

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I**

**REGINA VERA VILLAS BOAS**

**RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO**

**GUSTAVO FERREIRA SANTOS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo  
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias  
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara  
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

---



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

---

### **Apresentação**

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

## O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO PARTE INTEGRANTE DO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

## THE FREEDOM OF EXPRESSION EXERCISE AS PART OF THE EXISTENTIAL MINIMUM CONCEPT

Tereza Margarida Costa De Figueiredo  
Yara Maria Pereira Gurgel

### Resumo

A liberdade de expressão é comumente apresentada como um direito de abstenção, sem que se discorra acerca do seu viés positivo, qual seja, o da necessidade de o Estado criar mecanismos de participação para que os indivíduos que não são detentores de espaço midiático nos meios de massa possam se manifestar. O pleno exercício da liberdade de expressão é imprescindível para um conceito participativo de cidadania, sem a qual o indivíduo resta prejudicado em seu desenvolvimento enquanto membro de uma sociedade plural. Assim, a liberdade de expressão deve ser vista como elemento integrante de um conceito ampliado de mínimo existencial, o qual se preocupa com a vida digna do sujeito de forma individual e de forma coletiva. Neste sentido, o presente artigo estuda a relação entre o exercício da liberdade de expressão como condição para uma cidadania participativa e o mínimo existencial, abordando este tema sobre o viés do novo constitucionalismo latino-americano e analisando, ao final, a situação do espaço midiático brasileiro, valendo-se para tanto de pesquisa jurisprudencial e doutrinária.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão, Cidadania, Democratização da comunicação, Mínimo existencial

### Abstract/Resumen/Résumé

Freedom of expression is commonly presented as an abstention right, without further discussion about its positive bias, which is that the state must create mechanisms of participation where individuals who are not media space holders in mass media can manifest. The full exercise of freedom of expression is essential for a participatory concept of citizenship, without which the individual remains hampered in its development as a member of a plural society. Thus, freedom of expression must be seen as part of a broader concept of existential minimum, which is concerned with the life worthy of the subject individually and collectively. In this sense, this paper studies the relation between freedom of expression as a condition for a participatory citizenship and the existential minimum, addressing this issue under the bias of the new Latin American constitutionalism and analyzing at the end, the situation of the media space Brazil, based on jurisprudential and doctrinal research.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Freedom of expression, Citizenship, Communication democratization, Existential minimum



## INTRODUÇÃO

Ao fundamentar a República Federativa do Brasil na dignidade da pessoa humana, o constituinte reconhece a imprescindibilidade de que seja assegurado, ao indivíduo, não apenas o direito à vida, mas o direito a uma vida digna, onde possa desenvolver suas faculdades biológicas, físicas e psicológicas. Entretanto, o conceito de vida digna é bastante amplo, e não há um consenso doutrinário ou jurisprudencial acerca do que este englobaria. Seria possível definir um rol mínimo de institutos que integrariam o conceito de dignidade humana?

Justamente na tentativa de definir quais seriam as garantias mínimas ao bem-estar do indivíduo, as quais não podem ser preteridas pelo Estado, nem mesmo escusando-se na “reserva do possível”, surge na doutrina o conceito de mínimo existencial.

Para alguns autores, o mínimo existencial decorre de forma direta do núcleo básico da dignidade da pessoa humana, posição a qual o presente trabalho se filia. Todavia, se ainda não se pode falar em conceito unânime de dignidade humana, tampouco é pacífico qual seria o núcleo mais elementar de direitos que devem ser assegurados aos indivíduos pelo Estado em qualquer circunstância. Bastaria garantir apenas recursos para a sobrevivência do sujeito, se a este é assegurado constitucionalmente o direito a uma vida digna? Qual seria a linha tênue entre sobrevivência e vida com dignidade em seu rol mais básico?

Atualmente, não se deve pensar no indivíduo como sujeito passivo, o qual apenas espera e depende, de forma direta, da atuação estatal, mas sim como capaz de influenciar de forma incisiva nesta. Portanto, não basta que lhe seja assegurado moradia, alimentação, saúde básica e acesso à justiça para que este venha a existir perante a sociedade, mas também deve-se incluir neste núcleo o regular exercício da cidadania, a qual deve ter seu conceito alargado para além do direito ao voto, caso contrário está-se diante do mínimo vital, núcleo imprescindível para a sobrevivência, e não mínimo existencial, o qual trata de mecanismos que fazem com que o indivíduo seja parte ativa da sociedade, podendo participar de suas decisões políticas, e não meramente existir e manter suas funções vitais estáveis.

Neste sentido, ao trazer também a cidadania como fundamento da República, em seu artigo 1º, II, a Constituição Federal de 1988 compromete-se a resguardá-la, sob pena de que se prejudique a base do Estado Democrático brasileiro, colocando-a no mesmo plano de importância que a dignidade humana. Assim, ao elencar a cidadania em dispositivo que traz o alicerce do Estado Brasileiro, conseqüentemente tal instituto passa a integrar o rol de direitos imprescindíveis ao indivíduo para que este tenha uma existência plena e não que apenas sobreviva. Entretanto, qual o conceito de cidadania atualmente aplicado e promovido no Brasil?



A cidadania realmente integra núcleo inderrogável de direitos imprescindíveis para a existência do indivíduo em sociedade?

Nas últimas décadas, a América Latina vem experimentado o fenômeno chamado de “novo constitucionalismo”, que consiste em uma reorganização das prioridades do Estado afim de que não mais se promova o bem estar do indivíduo como objetivo primeiro, mas sim o bem estar da coletividade, em uma substituição do antropocentrismo pelo biocentrismo, onde a natureza e o meio ambiente de forma geral assumem o centro das preocupações e tutela constitucional, local antes ocupado exclusivamente pelo ser humano. Assim, alarga-se o centro de proteção, propiciando o surgimento dos chamados “novos atores sociais”, os quais não são novos, mas apenas agora têm seu poder de participação na sociedade reconhecido e, principalmente, promovido.

Na reorganização dos pontos centrais de tutela dos Estados latino-americanos, o indivíduo passa a ter um papel político assegurado, o qual o possibilita participar das decisões estatais de forma direta, em um conceito de cidadania ativa, muito mais abrangente e dinâmico do que a cidadania concebida no Brasil, a qual se resume quase que exclusivamente ao exercício dos direitos políticos, de modo que a dignidade humana cede espaço para o princípio do bem viver.

Assim, os Estados passam de nacionais a *multinacionais*, prezando pela difusão da cultura identitária e de um novo conceito de democracia mais participativo e menos representativo, a partir da criação de mecanismos que possibilitam uma atuação mais ativa dos indivíduos.

O novo constitucionalismo latino-americano pode ser observado principalmente em países de constituições mais recentes, as quais optaram por uma redefinição da estrutura estatal após longos períodos ditatoriais. O Brasil, apesar de ter promulgado a sua constituição após a redemocratização, trazendo diversos avanços na tutela e promoção dos direitos fundamentais, parece alheio a este fenômeno, de modo que apesar de elencar a cidadania como fundamento da República, ao lado da dignidade da pessoa humana, percebe-se que tal instituto não é promovido em seu sentido mais amplo, cabendo indagar se a cidadania, no Brasil, realmente faz parte do núcleo inderrogável de direitos imprescindível para que se garanta uma vida digna.

Dentro do conceito de cidadania um outro recorte ainda se faz necessário: até que ponto a liberdade de expressão - direito considerado como de primeira dimensão de acordo com a categorização doutrinária europeia - de fato é respeitada e promovida? Deveria a liberdade de expressão, enquanto parte integrante da cidadania, também fazer parte do núcleo definidor do

mínimo existencial? Qual seria a posição estatal em face de tal direito? Deveria o Estado apenas abster-se de violá-lo, ou seria uma tarefa estatal fomentar o seu exercício para que o indivíduo possa ativamente participar da tomada de decisões, em um conceito de cidadania ampliado?

Diante de tais questionamentos, o presente trabalho analisa, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o conceito atual de liberdade de expressão, sua relação com o conceito de cidadania ampliada e se tal instituto integra ou não o núcleo de direitos mais imprescindíveis constantes do mínimo existencial. Analisa-se a situação brasileira comparativamente com o panorama argentino, país que adota de forma direta as tendências do constitucionalismo latino-americano.

## **1. O EFETIVO EXERCÍCIO DA CIDADANIA COMO PARTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: UM ALARGAMENTO CONCEITUAL NECESSÁRIO**

É recorrente a utilização de termos como “mínimo existencial” e “reserva do possível” para se respaldar a atuação do Estado, atribuindo-o responsabilidades por uma prestação ou a afastando. O que não se discute, com mais profundidade, é o verdadeiro conteúdo de tais expressões.

A ideia de mínimo existencial perpassa por um conjunto de direitos imprescindíveis, básicos, para a existência do indivíduo. Entretanto, como o Estado brasileiro se fundamenta na dignidade da pessoa humana, a mera existência deve estar em consonância com tal princípio, ainda que minimamente. Assim, não se pode assegurar o mero direito à vida, ou ainda um rol de direitos que implique no mínimo *vital*, mínimo este que seja capaz de promover a mera existência, sobrevivência, manutenção estável dos sinais vitais.

Apesar de não haver consenso nem na doutrina nem tampouco na jurisprudência acerca do que poderia ser considerada uma vida digna, Maria Celina Bodin de Moares (2010, p.141) conceitua a dignidade humana como sendo o complexo formado pela igualdade (não apenas perante a lei), integridade psicofísica, liberdade (para poder autodeterminar-se, autoconformar-se) e solidariedade. Assim, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade, especialmente para a convivência social (*ibidem*, p. 120).

Portanto, ao elencar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa Brasileira, a Constituição Federal de 1988 assume que nenhum indivíduo pode viver em uma condição indigna, em que não tenha sua integridade não apenas física, mas também

psicológica respeitada, de modo que todos os sujeitos devem ser tratados igualmente, respeitando-se suas peculiaridades. Tais premissas são imprescindíveis para a manutenção do bem-estar social, bem como para a manutenção e legitimação do próprio Estado Democrático de Direito, pois “estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento de uma Constituição, tal como o faz a brasileira, significa dizer que ela se constitui no referencial teórico e base de sustentação de toda a estrutura jurídica e social” (WEBER, 2013, p.198-199).

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser um instituto de conceituação aberta, é de difícil concretização, de modo que sua exigibilidade se torna obstada muitas vezes pela imprecisão dos institutos que o integrariam. Neste cenário, surge um núcleo de direitos ainda mais urgentes ao indivíduo tanto para a sobrevivência quanto para a vida em sociedade: o mínimo existencial. Desse modo, “[...]o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (BARCELLOS, 2002, p.248).

Fala-se, portanto, em um núcleo imprescindível de direitos que integram o conceito maior de dignidade da pessoa humana, mas sem os quais o indivíduo tem sua existência frontalmente prejudicada. A existência não é a mera sobrevivência, tendo em vista que não configura tarefa do Estado assegurar apenas o mínimo vital, mas sim a existência em sociedade, como membro ativo desta.

Como mencionado, não há consenso acerca do que integraria o princípio da dignidade humana, nem tampouco o que integraria o rol ainda mais seletivo de direitos imprescindíveis que forma o mínimo existencial, mas o que se deve ter em mente é que é a partir da elevação da dignidade a fundamento constitucional que se pode não apenas justificar, mas principalmente tornar exigível o direito ao mínimo existencial (WEBER, op. Cit., p.199). Então, que núcleo intangível e derivado do direito à vida digna seria este? Para Ana Paula de Barcellos (op. Cit., p.258)

[...]o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. [...] esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

O posicionamento acima colacionado é bastante coerente, de modo a filtrar o que seria mais urgente dentro da dignidade da pessoa humana sem limitar por demasiado tal instituto. Entretanto, se percebe a ausência de elementos que tratem do aspecto político do indivíduo, que tratem do exercício da cidadania por este. Sem este aspecto, a existência do indivíduo na

sociedade resta comprometida, pois o mesmo será apenas sujeito passivo, não determinante das decisões políticas do Estado.

Neste sentido, ainda na construção de um conceito para o mínimo existencial e os elementos que o integram, é importante destacar que

o mínimo existencial encontra-se na dependência de uma gama de fatores e componentes que podem estar ligados às condições individuais, mas também a circunstâncias socioeconômicas e culturais, de modo que não pode ser resumido em uma fórmula (KELBERT, 2011, p.103)

Ou seja: o indivíduo não pode ser pensado apenas em seu viés individual, mas também em sua posição dentro da sociedade, como sujeito ativo nesta, pois dentro do conceito de dignidade humana encontra-se a autodeterminação e autodisposição, bem como a impossibilidade de *coisificar-se*. Assim, pode o indivíduo dispor sobre si mesmo - de forma limitada – e o exercício de tal autonomia não se exaure em seu aspecto privado, pois o indivíduo também pode dispor, ou ajudar a dispor, sobre aspectos relevantes da sociedade na qual está inserido, a partir do exercício da autonomia como aspecto integrante do conceito de cidadania, o que amplia as exigências e as implicações do que seria a vida digna, o “ser pessoa”, individual e coletivamente.

Percebe-se, diante do exposto, que a satisfação das condições necessárias para uma vida digna implica no exercício efetivo da cidadania. Mas, o exercício da cidadania também integraria o núcleo do mínimo existencial? De acordo com Thadeu Weber (op. Cit., p.201), deve-se ampliar o conceito de mínimo existencial para “mínimo social”, fazendo uma distinção acerca das condições para o exercício dos direitos fundamentais e os direitos fundamentais propriamente ditos. As condições apropriadas para o exercício de tais direitos integrariam o mínimo existencial em sentido estrito, mas elas não têm um fim em si mesmas, não se satisfazem a não ser que os direitos fundamentais estejam de fato assegurados e promovidos, e somente a partir daí é que se pode falar em um conceito próprio de mínimo existencial, um conceito ampliado para abranger o exercício da cidadania, o que denomina o autor de *mínimo social* justamente por ser imprescindível para a vida em sociedade.<sup>1</sup>

Não basta que haja o desenvolvimento pessoal, físico do indivíduo; a este também devem ser propiciados mecanismos para exercício pleno da cidadania. As condições básicas necessárias para o exercícios fundamentais (mínimo existencial *stricto sensu*) não satisfazem a

---

1 Neste ponto o autor trabalha com a ideia de bens primários de John Rawls, os quais seriam os integrantes do conceito de mínimo existencial ampliado, ou seja, de mínimo social, pois este autor defende a imprescindibilidade do exercício da cidadania para que o sujeito possa existir dignamente, em uma visão ampliada do direito à vida digna.

premissa de desenvolvimento pleno (pessoal e intelectual) abarcada pela dignidade humana, mesmo em seu núcleo mais básico.

Em suma,

o mínimo existencial não pode ser restringido à satisfação das necessidades físicas dos indivíduos, como se a preocupação fosse apenas com a sua sobrevivência, ou o chamado "mínimo vital". Para marcar a estreita relação com a dignidade, o mínimo existencial não pode ser atrelado apenas à satisfação das necessidades básicas materiais, mas deve visar o desenvolvimento da pessoa como cidadã (ibidem, p. 209-210).

Diante do esforço intelectual realizado na tentativa de construir um conceito próprio de mínimo existencial, fazendo-se as diferenciações necessárias entre o mínimo vital, o mínimo existencial e o mínimo social<sup>2</sup> - este último conceito mais completo e adotado pelo presente artigo, pois um indivíduo não pode ter uma vida digna sem que lhe seja resguardado o exercício da cidadania – cabe realizar ainda um outro corte epistemológico: o que englobaria a cidadania incluída no núcleo básico de direitos integrantes do “consenso mínimo”, compromisso fundamental do Estado para com o indivíduo? Será que um conceito de cidadania passiva, o qual consiste em exercícios esporádicos desta, a exemplo do voto, é suficiente para que um indivíduo seja considerado como participante ativo na tomada de decisão do Estado? Como o Brasil enxerga este conceito de cidadania? Será da mesma forma que o conceito de cidadania trabalhado, na atualidade, a partir do novo constitucionalismo latino-americano?

Um importante viés do exercício da cidadania é a sua relação com a liberdade de expressão. Somente a partir da garantia de liberdade para expressar-se ou deixar de fazê-lo é que o indivíduo pode vir a ser membro participante em uma sociedade. A garantia formal de tal direito, considerado como de primeira dimensão de acordo com a classificação doutrinária europeia, perpassa a mera abstenção do Estado, vindo a exigir deste uma atuação: O Estado deve garantir, ainda que minimamente, espaços e mecanismos para o exercício da liberdade de expressão como fomento à cidadania em seu aspecto ampliado, ativo.

Se aparentemente a liberdade de expressão não guarda relação direta com o mínimo existencial *stricto sensu*, esta vem a integrar o seu conceito alargado, o chamado de *mínimo social*, pois diz respeito ao exercício de um direito fundamental imprescindível para a existência e desenvolvimento do indivíduo em sociedade, possível somente a partir da atuação do Estado,

---

2 Importante deixar claro essa diferenciação para que se dê prosseguimento à argumentação defendida no presente trabalho: mínimo vital seria o necessário para que se mantivesse a vida, mínimo existencial para que se mantenha a vida digna e mínimo social, o qual consiste em um conceito alargado de mínimo existencial, onde se leva em consideração o desenvolvimento tanto pessoal quanto intelectual, político, da pessoa enquanto cidadã.

responsável por fornecer condições apropriadas para o seu exercício, condições estas que integram o mínimo existencial no conceito apresentado por Ana Paula de Barcellos (op. Cit), pois o mínimo existencial está diretamente vinculado à realização dos direitos fundamentais que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e seu viés de preservação e garantia das exigências mínimas de uma vida digna (ibidem, p.198).

Como parte do conceito alargado de mínimo existencial construído no presente trabalho, o direito à liberdade de expressão passa a integrar, seja de forma direta ou indireta, o rol de conteúdo mínimo de prestações indispensáveis para uma vida digna, assumindo o duplo caráter atribuído ao mínimo existencial: necessidade de preservação de seu núcleo bem como dever de fornecimento de tais prestações (KELBERT, op. Cit., p. 106). Ademais, como parte do mínimo existencial ampliado, a liberdade de expressão, como parte integrante do conceito de cidadania ativa, é oponível e exigível dos poderes públicos constituídos (BARCELLOS, op. Cit., p.273), tendo em vista que integra o compromisso fundamental do Estado brasileiro, seja através do princípio da dignidade da pessoa humana, seja através da elevação de cidadania a fundamento da República.

## **2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO PLENO DA CIDADANIA E PAPEL DO ESTADO**

A liberdade de expressão, apesar de integrar o rol de direitos de primeira dimensão e portanto fazer parte da primeira leva de direitos internacionalmente reconhecidos como mais imprescindíveis para o indivíduo, ainda é flagrantemente violada ou simplesmente ignorada, olvidando-se da sua relação direta com o exercício da cidadania bem como com a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão enquanto direito consta dos mais antigos e importantes documentos internacionais de Direitos Humanos, tendo se desenvolvido depois do advento da Modernidade, dentro do contexto do iluminismo jusnaturalista (SARMENTO, 2013, p. 252), estando disposta no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - ambos de 1948 -, artigo 19 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e, no sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos está expressa no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e na Declaração de princípios sobre a liberdade de expressão (2000), a qual

vem a reafirmar pormenorizadamente o referido artigo 13 da CADH.

Em uma definição clássica, os direitos de liberdade ou de primeira dimensão, dos quais a liberdade de expressão faz parte, são de titularidade do indivíduo e oponíveis ao Estado. São faculdades, atributos da pessoa e configuram-se como direitos de resistência perante o Estado (BONAVIDES, 2004, p. 563-564). Entretanto, com a devida vênia, tal definição é incompleta, pois não basta apenas o Estado se abster, mas deve ainda promover mecanismos que propiciem o regular exercício da liberdade de expressão, pois é a partir desta que o indivíduo tem a chance de manifestar-se ou deixar de fazê-lo, de acordo com sua vontade, assumindo assim um papel de sujeito construtor das decisões do Estado.

Desse modo, a liberdade de expressão se comporta como *gênero*, do qual decorre uma gama de outros direitos: direito à comunicação, direito à informação, direito de resposta. Somente quando ao indivíduo é assegurado o direito de participar, de influir, de veicular suas ideias ou lhe é facultado não o fazer, juntamente quando lhe são proporcionados meios que venham a divulgar o seu conteúdo, é que se pode falar em efetivo exercício da cidadania. Ademais, a liberdade de expressão comporta ainda um viés passivo, o qual consiste no direito do indivíduo de ser informado, de receber, difundir e trocar informações livremente.

Percebe-se que a liberdade de expressão é um direito bastante controvertido, pois envolve não apenas uma postura silente do Estado, mas também se exige uma prestação efetiva deste, e ao passo que seu núcleo envolve o direito de se fazer ouvir, também engloba o direito de silenciar, o de não se informar (BRANCO, 2009, p.404), bem como a garantia de recepção dos mais diversos tipos de informação, de conteúdo. Em suma,

a garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não(...) (ibidem, p. 403).

Diante do exposto, percebe-se a dimensão de tal direito, o qual apesar de ser marcadamente de índole defensiva e consistir em um direito a uma abstenção do Estado de condutas que interfiram na esfera de liberdade do indivíduo (ibidem, p. 404), não se pode afirmar que o mesmo se exaure com a mera não violação ou não interferência estatal. Para que o indivíduo possa manifestar-se, receber e trocar informações, ou até mesmo exercer o seu direito de silenciar, precisa, além de lhe ter assegurado o direito de falar, que também sejam postos ao seu alcance mecanismos para veicular tais conteúdos, sendo necessário, portanto, uma atuação estatal.

Assim, apesar da brilhante definição de liberdade de expressão oferecida por Paulo

Gustavo Gonet Branco acima citada, o presente trabalho discorda do referido autor quando este coloca a liberdade de expressão como uma liberdade exercida, em regra, contra o Poder Público, não ensejando, ordinariamente, uma pretensão a ser exercida em face de terceiros, isto porque, além da necessidade do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>3</sup>, o autor não aborda o papel ativo do Estado na tutela deste direito de liberdade, imprescindível para a sua efetividade. Neste sentido, de forma brilhante, Daniel Sarmento (op. Cit., p.256), ressalta que da dimensão objetiva da liberdade de expressão decorre também o dever do Estado de criar organizações e procedimentos afim de amparar o efetivo exercício de tal direito fundamental.

Quanto ao alcance do referido direito, complementa ainda o autor:

Todas as pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, são titulares do direito à liberdade de expressão. No que tange aos destinatários, trata-se de um direito primariamente voltado para o Estado, mas que também possui eficácia horizontal, vinculando diretamente os particulares, sobretudo os detentores de poder social (ibidem, mesma página).

O direito a liberdade de expressão e todos os outros direitos que dele derivam são conteúdos integrantes e indissociáveis da cidadania em seu conceito mais amplo, isto porque “(...)a liberdade de expressão é um direito que visa a proteger não apenas aos interesses do emissor das manifestações, como também aos da sua audiência e da sociedade em geral (ibidem, p. 255).” Para que um indivíduo venha a participar ativamente nas decisões do Estado precisa ter a sua voz assegurada, o seu direito de receber informações de conteúdos diversos resguardado, bem como o seu direito de silenciar quando assim desejar.

Para assegurar a não violação em concomitância com a promoção e efetivação de tal direito, o Estado precisa criar canais, ou abrir espaço naqueles já existentes, tendo em vista que muito do conteúdo veiculado é de cunho privado, produzido por grandes empresas ou grupos comerciais, de acordo com seus interesses. A falta de identidade entre o conteúdo veiculado e os interesses e pano de fundo dos indivíduos fomenta a apatia em relação ao exercício da cidadania através do direito à comunicação.

A grande problemática não é a falta de meios de comunicação, mas a falta de espaço para conteúdo que não seja comercial nestes: é necessário democratizar o espectro eletromagnético.

---

3 Ingo Sarlet coloca que não se discute mais acerca da existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas sim se tal eficácia seria mediata ou imediata. Neste sentido, cf SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.13-36.



Democratizar a comunicação e os meios de comunicação não é censura, não é abuso estatal, mas sim tarefa do Estado para assegurar a liberdade de expressão daqueles que não têm poder econômico para possuir tais veículos, mas que mesmo assim não podem ser afastados da produção e divulgação do conteúdo. Infelizmente, o panorama atual mostra o contrário: aqueles que possuem recursos financeiros para financiar programas e emissoras acabam sobrepondo a sua liberdade de expressão e direito de comunicação aos demais. Os indivíduos “comuns”, ao não terem o seu espaço assegurado nos veículos de comunicação de massa, se tornam apáticos, invisíveis, e por mais que o Estado não interfira na sua esfera de liberdade, não adota postura para assegurar a sua manutenção e como resultado o indivíduo passa a não existir enquanto cidadão.

Assim, muitas vezes o direito de propriedade se sobrepõe ao efetivo exercício da liberdade de expressão, olvidando-se da verdadeira função de comunicar, qual seja: a troca de informações diversas, as quais retratem os mais distintos setores sociais, que sejam produzidas e veiculadas por sujeitos plurais, e não que venham de cima para baixo, retratando sempre os mesmos interesses, tendo em vista que

(...)aos meios de comunicação não caberia ser propagadores da boa nova, de um padrão de consumo assimilável pelas técnicas de publicidade, mas canais de expressão que favorecem a participação da população nos esforços de mudança social. (...) de comunicação e de cultura que propiciem tal participação com ações que concretizem desde a universalização da educação e da cultura à repartição democrática das frequências radioelétricas (ROLIM, 2012, p.304).

Para assegurar o efetivo exercício da liberdade de expressão para todos é necessário que o pluralismo presente na sociedade seja retratado tanto na produção quanto na veiculação do conteúdo, é necessário que novos protagonistas passem a integrar o processo comunicacional (ibidem, p. 305). Para tanto, a saída é democratizar a comunicação a partir da desconcentração do espectro eletromagnético, de modo que não seja requisito apenas a capacidade financeira para a obtenção de veículos, mas principalmente que se analise a qualidade de informação difundida bem como se preze pela sua pluralidade, o que pode ser garantido pelo fomento à comunicação comunitária. Em resumo, pode-se dizer que

para os múltiplos sujeitos que lutam pela democratização da comunicação não se trata de focalizar determinado segmento do sistema, mas reformular o conjunto do espaço midiático – sistemas privado, público e comunitário/alternativo – com a perspectiva de garantir a diversidade qualitativa de vozes (ibidem, p. 308).

Democratizar a comunicação não faz com que o Estado venha a interferir e controlar o conteúdo da informação veiculada, mas sim que venha a redistribuir e organizar os meios de comunicação para assegurar que aqueles que não possuem capacidade financeira não tenham o seu direito à liberdade de expressão preterido seja no nível ativo, de veicular informação, seja

no nível passivo, de escolher que tipo de informação deseja receber ou até mesmo se não deseja fazê-lo.

Uma sociedade plural deve ser retratada em todos os níveis, inclusive na distribuição dos meios de comunicação. Obstar ou não assegurar ao indivíduo o acesso a mecanismos que propaguem o conteúdo do exercício da sua liberdade de expressão prejudica o seu desenvolvimento enquanto cidadão e prejudica o mínimo existencial em seu sentido mais ampliado, o qual abarca o efetivo exercício da cidadania.

### **3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO**

Conforme acima explanado, a liberdade de expressão é uma importante vertente do pleno exercício da cidadania, sendo necessário que seja observado tanto o seu viés negativo, de abstenção Estatal em violar o espaço de liberdade do indivíduo, quanto o seu viés positivo, este ainda mais importante, a partir da criação de espaços que fomentem a divulgação de conteúdo produzido por aqueles que não têm livre acesso aos meios existentes. Assim sendo, ressalta Mazzuoli (2013, p.176) que

(...)o direito à liberdade de expressão não se esgota no reconhecimento teórico do direito de falar ou escrever, também compreendendo o direito de utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e fazê-lo chegar ao maior número possível de destinatários.

Democratizar a comunicação é organizar o espaço midiático de modo a não permitir que o direito de propriedade daqueles que têm capacidade financeira para suportar os veículos de comunicação de massa se sobreponha ao efetivo exercício da liberdade de expressão dos demais. Justamente por ser um direito tão amplo, o qual se desdobra em tantos outros, e que exige diversas posturas tanto do Estado quanto dos particulares, a liberdade de expressão jamais pode ser enxergada apenas como o dever estatal de não violar a esfera privada do indivíduo.

Neste sentido, para que a liberdade de expressão seja respeitada e promovida em seu sentido mais amplo, o qual compreende tanto sua dimensão individual quanto social (reconhecimento de que todos têm o mesmo direito de trocar informações e defender seus pontos de vista, importando em expandir e receber informação) (ibidem, p.177-178), o conceito de cidadania deve ser reestruturado para contemplar seu aspecto participativo, de modo que a sua releitura se paute em três elementos essenciais: democracia material, dignidade da pessoa humana e cidadania participativa, justamente no intuito de alargar a participação do cidadão na vida política do Estado (AGRA, 2013, p.120).

Percebendo a necessidade de se ampliar o conceito de cidadania de modo a permitir que o indivíduo tenha não apenas o seu desenvolvimento pessoal garantido, mas também o seu desenvolvimento social, grande parte dos países da América Latina, especialmente após a década de 80, passou a adotar o que se chama de *novo constitucionalismo latino-americano*, tendência que visa contemplar o pluralismo social a partir de uma abordagem culturalista-identitária, a qual, a partir de uma ampliação no conceito de cidadania, passa a encarar o Estado como plurinacional e/ou multicultural, reconhecendo o interesse de grupos antes marginalizados, a partir de uma democracia mais participativa (BELLO, 2012, p.26).

Diversamente, de modo bastante peculiar, o atual constitucionalismo latino-americano apresenta características que inovam em relação a conceitos e institutos centrais do constitucionalismo moderno do Hemisfério Norte. A partir de movimentos políticos de refundação nacional, advindos em grande parte de novos sujeitos coletivos constituídos no âmbito da sociedade civil, tem se desenvolvido um processo de profundas transformações constitucionais (ibidem, mesma página).

Este processo de reestruturação constitucional é adotado em resposta às fraturas sociais presentes nos Estados latino-americanos devido a sua tardia organização como tal, provocada por um processo de colonização bastante predatório e pela marcada organização social estruturada na prevalência de interesses oligárquicos que obstavam a livre circulação de bens e serviços para a sociedade como um todo. Em consequência, o indivíduo passa a ser considerado em sua plenitude, independentemente de suas características culturais, e é chamado a fazer parte da tomada de decisões do Estado, em um efetivo e constante exercício da liberdade de expressão a partir da “(...)passagem do conceito de cidadania da tradicional dimensão de *status*, referida a direitos, para uma dimensão dinâmica, relativa à participação política ativa” (ibidem, p.31-41)

No novo constitucionalismo latino-americano o foco de proteção sai da dignidade da pessoa humana, visão antropocêntrica e europeia de tutela individual, e passa a ter como objeto, em uma visão biocêntrica, a noção de *Pacha Mama (madre tierra)* aliada ao princípio do bem-viver (*sumak kawsay*). O que ocorre, entretanto, não é uma *superação* da tutela individual, mas sim uma ampliação do conceito de vida digna, o qual passa a englobar também o aspecto social, o papel do indivíduo como cidadão, como participante ativo da sociedade a qual integra, papel este que é indissociável de sua existência em seu sentido mais pleno.

Este movimento de reestruturação do Estado busca uma desvinculação dos padrões europeus, isto porque apesar de os países latino-americanos terem sido colonizados pela Europa, suas características são muito peculiares, de modo que o modelo europeu de Estado, bem como de tutela e promoção de direitos não se mostrou efetivo para tais países

primeiramente porque estes foram colônias exploratórias dos países europeus e, posteriormente, foram alvo de golpes militares influenciados de forma direta ou indireta pela Europa e pelos Estados Unidos da América, país que apesar de também ter sido colônia, fora explorado e colonizado de forma diferente da América Latina, o que explica portanto a sua reestruturação de forma diversa.

O novo constitucionalismo latino-americano é um movimento de promoção da pluralidade, de incentivo à participação dos grupos sociais e culturais antes marginalizados: é sobretudo um movimento integrador e de ampliação da cidadania e não busca a negação ou superação do modelo europeu de tutela e promoção de direito, mas trabalha de forma complementar a este.<sup>4</sup>

O referido movimento pode ser observado a partir das Constituições de alguns países latino-americanos, a exemplo da Constituição Argentina (reformada em 1994), Constituição do Equador (2008) e Constituição da Bolívia (1991). Em tais textos a reafirmação da multinacionalidade e multiculturalidade é constante, de modo que o pluralismo fomentado não é apenas o político, mas o social e também o jurídico. Os diferentes grupos sociais devem coexistir sem que sua identidade seja prejudicada, cada um tendo seu espaço respeitado, sem que haja qualquer tipo de exclusão.

O exercício da cidadania é fomentado através de canais específicos que fazem com que os indivíduos estejam em constante participação na tomada de decisões do Estado. No que tange ao exercício do direito à liberdade de expressão, um importante aliado para o desenvolvimento do conceito ampliado de cidadania é o fortalecimento da comunicação comunitária.

Ao lado dos meios de comunicação público e privado, os meios de comunicação comunitários atuam como canais para aqueles que não têm acesso direto ao espaço midiático na sua distribuição atual; ou seja, a maioria dos indivíduos, tendo que em vista o espaço eletromagnético atualmente é concentrado, estando no poder de seletos grupos detentores de

---

4 O que se critica não é a divisão doutrinária dos direitos humanos em dimensões ou gerações, mas se defende que esta divisão acaba por prejudicar a efetividade e promoção de tais direitos. Esta divisão apresenta-se como eurocêntrica, isto porque retrata e se pauta, de forma direta, na realidade experimentada pela Europa. Nos países da América Latina, por exemplo, ainda se discute a efetividade dos direitos de primeira dimensão em aspectos que já foram superados no continente europeu. Não se deve desmerecer o caráter didático desta classificação, a qual remete a forma que o reconhecimento da imprescindibilidade de tais direitos surgiu, mas o que se deve levar em consideração é que tal classificação não pode ser aplicada de forma direta à realidade latino-americana, tendo em vista que não foi espelhada no contexto histórico, social e cultural dos países que integram a América Latina. Neste sentido, cf: Caçado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm) Acesso em: 16 jun 2015.

capacidade financeira e poder político, de modo que ficam responsáveis por grande parte do conteúdo produzido e veiculado.

A redemocratização da América Latina, sobretudo a partir da década de 1980, bem como o desenvolvimento das possibilidades de comunicação a partir da tecnologia não foram suficientes para alterar esta situação, apesar da falsa sensação de que os meios de comunicação de massa estão a cada dia mais acessíveis, o conteúdo ali veiculado ainda está em poder de poucos e, mesmo com o processo de redemocratização e a aparente tutela da liberdade de expressão, a concentração midiática ainda é uma realidade, especialmente devido a adoção de políticas neoliberais no campo da comunicação social (ROLIM, op. Cit., p.309), as quais valorizam a capacidade financeira dos detentores dos canais em vez da diversidade.

O que se percebe, em suma, é que o efetivo exercício da liberdade de expressão ainda é uma realidade distante na América Latina. A falta de atuação do Estado afim de que haja uma redistribuição dos meios de comunicação afim de que o pluralismo social seja representado também nos veículos midiáticos obsta a concretização de um conceito de cidadania ampliado, imprescindível para que o indivíduo de fato exista em sociedade.

No que pese a liberdade de expressão faça parte dos direitos de primeira dimensão, de acordo com a divisão doutrinária europeia, o que se conclui é que “(...)os direitos civis ainda se encontram em fase de implementação em muitos países do continente, acompanhados de novos 'direitos multiculturais' (...)” (BELLO, op. Cit, p.43), de modo que, não basta para o Estado não violar, mas de acordo com as tendências do novo constitucionalismo latino-americano, ele deve promover a diversidade e o pluralismo também nos meios de comunicação, pois somente a partir da utilização destes pelos mais diversos segmentos sociais, em um conceito alargado de pluralismo que transcende o político, é que a cidadania de fato será exercida em sua totalidade.

### 3.1 MARCO REGULATÓRIO DA DEMOCRATIZAÇÃO DA COMUNICAÇÃO NA ARGENTINA

Na Argentina, a lei responsável por disciplinar o espectro eletromagnético é a Ley nº 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, de 2009, regulamentada pelo Decreto nº 1225/2010, e que substituiu a Ley de Radiodifusión nº 22.285, de 1980, elaborada durante a ditadura militar argentina.

Com a recuperação da democracia em 1983 percebeu-se a imprescindibilidade de elaborar uma nova lei que estivesse de acordo com as necessidades cívicas e participativas da democracia. Entretanto, as propostas realizadas em 1988 e 2001 foram rejeitadas.

A Ley nº 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, por sua vez, foi debatida durante um ano em foros espalhados por todo o país antes de sua promulgação. Esta lei amplia a liberdade de expressão no país, pois garante o acesso ao espaço midiático a grupos sociais antes excluídos, a exemplo dos povos originários, os quais podem controlar emissoras de rádio e TV de alcance local.

Outro avanço importante na desconcentração dos meios de comunicação foi a limitação no número de concessões para cada empresa, além da vedação aos empresários de controlarem canais de TV abertos e fechados ao mesmo tempo. Houve ainda uma expansão do setor audiovisual, a partir da redistribuição de licenças e concessões para universidades e escolas primárias e secundárias (LEAL, 2015).

A Lei de Meios da Argentina classifica os setores de audiovisual em três categorias: comercial, comunitário e público (art. 21) e reserva 33% do espectro para iniciativas não lucrativas e comunitárias (art. 89, f). Para a prorrogação das licenças, é necessário que haja audiência pública, como forma de transparência e de participação da sociedade na distribuição do espectro.

Podem ainda ser outorgadas, de forma excepcional, licenças a serviços de radiodifusão de baixíssima potência (definidas em lei específica) sempre que haja disponibilidade de espectro e em locais de grande vulnerabilidade social ou de escassa densidade demográfica, desde que sua programação seja destinada a satisfazer demandas comunicacionais de caráter social (art. 49) (GÓMEZ, 2014).

A Argentina foi o primeiro país latino-americano a definir o novo marco regulatório da comunicação, assumindo a postura de referência para o debate teórico acerca da democratização da comunicação nesta região. Sua Lei de Meios disciplina o espaço midiático através de mecanismos de promoção, desconcentração e incentivo da concorrência, objetivando universalizar e democratizar o acesso à palavra pública e os produtos audiovisuais (ROLIM, op. Cit., p.303-315).

A Lei de Meios argentina, que conta com 166 artigos, representou um enorme avanço na discussão acerca da imprescindibilidade da redistribuição do espaço midiático, incomodando os grupos econômicos que estavam em poder dos veículos de comunicação até então. Como reação destes, apesar de promulgada em 2009, a referida lei só entrou em vigor em sua

integralidade em 2013, após a Suprema Corte da Argentina declarar a constitucionalidade dos seus artigos que tratavam acerca da reconfiguração do espectro eletromagnético.

#### **4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL**

Se o reconhecimento da necessidade de tutela da liberdade de expressão não é algo recente, apesar de seu aspecto positivo ainda ser debatido no que tange à atuação estatal, no Brasil este direito foi e é alvo de diversas violações ao longo dos anos.

Apesar de, desde a independência do Brasil, a proteção da liberdade de expressão ter figurado em todas as Constituições, havendo variações apenas na sua amplitude em decorrência da natureza mais ou menos aberta dos respectivos regimes políticos (SARMENTO, op. Cit., p.252), este direito nunca foi efetivamente tutelado ou promovido, de modo que fazia parte dos textos constitucionais para cumprir mero formalismo, mascarando severas violações ao seu pleno exercício durante os regimes totalitários e ditatoriais. Com a redemocratização do Brasil, a liberdade de expressão foi colocada como pauta, em razão das flagrantes violações que sofrera durante a ditadura. Percebeu-se que os meios de comunicação se encontravam concentrados nas mãos daqueles que detinham o poder econômico e político, não havendo espaço para pluralismo de ideias, para uma representação dos mais diversos grupos sociais. Diante deste cenário,

o Constituinte de 87/88 teve uma clara preocupação com a necessidade dos meios de comunicação serem bens públicos, com limites à participação de empresas privadas e até mesmo estrangeiras nesse ramo. Essa preocupação encontra seu ponto alto na Constituição no artigo 220, parágrafo 5º, quando afirma que os meios de comunicação privados no país não podem ser objeto de monopólio ou oligopólio (RODRIGUES, 2014).

A Constituição Federal de 1988 tutela, de forma expressa, a liberdade de expressão em seu artigo 5º, IV. Ademais, dedicou um capítulo para a Comunicação Social, bem como trouxe, como fundamento da República, a cidadania e o pluralismo político. Assim, o que se percebe é que não faltou regulamentação, tendo sido o texto constitucional bastante protetivo e claro acerca da imprescindibilidade de se prezar pela liberdade do indivíduo em poder manifestar-se, mas efetivamente o espaço midiático brasileiro pouco se modificou.

O Brasil, apesar de fazer parte da América Latina, parece apático ao fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, pois apesar de a cidadania ser elevada a fundamento da República o conceito aqui difundido é o conceito passivo, ou seja, há pouco ou esporádico exercício desta, resumindo-a ao exercício dos direitos políticos, mais especificamente o voto obrigatório.

Este conceito minimizado de cidadania pode ser explicado pelo seu contexto histórico e social no Brasil: a cidadania, durante muito tempo, foi considerada um direito de poucos. Quando ampliada, era ligada de forma direta ao papel do indivíduo na sociedade a qual se inseria, não sendo enxergada como um aspecto de seu desenvolvimento social.

Enquanto no velho continente o reconhecimento da cidadania social ocorreu num cenário em que já vigorava o sufrágio universal e havia uma tradição de direitos civis, a realidade brasileira demonstra uma vinculação da cidadania à condição de trabalhador, para, posteriormente, ser expandida formalmente para os subcidadãos, juridicamente considerados como membros da comunidade política (BELLO, op. Cit., p. 54).

A liberdade de expressão, por sua vez, é vista apenas em seu aspecto de direito negativo, o qual consiste em uma não atuação estatal, não havendo, por parte do Estado brasileiro, uma atuação efetiva na promoção de um espaço que venha a abranger a diversidade social, de modo que o direito de propriedade ainda se sobrepõe ao efetivo exercício da liberdade de expressão e, mais especificamente, do direito à comunicação.

A falta de democratização do espaço midiático impede que a sociedade brasileira, plural, como toda sociedade democrática, tenha poder acerca do conteúdo veiculado nos meios de comunicação. A capacidade econômica de restritos grupos empresariais é suficiente para que lhes sejam concedidas e renovadas, inúmeras vezes, licenças e autorizações para o funcionamento de veículos midiáticos. A manutenção do *status quo*, ou seja, dos monopólios e oligopólios dos setores de comunicação, implica em uma violação direta da liberdade de expressão, mas não somente isto: vai de encontro às estruturas da própria democracia, isto porque

O ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, que ocorre quando os cidadãos podem participar com liberdade e igualdade na formação da vontade coletiva. Para que esta participação seja efetiva e consciente, as pessoas devem ter amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar as suas próprias opiniões. Ademais, elas devem ter a possibilidade de tentar influenciar, com suas ideias, os pensamentos dos seus concidadãos. Por isso, a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias, o que só é possível mediante a garantia da liberdade de expressão (SARMENTO, op. Cit., p.255).

Diante do exposto, percebe-se que um conceito ampliado de cidadania é imprescindível e diretamente ligado ao efetivo exercício da liberdade de expressão. Além do que, se relaciona com a existência do indivíduo em sociedade, pois sem que este possa participar de forma ativa da tomada de decisões do Estado não poderá se desenvolver plenamente, de modo a ter desrespeitado o seu mínimo existencial ampliado, ou ainda, o seu *mínimo social*.

A Constituição Federal de 1988 traz um modelo de democracia semidireta, a qual combina a democracia representativa com a democracia direta no processo legislativo



(plebiscito, referendo e iniciativa popular). O que se percebe, na prática, é que os mecanismos de participação direta do cidadão são raramente invocados, de modo que a democracia representativa, onde o indivíduo participa apenas de forma passiva, prevalece, sem que haja criação de novos mecanismos de inserção social nem tampouco fomento da utilização daqueles já existentes.

Outro aspecto a ser destacado é que o único pluralismo disposto no texto constitucional brasileiro é o pluralismo político, também presente nos fundamentos da República do Brasil. Não há menção ao pluralismo social nem tampouco ao pluralismo jurídico, diferentemente do que ocorre com os países integrantes do novo constitucionalismo latino-americano, a exemplo do que já ocorre no sistema jurídico do Equador.

O Brasil é um país nacional e não multinacional, havendo pouca abertura prática para o multiculturalismo: os grupos sociais marginalizados tendem a permanecer assim, não havendo mecanismos de diálogo, de alcance local, que os proporcionem produzir e divulgar conteúdo de seu interesse. Quanto aos poucos e raríssimos experimentos de participação cidadã bem-sucedidos, cabe destacar o orçamento participativo.

#### 4.1 A COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo para tratar da Comunicação Social, capítulo este composto por quatro artigos: 220, 221, 222, 223 e 224.

O artigo 220 dispõe que é livre a manifestação do pensamento, bem como a criação, a expressão e a informação, em qualquer forma e em qualquer veículo, observando-se apenas o disposto na Constituição. O parágrafo 1º do referido artigo ainda reforça a ideia de liberdade de expressão ao declarar que nenhuma lei poderá embaraçar a liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação.

Outro parágrafo que merece ser destacado é o 5º, o qual dispõe que os meios de comunicação social não podem ser objeto de monopólio ou oligopólio. Apesar desta vedação expressa, é notório o flagrante desrespeito a este dispositivo, tendo em vista o cenário do espectro eletromagnético brasileiro estar concentrado na mão de seletos grupos.

A completa falta de regulamentação deste dispositivo constitucional permite que ainda hoje pouquíssimas empresas e famílias sejam responsáveis por praticamente tudo o que se lê nos jornais e revistas, ouve nas rádios ou assiste na televisão. A falta dessa regulação faz surgir dois perigos imediatos: do ponto de vista da sociedade o perigo da falta de pluralidade de informações; do ponto de vista do mercado o perigo da falta de livre concorrência (RODRIGUES, op. Cit.).

O artigo 221, por sua vez, elenca como princípios para o conteúdo produzido e veiculado no espaço midiático a preferência por finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente, a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

O que se percebe é que tal artigo é descumprido na sua integralidade, pois a maior parte do conteúdo veiculado não obedece a padrões éticos, culturais e educativos mínimos. Há pouquíssima promoção da cultura nacional e menos ainda das diversidades regionais, de modo que o que se produz é apenas para atender aos interesses dos grupos dominantes, havendo enaltecimento do centro-sul e marginalizando a produção da região norte e nordeste. Quanto à produção independente esta é cada vez mais rara devido a burocracia envolvida bem como os altos custos de produção, divulgação e a falta de canais específicos para fazê-lo.

O artigo 222 trata da propriedade dos veículos de comunicação, bem como da abertura para a participação de capital estrangeiro em tais veículos.

O artigo 223 deixa a cargo do Poder Executivo a outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações para funcionamento dos veículos de comunicação, devendo-se observar a complementariedade entre os sistemas privado, público e estatal. Os parágrafos deste artigo trazem hipóteses de participação do Legislativo e do Judiciário no processo de concessão, renovação ou revogação das licenças para funcionamento dos veículos de comunicação. Entretanto, silencia quanto a participação cidadã neste processo, o qual deve ser acompanhado de perto pela sociedade para que sejam assegurados o pluralismo e a diversidade cultural na produção e veiculação de conteúdo. O artigo 224, por fim, cria, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, regulamentado em lei específica.

Em uma breve e crítica leitura dos artigos acima mencionados nota-se que o capítulo referente à Comunicação Social necessita de regulamentação, de modo que poucos dispositivos ali constantes foram regulamentados, mesmo após mais de 20 anos da promulgação da CF/88. O fato de haver um capítulo dedicado, no texto constitucional, a disciplinar a Comunicação Social já é um grande avanço, mas ainda existem muitas barreiras para que este tema seja amplamente discutido no espaço público.

Neste longo processo de disputa e conflito, dois lados ficaram evidenciados: os empresários hegemônicos nos meios de comunicação *versus* aqueles que defendem a democratização da comunicação. Os primeiros sempre mais vitoriosos que os últimos. Dos cinco artigos da Constituição (220, 221, 222, 223 e 224) que propusemo-nos a estudar, apenas dois foram regulamentados, quais sejam, os artigos 222 e 224. A regulamentação desses dois artigos só foi possível, pois interessava diretamente aos empresários majoritários do setor (*ibidem*).

Em suma, apesar de constar expressamente no texto constitucional, a liberdade de expressão, bem como sua vertente do direito à comunicação, ainda estão longe de ser efetivamente tuteladas. Para tanto, é necessário que haja abertura do espaço midiático para que os grupos sociais não detentores dos veículos de massa também possam tomar parte nas decisões políticas do Estado. Infelizmente, este alargamento no conceito de cidadania tem sido suprimido em prol da manutenção da concentração dos meios afim de atender àqueles que possuem capacidade financeira e a utilizam para dominar o espaço público e, conseqüentemente, adquirir e monopolizar o poder de decisão. É válido ainda ressaltar o avanço no panorama brasileiro com a Lei da Radiodifusão Comunitária (9.612/1998), apesar de, na prática, o processo para criar uma rádio comunitária ainda ser burocrático e tais veículos sejam marginalizados e associados à promoção de atividades ilícitas.

## **CONCLUSÃO**

O mínimo existencial pode ser definido como o núcleo básico de elementos da dignidade da pessoa humana sem os quais a existência digna do indivíduo resta fortemente prejudicada. Como consequência de não haver um consenso doutrinário sobre que direitos fariam parte do conceito de vida digna, também não se chegou a um acordo quanto aos elementos que integram o mínimo existencial. Entretanto, deve-se pensar não apenas no aspecto de vida biológica do indivíduo, mas também de sua vida enquanto integrante de uma sociedade plural, multicultural. Não basta, para assegurar uma vida digna, que lhe sejam mantidas as funções vitais estáveis, mas que lhe seja permitido um desenvolvimento social.

Diante da percepção da imprescindibilidade de se alargar o conceito de cidadania para possibilitar este crescimento pessoal surge o novo constitucionalismo latino-americano na busca de reestruturar os Estados levando em consideração as suas peculiaridades e seu contexto histórico, distanciando-se assim da visão europeia de promoção e tutela de direitos. Neste sentido, busca-se criar mecanismos de participação cidadã, fomentando o multiculturalismo e o pluralismo não apenas no seu aspecto político, mas também social e jurídico.

Para o novo constitucionalismo latino-americano, o indivíduo, independentemente do grupo social ao qual pertença, deve ter assegurado o seu direito de manifestar-se, de emitir opinião, de receber informações de onde desejar, bem como de não se manifestar quando for de sua vontade, a partir da criação de mecanismos que venham a veicular o conteúdo produzido pelas minorias antes marginalizadas e alheias ao espaço midiático. Para que isso seja possível,

desenvolve-se a comunicação comunitária, não em oposição aos meios de comunicação de massa, mas em uma atuação complementar a estes. Assim, a capacidade financeira e o direito de propriedade de determinados grupos não se sobrepõem ao efetivo exercício da liberdade de expressão, direito de todos independentemente de sua posição social.

As constituições brasileiras sempre trataram da liberdade de expressão, mesmo durante o período da ditadura. Entretanto, a presença deste direito no texto constitucional figurava apenas como mero formalismo, tendo em vista as flagrantes violações que sofreu ao longo dos anos.

Com a redemocratização do país e as atrocidades cometidas durante o período ditatorial, percebeu-se a necessidade de uma maior e mais efetiva tutela da liberdade de expressão, bem como da redistribuição do espaço midiático, o qual se encontrava na mão de pequenos grupos detentores de poder econômico e político. Infelizmente, a realidade fática pouco se alterou, mesmo com a cidadania e o pluralismo político presentes dentre os fundamentos da República, a liberdade de expressão disposta expressamente no artigo 5º, IV, e a comunicação social ser disciplinada em capítulo próprio, em quatro artigos (do 220 ao 224).

Para que haja a desconcentração do espaço midiático, o Estado deve criar e fomentar mecanismos que proporcionem o alargamento da cidadania, a qual no Brasil se confunde com o exercício dos direitos políticos. Somente a partir da presença da pluralidade social na produção e veiculação do conteúdo nos meios de comunicação é que se pode falar em efetivo exercício da liberdade de expressão, pois apesar da vedação constitucional aos monopólios e oligopólios, o cenário brasileiro é totalmente hostil à produção independente e às minorias.

Não se pode deixar que o direito à propriedade privada e a capacidade econômica sejam sobrepostos ao efetivo exercício da liberdade de expressão e tudo que este direito implica, pois somente a partir do alargamento do conceito de cidadania para um viés mais participativo é que se pode falar em respeito ao mínimo existencial em seu sentido amplo, o qual deve compreender não só a manutenção dos sinais vitais do indivíduo, mas ainda seu desenvolvimento digno enquanto sujeito e enquanto membro de uma sociedade. A violação à liberdade de expressão e a não promoção do pluralismo cultural e social violam não só o exercício da cidadania, mas ameaçam o próprio ideal democrático sob o qual o Brasil se funda.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. Comentário ao artigo 1º, II. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.118-121

ARGENTINA. **Ley nº 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual**. Disponível em: <http://afsca.gob.ar/ley-de-servicios-de-comunicacion-audiovisual-26-522/> Acesso em: 15 maio 2015

BARCELLOS, Ana Paula de. Conclusão: o mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana. Uma proposta de concretização a partir da Constituição de 1988. In: **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 – 301.

BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. 1 ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

BONAVIDES, Paulo. A teoria dos direitos fundamentais. In: **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.560-577.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais em Espécie: Liberdades. In: \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.402-460.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

DHNET. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm) Acesso em: 16 jun 2015.

GÓMEZ, Gustavo. Sobre el marco legal argentino. **Observacom**. Disponível em: <http://observacom.org/bdlegislativa/base-de-datos-argentina/sobre-el-marco-legal-argentino/> Acesso em: 15 abr. 2015

KELBERT, Fabiana Okschtein. Os direitos fundamentais, seus custos e as dimensões da reserva do possível: análise e possibilidades de superação no âmbito da concretização dos direitos sociais. In: **Reserva do Possível – e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65 – 127.

LEAL, Lalo. Grandes democracias levam a sério direito humano à informação. **Rede Brasil Atual**, n. 103, jan. 2015. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/103/as-grandes-democracias-levam-a-serio-o-direito-humano-a-informacao-3839.html> Acesso em: 20 abr. 2015

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 13. In: GOMES, Luiz Flávio; \_\_\_\_\_ . **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos**

**Humanos:** Pacto de San José da Costa Rica. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.175-180

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.111-144.

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado. A Constituição de 1988 e a comunicação: história de um processo inacabado de regulamentação. In: **Revista Mosaico**, 7 ed, ano IV, jan./2014. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/mosaico/?q=printpdf/artigo/constitui%C3%A7%C3%A3o-de-1988-e-comunica%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3ria-de-um-processo-inacabado-de-regulamenta%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 5 jun. 2015

ROLIM, Renata Ribeiro. A construção do direito à comunicação na América Latina na primeira década do século XXI. In: **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v.32.2, jul./dez. 2012. p.301-324

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.13-36.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, IV. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.252-264

WEBER, Thadeu. A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls. In: **Kriterion**. Belo Horizonte: v.54, n.127, p.197-210, jun./2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2013000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 14 jun. 2015.