição quanto às informações prestadas; aos pontos de vista assumidos; às entrevistas feitas. O que se pede é certo cuidado no uso das ilustrações visuais, que deveriam passar a ser feitas com maior responsabilidade quanto à imagem de pessoas que não são públicas. Isso, é claro, se considerarmos que tais imagens pouco acrescentam em termos de conteúdo. Pois pode acontecer que as imagens sejam essenciais. Se o objetivo é falar da dor ou da comoção social causada por uma tragédia – um incêndio ou terremoto, por exemplo –, a exibição do choro dos atingidos não seria essencial ao tema? A discussão, como temos insistido, não fica nunca fechada. Ao contrário: abre-se para âmbitos cada vez mais sofisticados de reflexão.

O importante, para nossa linha de raciocínio, é a percepção de que a liberdade de imprensa, como modalidade da liberdade de expressão, longe de se caracterizar como liberdade absoluta, pode também ela encontrar limites legítimos – o que está longe, por outro lado, de minimizar sua centralidade para a democracia. A construção da democracia e a construção da liberdade são tarefas suficientemente complexas para admitirem até mesmo controles à liberdade de expressão e imprensa.

Finalmente, assim, chegamos a um dos temas mais polêmicos no que diz respeito à regulamentação da mídia. Trata-se da possibilidade de regulamentar os meios de comunicação, de maneira ampla e efetiva, quanto à sua propriedade. Aqui assumimos uma posição clara: as limitações de propriedade não são apenas permissíveis; são recomendáveis e mesmo exigíveis.

Como vimos nas seções III e IV deste artigo, parte importante da evolução por que passou a liberdade de expressão está no reconhecimento de seus aspectos positivos, e não somente negativos. Não se trata apenas de remover os óbices à livre expressão individual, mas de garantir que estejam presentes, na sociedade, condições concretas para que a liberdade de expressão possa se efetivar em toda a sua abrangência. Isso implica, da parte do Estado, não um simples dever de abstenção, mas a obrigação de promover ativamente um ambiente de máxima circulação de ideias, opiniões e informações, bem como zelar pela manutenção desse ambiente.

Mas qual o conteúdo concreto que assume, para o Estado, essa obrigação positiva frente à liberdade de expressão? Que tipos de ameaça poderia sofrer a liberdade de expressão, diferentes da simples intimidação direta contra a emissão de opiniões? Vê-se com facilidade que uma das ameaças mais sérias, nesse sentido, vem da concentração dos meios de comunicação.

A ninguém é dado ignorar a particular importância de que se revestem, em nossa sociedade, os meios de comunicação de massa, particularmente o jornal impresso, o rádio e a televisão e, agora, os portais de internet⁸. A concentração desses meios representa, portanto, um obstáculo a um ambiente realmente livre e plural de circulação de ideias. Trata-se do caso em que o suposto direito de um – ou de alguns – inviabiliza ou prejudica o direito dos demais. De igual maneira, a ninguém é dado ignorar as especificidades envolvidas na propriedade dos meios de comunicação de massa. Sabe-se bem que esse é um setor propício a processos de acentuada concentração, devido a questões financeiras, operacionais, políticas e mercadológicas.

Das duas constatações acima, então, decorre o seguinte: Uma regulamentação do setor de comunicações que tenha entre seus objetivos evitar processos de concentração, dentro de marcos legais claros, não-autoritários e compatíveis com a Constituição, mostra-se perfeitamente em acordo com a preservação da liberdade de expressão e, particularmente, de imprensa. Na verdade, podemos dizer ainda melhor: uma regulamentação do setor de comunicações que pretenda promover a liberdade de expressão deve, necessariamente, preocupar-se com tais processos de concentração.

Vale lembrar que a Constituição – que no capítulo sobre a ordem econômica dedica-se a evitar, de modo amplo, processos de cartelização e concentração de mercado – é bastante explícita quanto trata do setor de comunicação. Repetimos a preceituação do art.220, § 5º: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. Qual seria, então, a razão (dos motivos econômicos e políticos, nem é necessário falar) para um receio tão difundido em regulamentar e efetivar a norma constitucional⁹? Os argumentos, como vimos, giram em torno da liberdade de expressão; difunde-se o temor de que a liberdade de imprensa, particularmente, venha a ser cerceada por um Estado autoritário.

Mas agora podemos ver claramente a fragilidade do argumento, ao menos em sua forma genérica, que visa bloquear os debates no nascedouro. Certamente, é necessário discutir a qualidade e a pertinência de qualquer proposta legislativa¹⁰ nessa área. As dificuldades em encontrar boas soluções são muitas, pois exigem, como em todo processo de discussão de direitos fundamentais, uma reflexão bastante ampla a respeito do significado da organização social, bem como a eventual e gradativa reconfiguração de conceitos centrais, como liberdade e igualdade. No entanto, a noção de que qualquer regulamentação dos meios de comunicação – em particular quando envolva políticas de inibição da concentração e de promoção da pluralidade – é fruto do autoritarismo, constituindo ameaça à liberdade de expressão e de imprensa, não pode ser aceita. Foi

8. Incluímos os portais de internet por serem, eles também, parte das estruturas de concentração. Por ser a internet uma tecnologia nova e de características muito peculiares, porém, o caso ainda demandaria uma análise específica.

9. Basta recordar a recepção bastante negativa, em nosso país e em nossa imprensa, da “Ley de Medios” da Argentina, não obstante ela ter sido elogiada pela Relatoria da ONU para a liberdade de expressão.

10. Além do Congresso Nacional, também espaços participativos como a Conferência Nacional de Comunicação, realizada em 2009, são legítimos para debates sobre as possíveis formas de regulamentação dos meios de comunicação. Sobre isso, ver as propostas aprovadas: Caderno da 1ª Conferência Nacional de Comunicação, de 10 de junho de 2010. Disponível em: http://www.mc.gov.br/auditorias/doc_download/480-caderno Consultado em 15 de setembro de 2014.

o que tentamos mostrar neste artigo, ao reconstruir o sentido dessas liberdades ao longo da história, com seu duplo movimento de expansão e limitação, e ao examinar o enquadramento teórico e jurídico que elas receberam na ordem internacional e em nosso país.

Referências

ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARENDT, H. O que é liberdade. In: **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

Bobbio, N. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. [Trad. Carlos Nelson Coutinho]

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

BOBBIO, N. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. [Trad. Carlos Nelson Coutinho]

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at-%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acessado em 15 de setembro de 2014.

DECLARAÇÃO dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

DECLARAÇÃO de Princípios sobre liberdade de expressão, de 27 de outubro de 2000. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Con>

vencao.Liberdade.de.Expressao.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. Caderno da 1ª Conferência Nacional de Comunicação, de 10 de junho de 2010. Disponível em:http://www.mc.gov.br/auditorias/doc_download/480-caderno, acessado em 15 de setembro de 2014.

PACTO Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm, acessado em 15 de setembro de 2014.