# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI**

**MARIANA RIBEIRO SANTIAGO**

**YNES DA SILVA FÉLIX**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-067-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

## Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

# DIMENSÃO JURÍDICA DA LIBERDADE DE IMPRENSA A PARTIR DA NOÇÃO INSTRUMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

# THE JURIDICAL DIMENSION OF PRESS FREEDOM FROM THE INSTRUMENTAL CONCEPT OF FREEDOM OF EXPRESSION

**Ermelino Costa Cerqueira**
**Lucas Gonçalves Da Silva**

**Resumo**

O presente trabalho aborda os conceitos e dimensões das liberdades comunicativas desde o conceito primário de liberdade de pensamento até a moderna noção do direito de imprensa de acordo com a complexidade social e a volatilidade tecnológica atuais, delimitando o regime jurídico desses direitos fundamentais a partir dos marcos constitucionais estabelecidos pela Carta de 1988 e da realidade econômica que orienta o exercício daquelas liberdades no âmbito dos meios de comunicação social, com ênfase para as hipóteses de limitação e regulamentação extraídas do próprio texto constitucional e da legislação infraconstitucional, considerando a decisiva contribuição daqueles direitos fundamentais para a construção da opinião pública.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão, Liberdade de imprensa, Meios de comunicação social.

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper discusses the concepts and dimensions of communicative freedom from the primary concept of freedom of thought to the modern notion of the press law, according to the social complexity and the technological volatility of nowadays , defining the juridical regime of these fundamental rights , from constitutional frameworks established by the constitution of 1988 and the economic scenario that guides the exercise of freedom within the framework of media, with emphasis on the hypothesis of limitation and regulation, extracted from the constitution itself, and on infra-constitutional legislation, considering the decisive contribution of those fundamental rights for the construction of public opinion.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Freedom of expression, Freedom of the press, Media.

## INTRODUÇÃO

Sendo o direito um sistema – e portanto não pode ser reduzido a uma das partes que o compõe – formado por um conjunto de conhecimentos coerente e hierarquicamente ordenados segundo princípios e teleologicamente voltados para a resolução de problemas, que desenvolve outros subsistemas a fim de regular relações específicas, a análise do regime jurídico do subsistema da comunicação social e, seu consectário a imprensa, deve se dá a partir do elemento situado no ápice do ordenamento – a constituição.

Segundo uma concepção jurídico-normativa (Hans Kelsen e Konrad Hesse), o termo constituição designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito (‘constituição escrita’, ‘constituição formal’) que tem na superioridade hierárquico-normativa relativamente às outras do ordenamento jurídico sua principal característica, em razão da qual serve de instrumento para integração de todo o ordenamento jurídico ao funcionar como parâmetro material e formal nos momentos de produção e aplicação daquelas. Para Canotilho (2003, p.1147) esta ascendência pode ser traduzida em três expressões:

> (1) as normas constitucionais constituem uma lex superior que recolhe o fundamento da validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (normae normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

Apesar da supremacia normativo-hierárquica abranger toda a constituição, algumas normas se apresentam na base estruturante do próprio Estado de Direito sedimentando o estatuto jurídico dos indivíduos a partir dos direitos fundamentais (ordenação subjetiva) e estatuindo o princípio da divisão de poderes (ordenação objetiva), sendo assim dotadas de uma maior primazia dentro do texto constitucional.

No caso dos direitos e garantias individuais, a decisão de fundamentar o Estado segundo a dignidade da pessoa humana com vistas à afirmação e realização em concreto da autonomia racional e moral de cada indivíduo, outorgou-lhes uma posição de supremacia, configurando positiva e negativamente todo o ordenamento, seja limitando axiologicamente o poder constituinte, seja fixando um padrão valorativo das atividades de criação, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Nesse sentido Jónatas E. M. Machado (2002, p.358-

359 e 370) conceitua a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais:

> A dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos tecnológicos, filosóficos, ideológicos e teorético-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política.
>
> Os direitos fundamentais constituem perímetros de desenvolvimento pessoal e autodeterminação reconhecidos pela Constituição à generalidade dos indivíduos, ou por referência à posse de certos atributos ou à participação em determinados procedimentos e instituições (direitos de liberdade especiais) tendo em vista uma existência humanamente digna (livre e responsável), nos planos individual e coletivo.

Ao contrário das normas de direitos fundamentais objetivas, caracterizadas por veicularem deveres que não guardam relação com qualquer titular concreto, as normas de direito fundamental que consagram direitos subjetivos, asseguram que o seu titular tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato (CANOTILHO, 2003).

Para J. J. Gomes Canotilho (2003) os direitos fundamentais subjetivos garantem posições e relações jurídicas através de quatro estruturas distintas – direitos a atos negativos, a ações positivas, a liberdades e competências. Sob a forma de atos negativos os direitos fundamentais podem se apresentar como o direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados ato, o direito a não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas ou o direito a não eliminação de posições jurídicas. Na estrutura de ações positivas as normas consagram direitos a prestações fáticas e a prestações normativas. Através das liberdades identificam-se direitos cujo traço específico é a alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Por fim, pelas competências veicula-se um poder jurídico, um direito de conformação.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011) entende os direitos fundamentais em três grandes categorias a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – liberdades, poderes e garantias. As liberdades públicas, também chamadas de liberdades autonomia e direitos negativos, correspondem aos direitos do homem em detrimento dos direitos dos cidadãos (homem enquanto ser social), sendo o núcleo dos direitos fundamentais, ou seja, poderes de agir ou não agir, independentemente da ingerência do Estado, por isso o *status* negativo, uma vez que através delas impede-se a intervenção do Estado, seriam nas

palavras de Benjamin Constant as “liberdades dos modernos”. Por sua vez os poderes, ou direitos políticos, direitos do cidadão ou ainda liberdades de participação, são a expressão moderna da “liberdade dos antigos”, constituindo meios de participação ativa nos negócios públicos. Outrossim, as garantias se subdividem em quatro acepções, todas voltadas à salvaguarda dos direitos fundamentais, dos quais elas próprias fazem parte. Num sentido amplíssimo são as providências insertas na própria constituição a fim de garantia a harmonia dos poderes (garantia-sistema), numa definição ampla são a estrutura institucional organizada que se volta à defesa de direitos (garantia institucional), em sentido restrito constituem proibições que visam prevenir a violação a direito (garantia-defesa ou garantia-limite) e numa definição restritíssima as garantias são instrumentos ou meios de defender direitos específicos (garantia instrumental ou remédios).

Quanto a disciplina do exercício dessas liberdades identifica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011) dois regimes. O regime repressivo, que é o normal às liberdades, se caracteriza por franquear ao titular “o direito livre e incondicionado para exercê-lo – dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição ou pela lei – sujeitando-o a sanções, todavia, pelas violações a esses limites, e mesmo pelos abusos que cometer” (p.53). Por outro lado o regime preventivo condiciona o exercício de um direito a uma comunicação prévia à autoridade ou sua autorização, objetivando evitar uma colisão de direitos ou violação aos limites constitucionais ou legais, podendo em caso de negativa o interessado recorrer administrativa ou judicialmente. Há ainda a possibilidade de um regime excepcional, em casos de grave crise ou ameaça.

Especificamente quanto às liberdades comunicativas, a variedade de termos empregados na sua investigação, desde o conceito primário de liberdade de pensamento até a moderna noção do direito de imprensa, denota a imprecisão terminológica com a qual a matéria é tratada em prejuízo da perfeita delimitação de seu regime jurídico, tencionando-se no presente trabalho suprimir esse hiato a partir dos marcos constitucionais estabelecidos pela Carta de 1988.

## I. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL “MÃE”

Apesar da variedade de direitos relacionados à liberdade comunicativa, ora tratados como sinônimos (liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, art.5º, incisos IV e IX da CF/88), ora como pressupostos (liberdade de consciência e de crença, convicção filosófica ou política, acesso à informação, art.5º, incisos VI, VIII e XIV da CF/88), é certo que a liberdade de expressão é direito genérico que abrange

inúmeras formas e direitos correlatos, costumeiramente utilizada para designar a liberdade de se externar o pensamento a outrem, daí porque pode-se falar em liberdades da comunicação.

Dentre todas as denominações a liberdade de pensamento – de idealizar uma convicção pessoal, ainda que inconformista – é considerada a liberdade primária, que reuniria todas as demais direcionadas à conservação da independência ou autonomia do espírito da pessoa nos diversos âmbitos da vida, sendo identificada como liberdade de opinião e consciência que impede qualquer restrição ou descriminação pela adoção de determinada ideia ou crença, estando relacionada à liberdade interna ou subjetiva, ou seja o livre arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem; por isso é chamada igualmente de liberdade do querer, "como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior" (CANOTILHO, 2003, p.240). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p.325):

> A propósito da liberdade de pensamento, deve-se, de pronto, distinguir duas facetas: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento. A primeira é a liberdade de foro íntimo. Enquanto não manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre, já que ninguém pode ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Essa liberdade de consciência e de crença a Constituição declara inviolável.

Quando porém o resultado da liberdade de pensamento é exposto temos a liberdade de manifestação e comunicação, também denominada liberdade externa ou objetiva consistente na expressão externa do querer individual, que implica o afastamento de obstáculos ou de coação, de modo que o homem possa agir livremente, seja no plano religioso (liberdade de culto), educativo e de pesquisa (liberdade de ensino e científica), cultural (liberdade artística) ou no plano público (liberdade de expressão), podendo esta última variar de acordo com a técnica utilizada para exercê-la: liberdade de reunião, concentração, imprensa, radiodifusão e televisão, do teatro, do cinema, etc. (SILVA, 2000).

Em função dessa variedade terminológica, Jónatas M. E. Machado (2002) ressalta a associação íntima ou conexão interna que se estabelece entre a liberdade de expressão enquanto direito mãe e a generalidade das liberdades da comunicação, funcionando a primeira como ideia-força da interpretação constitucional que, no processo de concretização das diversas liberdades comunicativas, deve objetivar as finalidades substantivas que historicamente foram atribuídas à liberdade de expressão, sem qualquer pretensão de supremacia hierárquica quanto aos demais valores constitucionalmente consagrados.

Logo, ressalvadas as dificuldades que a complexidade social e a volatilidade tecnológica

oferecem, doutrinariamente o direito à liberdade de expressão é considerado em sentido amplo um superconceito que abrange um conjunto de direitos fundamentais reunidos na categoria genérica “liberdades comunicativas” ou “liberdades da comunicação”, ao passo que em sentido estrito e residual, o direito à liberdade de expressão significa a liberdade de opinião, liberdade de informação (direito de informar, se informar e de ser informado), liberdade de imprensa, direito dos jornalistas, direito de resposta, direito ao sigilo da fonte, liberdade de radiodifusão e liberdade de comunicação social (MACHADO, 2002).

Outrossim, ao lado das liberdades comunicativas que limitam a intervenção do Estado na seara da comunicação, a liberdade de expressão em sentido amplo se interliga com todos os direitos fundamentais que positivam a autonomia individual e garantem sua inserção ativa, competitiva e comunicativa nos seus vários planos e diferentes subsistemas de ação social, que podem assim ser compreendidos como liberdades de comunicação em sentido amplíssimo, como a liberdade de consciência, que pressupõe uma independência e integridade racional, moral-prática e comunicativa dos indivíduos, a liberdade religiosa, cuja afirmação através da separação das confissões religiosas do Estado promoveu a liberdade de expressão e de informação apoiada numa estrutura descentralizada de comunicação, a liberdade de criação artística, a liberdade de profissão, o direito de propriedade, as liberdades de reunião, manifestação e associação, dentre outras (MACHADO, 2002).

Assim como ocorre em todos os direitos fundamentais, o substrato das liberdades comunicativas pode ser analisado a partir de duas dimensões. Subjetivamente diz respeito à importância da norma consagradora da liberdade comunicativa para a pessoa individualmente considerada, sua própria vida, o desenvolvimento da sua personalidade, interesses e ideias. Já de acordo com a fundamentação objetiva importa o significado do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, através de qualquer meio, para o interesse público, para a vida em comunidade, enquanto um valor geral, uma liberdade institucional (CANOTILHO, 2003).

Para Jonatas E. M. Machado, esse caráter duplo do direito à liberdade de expressão manifesta-se em duas ordens de direitos. Do ponto de vista da ordem jurídico-subjetiva é ressaltada a defesa do indivíduo contra interferências externas, atribuindo ao Estado os deveres de abstenção e proteção. Através do primeiro, de viés eminentemente negativo, se busca “garantir um perímetro de liberdade ao titular do direito, que o Estado só excepcionalmente, e de acordo com um conjunto apertado de pressupostos materiais, formais e metódicos pode vulnerar” (MACHADO, 2002, p.379). Já o dever de proteção, próprio do contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais, obriga o Estado a tutelar a liberdade de expressão contra agressões de terceiros e assegurando o direito de participação e acesso aos meios de

comunicação, exigindo prestações positivas veiculadas por normas organizadoras e reguladoras que efetivem a funcionalidade e a equidade das estruturas da comunicação.

Já a ordem jurídico-objetiva enfatiza a força normativa da liberdade de expressão perante os poderes públicos e os poderes sociais com vistas à otimização do debate púbico, destacando a função democrática das liberdades comunicativas para a "formação da opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e na garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista" (MACHADO, 2002, p.384).

A inclusão das liberdades comunicativas no rol dos direitos fundamentais decorre da luta histórica pela sua afirmação perante o Estado, devido à sua natureza eminentemente negativa e defensiva, que impôs a criação de liberdades indisponíveis diante de eventuais maiorias políticas, considerando que seu elevado grau de importância para os domínios da vida e do comportamento humano, individual ou coletivo, inclusive enquanto pré-requisito da democracia, impede que mesmo órgãos democraticamente eleitos como representantes da comunidade política possam livremente regulamentar ou restringir essas garantias (MACHADO, 2002).

Apesar de apresentar-se de maneira mais enfática na corrente democrática deliberativa, que aborda os mecanismos discursivos de construção das vontades coletivas e a afirmação da participação ampla e equitativa no debate como critério de legitimidade, a linguagem discursiva – mensagem refletida, formulando uma ideia ou um juízo com agrupamentos vocabulares conscientemente selecionados e ordenados – é elemento basilar de qualquer teoria política desde o surgimento da *polis*, pois toda comunicação se estabelece dentro de relações políticas e toda ação política se concretiza em práticas comunicativas:

> Na experiência da polis que, com alguma razão, tem sido considerada o mais loquaz dos corpos político, e mais ainda na filosofia política que dela surgiu, a ação e o discurso separam-se e tornaram-se atividades cada vez mais independentes. A ênfase passou da ação para o discurso, e para o discurso como meio de persuasão não como forma especificamente humana de responder, replicar e enfrentar o que acontece ou o que é feito. O ser político, o viver numa polis, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força ou violência. (ARENDT, 2007, p.35)

No caso da democracia as noções de *isegoria* (*iso* – igualdade, *ágora* – assembleia política) e *parresia* (*pan* – tudo, *rema* – fala) vinculam desde a antiguidade o regime da igualdade política à liberdade de fala ou direito de todos para expor suas opiniões, vê-las discutidas, aceitas ou recusadas em público, de sorte que ninguém estava sujeito à liderança alheia pois a todos era garantido equanimemente o direito à voz (falar e ser ouvido) no espaço

decisório. “Mais do que uma forma de liberdade de expressão, tal como entendemos hoje, ou seja, como mera liberdade negativa, a *isegoria* representava o direito de ser escutado durante o processo de tomada de decisão” (MIGUEL, 2014, p.29).

> Toda teoria que se pretende democrática, mas que não pensa as dimensões públicas da liberdade de expressão, as relações instituintes entre a constituição da cidadania e o direito à voz pública, esbarrará em impasses ou antinomias centrais. Toda teoria da comunicação que despolitiza o seu objeto, negando ou marginalizando as fundações políticas da comunicação que se faz em sociedade, está na verdade optando por conceber a liberdade de expressão como um direito que se privatiza ou que se realiza na ordem do privado, em geral mercantil (LIMA, p.10-11).

Para a democracia a livre expressão é um patrimônio fundante da própria liberdade e da construção dos interesses públicos, cujo conceito multidimensional, enquanto direito público de cidadãos livres falarem e serem ouvidos, dá concretude a autonomia do sujeito da voz no princípio do autogoverno (GUIMARÃES, 2013).

Assim, a liberdade de expressão respeita a premissa que edifica as sociedades liberais e democráticas quanto à ausência de monopólio da verdade e a presença de discordâncias, diferenças e antinomias, tendo papel estrutural na constituição daquelas por ser condição *sine qua non* para o legítimo processo coletivo de decisão, ou seja, a discussão pública, que abrange a perspectiva não só do emitente da mensagem, como também do seu destinatário. Dessa discussão advém a opinião pública que, igualmente idealizada pelo liberalismo, estaria acima das opiniões particulares, com capacidade de superar o preconceito – enquanto perpetuação do erro como verdade – pela força racional do esclarecimento, resultado do livre debate de ideias. “Segundo essa razão iluminista, a verdade irá se desvelar numa epifania, coroando como uma apoteose o exercício do debate” (BUCCI, 2000, p.169).

## II. DIMENSÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A essencialidade da liberdade de expressão para os regimes democráticos é expressa em suas mais emblemáticas cartas políticas ou declarações de direito, inserta em uma prática de comunicação social que organiza o espaço público, o Estado e a iniciativa privada segundo a primazia dos direitos do cidadão: Declaração de Virgínia de 1776 (art.14), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (arts.10 e 11), Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América de 1791, Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948 (art.19), Convenção Europeia dos Direitos do Homem

e das Liberdades Fundamentais de 1950 (art.10, §1º), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (art.19), Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969 (art.13), a Declaração de Chapultepec de 1994 e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão de 2000.

Em grande parte desses documentos a liberdade de expressão sempre integra o rol dos direitos fundamentais em razão de sua própria substância, por garantir a autossatisfação individual como elemento fundamental e constitutivo da personalidade humana durante todo o seu desenvolvimento, ou pela sua importância instrumental, enquanto meio para a realização de outros fins mais importantes, dentre eles, permitir o avanço do conhecimento com a descoberta da verdade e possibilitar a participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas (CHEQUER, 2011).

Nesse sentido podemos inferir que a liberdade do uso da linguagem no espaço público apresenta duas dimensões: a dimensão substantiva que compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la; e a dimensão instrumental, traduzida na possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento (MACHADO, 2002).

Na dimensão substantiva é ressaltada a autodeterminação do indivíduo, atuando a liberdade de expressão na manutenção da independência ou autonomia do espírito da pessoa a salvaguardar suas opções de conduta em todos os âmbitos da vida, inclusive no campo das ideias, em se permitindo a busca individual da verdade e em se favorecendo a diversidade, a inovação e a emancipação do homem da ignorância e opressão, pois para a total formação da personalidade do cidadão é imprescindível o conhecimento da realidade e as suas interpretações e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes, sendo a liberdade de expressão em última instância, num argumento humanista, corolário da dignidade humana (BRANCO, 2010).

De acordo com o âmbito constitutivo, a liberdade de expressão é importante por si só, independentemente das consequências para outros direitos, e se justifica como direito fundamental com base na premissa própria do mundo ocidental segundo a qual o indivíduo encontra-se na busca da realização de suas características e potencialidades como ser humano, sendo algo imprescindível para sua autossatisfação, representando um valor intrínseco, um bem autônomo, um fim (CHEQUER, 2011).

Esse acontecimento individual e personalíssimo, inerente ao desenvolvimento da sua personalidade, estabelecerá as opiniões, crenças, pensamentos, perspectivas, posições, juízos e ideias próprios de cada homem, dando corpo a uma autoafirmação que é essencial à natureza humana e, por conseguinte, à sua dignidade, estando portanto no centro da ordem jurídica como

bem objetivado por Chequer (2011, p.20):

> Em apertada síntese, podemos afirmar que a teoria da autorrealização (ou autossatisfação) entende que a liberdade de expressão é instrumento para a autorrealização das pessoas. Se elas não tiverem amplo acesso a todas as ideias, não poderão imaginar a total extensão de possibilidades em suas vidas, por outro lado, a restrição da expressão também confirma a habilidade de escritores e artistas para expressar suas perspectivas, empobrecendo a cultural nacional.

Já no âmbito da dimensão instrumental a liberdade de expressão compreende a possibilidade de escolher livremente o suporte físico ou técnico que se considere adequado à comunicação que se pretende realizar, de acordo com as amplas possibilidades apresentadas pelo desenvolvimento tecnológico, cujos produtos nominam as diversas liberdades comunicativas, como liberdade de rádio, de televisão, literária, jornalística, eletrônica, etc., que são reunidas no termo "comunicação de massa" ou "comunicação social", atribuídos portanto ao instrumento de veiculação da expressão para além da comunicação pessoal (de pessoa a pessoa) e independentemente do retorno imediato do receptor, com grande abrangência e realizado através de estruturas especializadas, ou seja, os meios de comunicação ou *mass media*. Nessa dimensão a análise da liberdade de expressão está intimamente relacionada com a estrutura econômica necessária ao estabelecimento, exploração e gestão das redes de comunicação social, cujo regime jurídico compreende a regulamentação quanto à pluralidade e diversidade nos meios de comunicação, o direito de antena, a regulamentação dos meios de comunicação social e comunitária, a propriedade dos meios, os direitos relacionados à propriedade imaterial, dentre outros.

## III. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO MASSIFICADA: COMUNICAÇÃO SOCIAL

Na origem dos meios de comunicação de massa encontra-se a invenção da tipografia, ou seja, da máquina de imprimir no papel caracteres de chumbo embebidos de tinta denominada prensa, criada por João Gensfleisch de Sorgeloch, conhecido por Gutenberg, que imprimiu em 1436, em Mognúcia, Alemanha, para o Papa Nicolau V, uma carta de indulgências e, no ano seguinte, a primeira Bíblia. Todavia, antes da invenção de Gutenberg, há registros históricos de jornais no Egito (1750 a.c.), China e no Império Romano (CARVALHO, 2003).

Com a invenção de impressoras mecânicas rotativas, a impressão individual foi

inferiorizada diante do surgimento de grandes grupos empresarias comprometidos com a lógica industrial e comercial de produção e distribuição em massa objetivando primordialmente o lucro. Assim, o âmbito normativo do direito à liberdade de expressão, originariamente concebida para a proteção do orador ou escritor individual de interferências externas, notadamente do Estado, "passou a confrontar-se com um novo fenômeno, o da comunicação cada vez mais institucionalizada, profissionalizada, altamente dependente, para a sua eficácia, da posse de avultados recursos econômicos" (MACHADO, 2002, p.323), que evoluiu para o atual estágio de massificação e comercialização da comunicação social.

O direito de comunicação social, enquanto uma das facetas da dimensão instrumental da liberdade de expressão, alcança a preservação da opinião relacionada a livre exteriorização de pensamentos, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo (liberdade de expressão em sentido estrito) e a divulgação de fatos noticiáveis que tenham uma aparência de veracidade, dados, qualidades ou objetivamente apuradas (liberdade de informação) quando exteriorizadas através de um meio de comunicação de massa. Apesar de não está presente no jornalismo televisivo e nas revistas semanais, essa diferenciação é muito clara na maioria dos jornais impressos, nos quais os editoriais e artigos assinados são apartados dos textos informativos:

> Essa divisão ajuda a cimentar o pacto do veículo com o público: de um lado, editores e repórteres procuram, até onde sua consciência alcança, não contaminar o relato dos fatos com visões opinativas; de outro, a audiência é orientada a distinguir os relatos baseados em observações empíricas relativamente impessoais, ou seja, as reportagens, dos exercícios de argumentação, ou seja, os artigos opinativos (BUCCI, 2000, p.108)

Por outro lado, também será objeto do direito de comunicação social a integração e regulação jurídica da existência, composição e do funcionamento desses meios de comunicação, ou seja, "não só o regime jurídico da manifestação e da recepção do pensamento através dos meios de comunicação de massa, mas também o regime legal atinente à propriedade de um jornal, à concessão de um canal de televisão ou de rádio e de outros veículos do gênero" (NUNES JÚNIOR, 2011, p.43).

As teorias mais relevantes para o estudo do direito à comunicação social são aquelas que justificam sua fundamentalidade como um meio para alcançar a verdade social e manter a democracia, estando a imprensa associada estreitamente a ambas, haja vista sua indispensável contribuição "para a afirmação e consolidação de uma opinião pública autônoma, a qual constitui um momento indeclinável de garantia substantiva da democracia" (MACHADO,

2002, p.505).

Enquanto instrumento para alcançar a verdade – mesmo que precária pois a veracidade total é impossível – a liberdade de expressão coletiva viabiliza o amplo debate público extraído de um livre mercado de ideias e supera a noção de direito individual para ser alçada à condição de bem social, obedecendo a premissa segundo a qual "o mais íntegro e racional julgamento só pode ser alcançado se considerarmos todos os fatos e argumentos que podem ser colocados em favor ou contra uma proposição" (CHEQUER, 2011, p.22).

Deste modo, os mesmos requisitos do processo de julgamento individual serão aplicados no julgamento genérico social para alcançar uma decisão comum que contemple as necessidades e aspirações de uma sociedade: aquisição de novos conhecimentos, tolerância de novas ideias, prova de opiniões em competições abertas, disciplina da reconsideração de sua suposição, etc. (CHEQUER, 2011).

O produto desse julgamento social constituirá a opinião pública, tema constante das obras de John Milton (1644) e John Stuart Mill (1859), segundo os quais a verdade acatada pela opinião pública será condicionada pelo procedimento adotado no livre mercado de ideias, de onde surge o seguinte questionamento acerca de uma eventual intervenção estatal para disciplina daquele mercado: "a regulação dos meios de comunicação, com o objetivo de garantir o pluralismo e a promoção da liberdade de expressão, de fato, promove ou cerceia essa liberdade?" (CHEQUER, 2011, p.24).

Como exemplos de regulação estatal, Cláudio Chequer cita o *Conseil Superior de L'Audiovisuel - CSA* na França, julgados nos Tribunais Constitucionais da Alemanha e Itália no sentido de que, em matéria de mídia de massa, o governo não está apenas autorizado a produzir diversidade mas obrigado, constitucionalmente, a realizá-la; a proibição dos anunciantes terem acesso à televisão na Dinamarca, Suécia, Noruega e Finlândia; medidas administrativas de imposição de conteúdo e limitação da dependência das emissoras em relação aos anunciantes na Áustria, Itália e Suíça; restrição de horário para programas violentos no Canadá, Inglaterra, França, Austrália, Nova Zelândia e Bélgica (2011, p.25).

No caso do direito norte-americano, o autor aponta a existência de duas correntes antagônicas quanto ao papel do Estado na regulação da liberdade de expressão através dos meios de comunicação de massa: a libertária, que repudia qualquer intervenção estatal por encarar a liberdade de expressão como proteção ao interesse individual de autoexpressão, defendendo a plena independência do mercado; e a teoria democrática ou ativista, que entende a liberdade de expressão como proteção da soberania popular, devendo portanto o Estado agir ativamente em sua ordenação. Esta última somente prevaleceu até 1987 quando o próprio órgão

criado para expedir normas regulatórias, o *Federal Communications Commission* (FCC) reconheceu sua inconstitucionalidade (CHEQUER, 2011).

Em Portugal a "Alta Autoridade para a Comunicação Social" é um órgão independente previsto no art.39 da Constituição, composto por membros de diversos segmentos com mandatos fixos, que tem competência para supervisionar e intervir na comunicação social privada a fim de assegurar:

> a) O direito à informação e a liberdade de imprensa;
> b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social;
> c) A independência perante o poder político e o poder econômico;
> d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais;
> e) O respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social;
> f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião;
> g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

A segunda tese acerca da aplicação da liberdade comunicativa a concebe como consequência do sistema democrático de tomada de decisões (opinião pública política), sendo um meio para assegurar a preservação da democracia e o direito de um povo, enquanto tal, decidir que tipo de vida quer viver, representando um instrumento de autodeterminação coletiva. Nesse sentido, a comunicação social é portanto composta pela manifestação e recepção do pensamento através de meios de comunicação voltados a uma sociedade massificada tendo por pressuposto a própria liberdade que é ofertada aos indivíduos, que lhes possibilita o exercício da democracia, bem como um meio através do qual a comunidade pode exercer certo controle dos atos do poder público.

Existem muitas formas e maneiras de se qualificar e conceituar a democracia, a maioria das teorias até a primeira metade do século XX o fizeram segundo uma perspectiva substantiva da vida social relacionada ao governo ou poder, a serem exercidos igualitariamente por todos os integrantes da comunidade.

Todavia, do ponto de vista procedimental, enquanto método de produção da decisão política, ou seja, aquela que afeta e obriga um conjunto de cidadãos comuns – sendo esta a perspectiva das chamadas teorias hegemônicas do pós-guerra citadas no primeiro capítulo – a existência da democracia é historicamente condicionada pelo respeito à igualdade entre todos os cidadãos no ato de aplicação e criação da decisão política, que resultará obrigatoriamente de um processo aberto de discussão e terá no povo sua única fonte legítima, "pois só é livre aquele que participa da decisão sobre as leis que fundamentam o nascimento do corpo político" (GUIMARÃES, 2013, p.82). Desse modo quanto mais democrático for o processo de formação

da decisão política maior será o campo da autonomia individual, e quanto maior for a capacidade de discursividade do corpo coletivo maior será a potencialidade democrática da vontade geral.

Porém, ao contrário do modelo de democracia direta predominante na antiguidade, nas democracias liberais contemporâneas aquele método de produção se restringe à eleição de representantes e à regra da maioria, mediante a votação, que obedece a igualdade entre os cidadãos e respeita a legitimidade destes. Porém no que pertine à discussão democrática, a regra da maioria não produz um consenso como resultado de um processo de convencimentos e entendimentos protegido da intervenção da autoridade e dos constrangimentos que ela comporta, necessariamente acessível, igualitário e equânime, a fim de compatibilizar divergências no interior da comunidade política (GOMES, 2008).

Ora, estando o conceito de opinião arraigado à noção de vontade, pois opinião "é a vontade expressa como posição acerca de algum objeto" (GOMES, 2008, p.41), a ideologia democrática de um sistema político conduzido pela vontade do povo (autogoverno) necessariamente absorverá o conceito de vontade coletiva, que se expressa exatamente através da opinião pública, cuja razoabilidade e racionalidade a torna normativa ao ser invocada pelo Estado de Direito burguês como única fonte legítima das leis, sendo assim um acontecimento da época moderna pois pressupõe uma sociedade civil livre e articulada, distinta do Estado, onde existam centros vocacionados à construção discursiva e democrática de opiniões não individuais, "como jornais e revistas, clubes e salões, partidos e associações, bolsa e mercado, ou seja, um público de indivíduos associados, interessado em controlar a política do Governo, mesmo que não desenvolva uma atividade política imediata" (BOBBIO, 1998, p.842).

Segundo Ana Paula Amorim o vínculo entre a liberdade de expressão e a opinião pública democrática é tão implicante quanto o encadeamento da autonomia do cidadão em relação à soberania popular. Enquanto a soberania popular assegura a liberdade individual, uma vez que o exercício da cidadania pressupõe condições de liberdade garantidas por uma organização cívica estruturada em simetria de direitos e deveres; o direito à liberdade de expressão sustenta-se em uma opinião pública democrática apta a assimilar a diversidade de manifestações sociais, demandando para tanto garantias de que todos possam manifestar criticamente seus próprios juízos. "A opinião pública democrática torna-se, assim, uma base discursiva da soberania popular, e a liberdade de expressão, princípio constitutivo da própria condição de autonomia do cidadão e da cidadã." (2013, p.76-77).

## IV. A COMUNICAÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após estabelecer no art.5º, incisos IV, VI, VIII, IX e XIV, enquanto direitos e garantias individuais e fundamentais, as diversas liberdades de comunicação, a Constituição de 1988 dedicou no Título VIII "Da ordem social", pela primeira vez na história das constituições brasileiras, um capítulo específico para a comunicação de massa – Capítulo V "Da comunicação social" – distinguindo-a portanto dos meios de comunicação interpessoal ou *unicast*, como os serviços postais, telegráficos ou telefônicos, estes últimos à época da constituinte limitados à transmissão de voz ou documentos via fax, que são citados apenas no art.21 quando da fixação das competências da União, dentre as quais explorar os serviços de telecomunicações.

Para Luís Roberto Barroso (2008) a distinção se justifica em função da susceptibilidade dos *mass media* em influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de um determinado povo, bem como pela maior dimensão de eventual dano que ocasionem a direitos subjetivos igualmente tutelados pela Constituição como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros. Essas particularidades também justificaram a inclusão dos serviços de radiodifusão em um dispositivo apartado (art.21, XII, "a" com a redação dada pela Emenda Constituição n. 8/95) daquele em que constou o gênero serviços de telecomunicações (art.21, XI), em que pese os primeiros serem espécie deste último, excluindo-os ainda da submissão a um órgão regulador.

É importante destacar que o termo "social" foi incluído posteriormente à aprovação do texto final da Constituição, na tentativa de não onerar as empresas de comunicação com o ICMS (art.155, II), vindo posteriormente a Emenda Constitucional n. 32 a declarar a imunidade apenas dos serviços de radiodifusão gratuitos (art.155, §2º, X, "d"):

> Alguns itens relativos a impostos preocupavam, no entanto, todos os segmentos da mídia. E uma dessas circunstâncias consideradas ameaças só foi evitada na undécima hora, conforme lembra o jornalista Fernando Ernesto Corrêa, então diretor do grupo RBS e interlocutor de empresas de mídia junto à Constituinte. Depois de contornadas as grandes diferenças e de se ter chegado a um texto que obteve aprovação do plenário, já com a Constituição a caminho da gráfica, percebeu-se que, como o capítulo a respeito se chamava "Da comunicação", as regras tributárias válidas para o setor de telecomunicações poderiam ser consideradas aplicáveis também a empresas de produção e veiculação de conteúdo. "Isso iria onerar demais o setor", recorda Fernando Ernesto, cuja providência, na época, foi procurar lideranças dos partidos para que firmassem um abaixo-assinado endereçado ao relator incluindo a palavra "Social" no nome do capítulo. "Essa emenda ninguém votou, mas foi incluída na Constituição, diz o jornalista, que guarda o documento que salvou o rádio e a TV do ICMS (GOMES, 2013, p.126-127)

Assim sendo, entre os artigos 220 e 223 a Constituição de 1988 definiu regras específicas para os veículos impressos (art.220, §6º), diversões e espetáculos públicos (art.220, §3º, I), radiodifusão sonora – rádio – e radiodifusão de sons e imagens – televisão (arts.220, §3º, II, 221, 222, §§1º, 2º, 4º e 5º e 223), empresas jornalísticas (art.222, *caput* e §1º) e meios de comunicação social eletrônica (art.222, §3º), além de preceitos gerais para todos os veículos (arts.220, *caput*, §§1º, 2º, 4º e 5º e 224). Esses dispositivos definem garantias, restrições ao conteúdo transmitido ou a organização e propriedade desses entes, competências do Poder Público e do Congresso Nacional quanto ao tema e as matérias que deverão ser objeto da legislação infraconstitucional.

Essas garantias reiteram o amplo direito fundamental à liberdade de expressão constante do art.5º inciso IX, considerando que a comunicação através de estruturas especializadas dirigidas a um público amplo – comunicação *multicast* – é apenas uma das várias possibilidades que o sentido estrito das liberdades comunicativas permite inferir: liberdade de opinião, liberdade de informação, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, liberdade científica, liberdade de imprensa, etc.

Porém passados vinte cinco anos da promulgação da Constituição, dentre todas as matérias remetidas à legislação ordinária, apenas o Conselho de Comunicação Social foi objeto de regulamentação através Lei n. 8.389/91 e, apesar do art.8º determinar o prazo de sessenta dias para sua instalação, isto somente ocorreu em 05 de junho de 2002, como decorrência da aprovação da Emenda Constitucional n. 36, de 28 de maio de 2002, que autorizou a entrada do capital estrangeiro nas empresas de comunicação.

Permanecem sem regulamentação as disposições da Constituição que proíbem o monopólio e o oligopólio nas comunicações, as que determinam o estabelecimento de mecanismos de defesa contra conteúdos nocivos à saúde e ao meio ambiente, as que fixam as finalidades da programação de rádio e TV e as que garantem o direito de resposta, sendo objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão patrocinadas pelo Prof. Fábio Konder Comparato (ADOs n. 10 e 11), ajuizadas desde 2010 e que já contam com parecer favorável do Ministério Público Federal:

> Revela-se legítima a intervenção do Estado na estruturação e no funcionamento do mercado. Principalmente quando se trata de coibir os excessos da concentração de poderes em determinados grupos econômicos, de modo a se garantir a diversidade de pontos de vista e a prevalência da autonomia individual na livre formação da convicção de cada um [...] 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 [...] (BARBOSA, 2012).

A própria ONG "Article 19", uma organização internacional de luta pelos direitos humanos, com ênfase para liberdade de expressão, reconhece que a regulamentação das liberdades comunicativas é condição *sine qua non* para sua efetivação, tendo em 2007 recomendado ao Estado brasileiro a adoção de uma legislação para o setor:

> Pedimos ao governo e aos membros do Congresso que tomem medidas imediatas para preencher o vácuo legal existente e priorizar a adoção de um marco regulatório para a liberdade de expressão no Brasil; um marco que esteja de acordo com a posição internacional ocupada pelo país.
> Toda e qualquer legislação adotada na área deve obedecer a padrões internacionais, ou seja, deve aplicar apenas restrições legítimas à liberdade de expressão e tais restrições devem ser adotadas a partir da observação e respeito aos direitos humanos, especialmente aqueles relativos à pluralidade, diversidade, acesso à informação, participação pública e controle social (ARTICLE 19, 2007).

Vale frisar que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97) é expressa ao excluir de sua incidência os serviços de radiodifusão[1], que seguem assim regidos pelo vetusto Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), e sujeitos ao Ministério das Comunicações apenas no que tange à outorga da prestação do serviço e sua respectiva regulamentação, cabendo à ANATEL tão-somente a competência para elaboração e manutenção dos planos de distribuição dos canais do espectro de radiofrequências, bem como para fiscalização do desempenho técnico das concessionárias[2].

## V. A IMPRENSA COMO UMA DAS POSSIBILIDADES DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Considerando que por muitos séculos os impressos constituíram a única forma de comunicação abrangente, a liberdade de impressão, de imprimir ou de imprensa, tornou-se

[1] "Art. 215. Ficam revogados: I - a Lei n° 4.117, de 27 de agosto de 1962, salvo quanto a matéria penal não tratada nesta Lei e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão;"

[2] "Art. 211. A outorga dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens fica excluída da jurisdição da Agência, permanecendo no âmbito de competências do Poder Executivo, devendo a Agência elaborar e manter os respectivos planos de distribuição de canais, levando em conta, inclusive, os aspectos concernentes à evolução tecnológica. Parágrafo único. Caberá à Agência a fiscalização, quanto aos aspectos técnicos, das respectivas estações"

sinônimo de liberdade de informação, de expressão ou comunicativa como uma liberdade civil, individual, mas com relevância coletiva, fundamental e essencial. Apesar da sofisticação atual dos diversos meios de transmissão de dados, notícias, informações, opiniões e pensamentos, notadamente o rádio, a televisão, a rede mundial de computadores e o sistema de telefonia móvel, a expressão segue designando a forma de expressão que mais se sobressai em importância devido ao seu ilimitado alcance social na atualidade e define, segundo Luís Roberto Barroso (2004, p.123), "a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão".

Destarte, um conceito moderno de imprensa, deve associá-la exclusivamente à informação jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio e internet, independentemente do processo gerador, preponderando a atividade desenvolvida e não o meio empregado para divulgá-la. Por outro lado, impressos não jornalísticos e atividades de diversão, inobstante integrarem o sistema de comunicação social, não se submetem ao regime de imprensa, como cartazes, livros, boletins, prospectos, anúncios, novelas, músicas, etc. (CARVALHO, 2003).

Canotilho e Vital Moreira (1993) analisam a liberdade de imprensa como uma qualificação da liberdade de expressão e informação, razão pela qual todas comungam do mesmo regime constitucional, incluindo a proibição da censura, a submissão das infrações aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de retificação, sendo essa coincidência decorrente do percurso histórico comum desses direitos.

Porém observa Venício A. de Lima (2013, p.98), a partir dos diversos documentos históricos que positivaram os direitos e garantias fundamentais, que os termos "liberdade de expressão" e "liberdade de imprensa" não são utilizados como sinônimos, estando o primeiro sempre relacionado à pessoa, ao indivíduo-cidadão, enquanto que o segundo "aparece como 'condição' para a liberdade individual (Declaração da Virgínia) ou como uma liberdade da 'sociedade' equacionada com a imprensa e/ou os meios de comunicação (Declaração de Chapultepec)".

A liberdade de imprensa é instrumentalizada necessariamente por veículos de comunicação de grande abrangência, que podem ser reunidos no termo "mídia", porém é apenas uma das possibilidades do direito de comunicação social, que corresponde à "manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando veiculadas através de um meio de comunicação de massa" (NUNES

JÚNIOR, 2011, p.43). Por essa razão, apesar de também ser beneficiado pelo princípio da liberdade de expressão, o sistema de comunicação social é mais amplo que a imprensa e que os próprios veículos de comunicação, o que obriga que sejam consideradas as condições econômicas do seu funcionamento para a análise da liberdade de imprensa:

> Em resumo: liberdade de expressão e liberdade de imprensa são liberdades distintas. Já eram distintas no tempo Milton, que defendia o direito individual de imprimir (*printing*) sem a necessidade de uma licença prévia da igreja e do Estado. Com muito mais razão, o são hoje quando liberdade de imprensa (*press*) não se refere mais à liberdade individual de imprimir (*priting*), mas sim à liberdade de empresas cujos principais objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado (LIMA, 2010, p.127)

Especificamente quanto à liberdade de imprensa, sua menção na Constituição de 1988 só ocorreu no art.139, inciso III, segundo o qual na vigência do estado de sítio poderão ser adotadas "restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei". Porém, o conceito de imprensa não é definido pela Constituição, mas pode ser entendido a partir de dois sentidos.

Num sentido objetivo, compreende indistintamente a atividade realizada por qualquer meio mecânico, químico ou eletrônico de impressão, reprodução e difusão de notícias e opiniões, em formato físico ou virtual (jornais, revistas, livros, cartazes, folhetos, *homepages*, *blogs*, redes sociais), podendo ter caráter oneroso ou gratuito, resultar de processos técnicos, artesanais ou tecnologicamente avançados, empregados por estruturas organizadas e institucionalizadas ou de maneira informal.

Em sentido subjetivo, a imprensa abrange as empresas e os indivíduos profissionalmente ligados a todas as atividades relevantes para o processo comunicativo, desde a obtenção de informações e opiniões, passando pela edição e publicação, indo até a recepção dos conteúdos veiculados. Quanto ao aspecto subjetivo cumpre ressaltar que nos termos da decisão exarada em 17 de junho de 2009 no Recurso Extraordinário n. 511961, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o acesso e o exercício da profissão de jornalista não podem ser condicionados à graduação em nível superior nem submetidos a qualquer espécie de controle estatal como a inscrição em ordem ou conselho profissional, declarando não recepcionado pela Constituição o Decreto-lei n. 972, de 1969, que continha tais exigências em infringência, dentre outros fundamentos, ao art.220, §1º da Constituição.

Já a liberdade de imprensa pode ser compreendida através de duas dimensões. Numa

dimensão individual-subjetiva refere-se a garantia de posições jurídicas aos indivíduos ligados à imprensa, sobretudo os jornalistas, bem como às empresas jornalísticas e aos órgãos de comunicação social, públicos e privados, com destaque para a natureza negativa dos direitos fundamentais que asseguram o distanciamento do Estado. Do ponto de vista institucional-objetivo, importa a tutela jurídica dispensada ao valor imprensa livre enquanto concretização da liberdade de opinião e de informação no domínio das empresas de comunicação e elemento essencial de uma ordem estatal democrática e pluralista (MACHADO, 2002, p.505).

## CONCLUSÃO

Apesar da latência do embate quanto aos limites e sentido da atuação do Estado na regulação da propriedade e modo de funcionamento dos meios de comunicação de massa, essa análise é na maioria das vezes interditada pela invocação de um liberalismo limitado à proteção de liberdades individuais contra todo tipo de intervenção externa, principalmente do Estado, e pela dogmatização do conceito de liberdade de expressão a partir de doutrinas unidirecionais e fundamentalistas, para as quais o debate sobre liberdade de expressão por si só já constitui uma ameaça.

Ora, apesar da imprensa realizar um serviço público indispensável à democracia e as emissoras de rádio e televisão gozarem de concessões públicas, ao se bloquear a análise das condições realmente democráticas da liberdade de expressão pelos meios de comunicação através de uma leitura superficial do liberalismo, ocorre uma verdadeira privatização do setor em favor das condições econômicas que limitam o processo comunicativo em favor dos que falam, em detrimento dos que querem serem ouvidos, haja vista a própria imprecisão das noções de liberdade de expressão e liberdades comunicativas.

Na seara das empresas de comunicação, a tese de que a cidadania se resume à proteção de liberdade individuais contra todo tipo de intervenção externa, garante-as uma posição privilegiada, na qual elas se encontram imunes a qualquer espécie de controle democrático, apesar de posicionarem sempre como vigilantes das demais instituições.

Nesse sentido, não é crível imaginar que persista a compreensão que o setor privado é só liberdade e o setor público só censura, considerando que os direitos fundamentais não são oponíveis apenas ao Estado, mas também aos particulares através do Estado, que deve intervir positivamente na ampliação fática do exercício daqueles direitos. No âmbito da comunicação social, tanto sua regulação como sua desregulação podem maximizar ou reduzir os objetivos democráticos das liberdades comunicativas, sendo o desafio encontrar o equilíbrio entre as

vantagens e os inconvenientes de ambas.

Portanto, a visão clássica do liberalismo tendo como ponto de referência o indivíduo e a ideia de limitar a esfera pública – uma vez que é na esfera privada que ele tem plenas possibilidades de exercício de sua liberdade, seja ela religiosa, econômica, política ou de expressão – deve ser retraduzida segundo as atuais estruturas mercantis de produção em massa das comunicações, cuja intervenção na liberdade de expressão é evidente pois a concentração das propriedades dos meios de comunicação de massa limita estruturalmente o acesso à voz nas democracias; a organização dos bens e serviços da comunicação voltada para o lucro os direciona para agendas e conteúdos contrários ao interesse público; a dependência das empresas de comunicação em relação aos anunciantes interfere sistematicamente em seu pluralismo de informações e de opiniões; a mercantilização dos bens e serviços de comunicação sobrepõe o valor de troca ao valor de uso, estimulando a segmentação e a não universalidade do acesso; a inserção funcional das redes de comunicação no sistema capitalista cria uma solidariedade de interesses mercantis alheia ao controle democrático das sociedades.

Iniciativas como o combate à concentração das empresas de imprensa e a promoção de veículos públicos de radiodifusão se destinam à constituição de um mercado de ideias não apenas livre, mas igualmente justo independentemente da representatividade das opiniões, compatível com os valores fundamentais da liberdade, igualdade, pluralismo e neutralidade do Estado.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Paola. A opinião pública democrática e a defesa pública da liberdade de expressão. In: LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARTLICE 19. Declaração final da missão ao Brasil. **Observatório da imprensa**. Caderno da cidadania, edição 451, 18 set.2007. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/declaracao-final-da-missao-ao-brasil>. Acesso em: 13 ago. 2014.

ASSEMBLÉIA GERAL DA SOCIEDADE INTERAMERICANA DE IMPRENSA, Santiago, Chile, **Relatório do País: Brasil**, out. 2014. Disponível em: <http://www.sipiapa.org/asamblea/brasil-103/>. Acesso em: 14 nov. 2014.

BACHTOLD, Felipe. Congressistas eleitos têm 55 concessões. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 dez. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/12/1561839-congressistas-eleitos-tem-55-concessoes.shtml>. Acesso em: 14 nov.14.

BARBOSA, Bia. PGR dá parecer favorável à ação de Comparato que determina regulamentação da mídia. **Carta Maior**, São Paulo, 18 mai. 2012. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/PGR-da-parecer-favoravel-a-acao-de-Comparato-que-determina-regulamentacao-da-midia/4/25220>. Acesso em: 11 de ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, abril/junho, 2004.

_____. Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov/dez/jan, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com /revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf >. Acesso em 14 nov. 2014.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmen C. Varriale et at. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BUCCI, Eugênio. **Sobre ética e imprensa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima face**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Marcos Emílio Gomes (Coord.). **A constituição de 1998, 25 anos**: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog. 2013.

GOMES, Wilson; MAIA, Rousiley C. M. **Comunicação e democracia**: problemas & perspectivas. São Paulo: Paulus, 2008.

GUIMARÃES, Juarez. **Sete teses e uma antítese**. In: _____. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

LIMA, Venício A. A censura disfarçada. In: _____. (Org.). **Liberdade de expressão**: as várias faces de um desafio. São Paulo: Paulus, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e representação**: territórios em disputa. São Paulo: Unesp, 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.