



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da liberdade de expressão e de sua regulação na internet

Vanessa Escobar Calfa

Rio de Janeiro
2014

VANESSA ESCOBAR CALFA

Da liberdade de expressão e de sua regulação na internet

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE SUA REGULAÇÃO NA INTERNET

Vanessa Escobar Calfa

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Ex delegatária do RCPN do Distrito Único de Arraial do Cabo. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis.

Resumo: A liberdade de expressão configura uma das maiores conquistas dos Estados democráticos, chegando a alcançar, no Brasil, status constitucional. No entanto, o seu exercício pode acarretar lesões a outros bens jurídicos igualmente tutelados. O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de impor limites a este direito fundamental por meio de regulação estatal, notadamente quando exercido na internet, e verificar o tratamento jurídico dado ao tema à luz do Direito comparado e do Direito pátrio, perquirindo se o passado histórico de cada nação influencia nas escolhas feitas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Liberdade de expressão. Internet. Regulação.

INTRODUÇÃO

Após mais de 20 anos de ditadura militar, nos quais a voz do povo era silenciada de forma mais ou menos explícita e o ato de expressar uma ideia contrária ao regime poderia levar à prisão, à tortura e até mesmo à morte, a Carta de 1988, chamada pelo então Deputado Federal Ulysses Guimarães de Constituição Cidadã, alçou a liberdade de expressão ao status de direito fundamental.

De lá para cá, sensíveis mudanças ocorreram no país, como o fortalecimento da democracia, o crescimento do poder aquisitivo de parcela da população e o aparecimento de novas tecnologias, a propiciar novas formas de interação.

Este artigo pretende abordar o direito fundamental de liberdade de expressão, bem como possíveis limites a serem impostos, uma vez que o Código Civil estipula que o exercício abusivo de um direito caracteriza ato ilícito.

Para tanto delimita como campo de análise a internet, instrumento notadamente plural, capaz de diminuir a distância entre as pessoas, possibilitar o acesso à informação, a disseminação de ideias e as trocas socioculturais, mas que, exatamente por ser um campo aberto, enseja conflitos.

Assim, um dos objetivos deste estudo é identificar como os demais países lidam com a questão, perquirindo se o passado histórico influencia ou não no tratamento adotado.

Busca-se também analisar a opção brasileira de regulação, por meio do chamado “Marco Civil da Internet”, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

Por fim, em que pese a necessidade de harmonizar a interação entre o Direito e a chamada cultura digital, superando obstáculos e estabelecendo parâmetros, sem descuidar dos ideais que norteiam o Estado Democrático em que vivemos, importa saber se a regulamentação pretendida não vai acabar por cercear a liberdade de expressão e os direitos comunicativos, descaracterizando essas conquistas.

A metodologia a ser desenvolvida neste trabalho será o método descritivo explicativo, com fundamento no ordenamento jurídico aplicável, bem como utilização de obras literárias, artigos especializados em jornais, internet e jurisprudência, com o fim de apresentar aspectos relevantes sobre a matéria e indicar soluções.

1. DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 NOMENCLATURA

Inicialmente cumpre esclarecer que este trabalho utilizará o termo liberdade de expressão na concepção de um dos maiores especialistas sobre o tema em países de língua portuguesa, o professor Jónatas Machado, da Universidade de Coimbra.

Segundo ele¹:

O direito à liberdade de expressão constitui o direito mãe a partir do qual as demais liberdades comunicativas foram sendo autonomizadas, tendo em vista responder às sucessivas mudanças tecnológicas, econômicas e estruturais relevantes ao domínio da comunicação.

Dessa feita, adotar-se-á liberdade de expressão como uma expressão genérica da qual decorrem, por exemplo, liberdade de imprensa, liberdade de comunicação e pelo menos uma das dimensões do direito à informação. Sem especificar suas diversas facetas, tudo restará englobado sob o referido rótulo.

1.2 BREVE ASPECTO HISTÓRICO

A liberdade de expressão é um direito que tem ligação intrínseca com o surgimento do constitucionalismo. São encontradas obras precursoras defendendo a liberdade de expressão até antes disso, como a “Areopagítica²”, clássico panfleto do poeta inglês John Milton, mas, em geral, a liberdade de expressão nasce com o constitucionalismo. Não se podia falar de liberdade de expressão na época da Inquisição, por exemplo, quando havia um índice de obras proibidas, pessoas eram perseguidas não só por heresia, mas também pelo que escreviam, se contrariava a ortodoxia religiosa ou a um monarca.

Interessante constatar que a liberdade de expressão é um primeiros direitos a entrar em crise nos momentos em que o Estado se afasta dos padrões do constitucionalismo. Ao observar a história brasileira, percebe-se que os períodos em que a liberdade de expressão andou mais em baixa foram as ditaduras, a ditadura Vargas e a ditadura militar. Dessa forma,

¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 370-372.

² A obra *Areopagítica* (1644) entrou para a história como uma das mais influentes e apaixonadas defesas filosóficas do princípio do direito à liberdade de opinião e de expressão. Muito do que se encontra lá escrito forma a base para justificativas modernas desse direito. Livre tradução. Original disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Areopagítica>>. Acesso em: 22 set. 2014.

pode-se concluir que se trata de um direito vital para a contenção do autoritarismo e para a garantia da democracia.

1.3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CRFB/88

Na CRFB/88, a liberdade de expressão é garantida de maneira até redundante. No título referente aos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

E no título que trata da comunicação social, em especial, no artigo 220 caput e nos parágrafos 1º e 2º.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Pode-se perceber que a CRFB/88 é até tautológica nesse ponto, é repetitiva quando trata da liberdade de expressão. Obviamente isso não se dá de forma gratuita, há ao menos duas explicações.

Uma delas é histórica, é a constatação de que o Brasil teve sérios problemas durante o governo militar, período anterior à Constituição, no qual ocorreram diversas restrições à liberdade de expressão. A partir do AI-5 houve censura prévia dos meios de comunicação.

Muitos foram perseguidos, presos, exilados, e até mesmo torturados e mortos pelas ideias que defendiam.

No entanto, cabe ressaltar que as restrições à liberdade de expressão não foram só nessa dimensão política, o governo militar também se fez porta voz dos interesses de uma moral conservadora. Tudo que desafiava a concepção TFP (tradição, família e propriedade) de moralidade também era objeto de censura, de perseguição. Dessa forma, este contexto histórico gerou uma reação na CRFB/88.

Ademais, essa insistência na liberdade de expressão exprime também o relevo atribuído pelo constituinte a esse direito. É um indício para a afirmação do que em teoria se fala da posição preferencial da liberdade de expressão no sistema de direitos fundamentais. Não é que a liberdade de expressão seja um direito absoluto, porque efetivamente não é, como salienta Branco³, mas é um direito que tem uma força enorme no sistema jurídico brasileiro, um direito que, em geral, tem mais peso em uma ponderação do que privacidade ou direitos da personalidade, por exemplo.

Em que pese ser reconhecida praticamente por todos os Tribunais Constitucionais, a chamada posição preferencial da liberdade de expressão não é a prática do Poder Judiciário brasileiro, embora admitida pelo STF.

A título de exemplo, é possível citar o seguinte julgado⁴:

[...] A liberdade de manifestação pública, como direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal é crucial para garantir o Estado Democrático de Direito. Como direito fundamental não é absoluto, submetendo-se a limites internos e externos. Aplicação do dever de veracidade relativizado para o exercício da liberdade de manifestação pública, pois o conteúdo da manifestação é de ordem coletiva. Necessidade do controle para que o objeto da manifestação pública não esteja totalmente divorciado do mundo dos fatos. A figura do abuso de direito constitui-se em importante limite da liberdade de manifestação pública (art. 187 do

³ MENDES, Gilmar Pereira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270-271.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 719618. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ARE+719618%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ptlay6u>>. Acesso em: 22 set. 2014.

CC), devendo-se averiguar se o direito foi exercido a partir de determinadas indicações constitucionais. Critério da posição preferencial para a liberdade de manifestação pública quando em colisão com os direitos da personalidade. Possibilidade de atribuir posição preferencial à dimensão coletiva da liberdade de manifestação, no sentido de veicular crítica de interesse público. Necessidade de distinguir os interesses públicos dos interesses privados. A ponderação significa determinar o peso ou importância dos direitos, bens e princípios em jogo, mas sem determinar a discricionariedade no sentido forte, conforme expressão utilizada na teoria do direito. (...) O objeto da passeata possuía a dimensão coletiva necessária para lhe atribuir posição preferencial. O assunto tratado na passeata referia-se a assunto público e não tópicos da vida privada da parte autora. Na ponderação, a partir do conjunto probatório e das indicações constitucionais, a proteção da liberdade de manifestação pública justifica a restrição imposta aos direitos da personalidade do autor. (...) Do exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. (STF, ARE 719618 RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. em 07.11.2012).

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual se buscava a responsabilização do Centro dos Professores do Estado do Rio Grande do Sul - CPERS/SINDICATO – pela utilização em uma passeata de bonecos retratando agentes públicos. Em decisão monocrática, o Ministro Joaquim Barbosa ressaltou que ao ponderar os valores envolvidos na situação concreta, o voto condutor do acórdão impugnado demonstrou a necessidade de restringir o direito reclamado pela parte agravante para permitir mais efetividade ao direito constitucional à manifestação pública coletiva, destacando assim a posição preferencial da liberdade de expressão.

1.2 FUNDAMENTOS

Há diversas razões que levam à proteção da liberdade de expressão. Há teorias que enfatizam mais uma do que outra, mas, em geral, quase todos os autores convergem para a ideia de que há diferentes fundamentos para liberdade de expressão que se adicionam uns aos outros.

Inicialmente cumpre ressaltar que a liberdade de expressão é vital para realização humana, para o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. E aqui a associação ao

princípio da dignidade da pessoa humana é imediata. Isso porque uma das diferenças do ser humano em relação a outros seres é a necessidade de comunicação. O ser humano não apenas vive, ele convive, e viver com o outro é se comunicar com ele. É vital para cada pessoa poder comunicar os seus pensamentos, os seus sentimentos, as suas ideias, e também ter acesso aos pensamentos, aos sentimentos, às ideias dos outros.

Ao lado dessa dimensão existe outra muito enfatizada, que é a da democracia. Talvez o direito mais importante para o funcionamento da democracia seja a liberdade de expressão. Afinal, para que o indivíduo possa fazer qualquer tipo de escolha, inclusive política, ele deve ter acesso às alternativas, às posições diferentes, deve ter a capacidade de formar um juízo, o que não é possível sem liberdade de expressão.

Também nessa perspectiva da democracia é a liberdade de expressão que possibilita o controle do poder. Não apenas do poder político, mas também do poder econômico e do poder social. A liberdade de expressão propicia que as pessoas façam a crítica e dá ao público em geral acesso às posições críticas. Sem liberdade de expressão exsurge a opacidade, não há a transparência que o ideal democrático pressupõe.

Outro ponto a ser ressaltado é que, do ponto de vista epistemológico, é através do debate que podemos chegar às melhores soluções. A ciência avança, pois um de seus pressupostos é a recusa à verdade absoluta. Não há dogmas, tudo pode e deve ser contestado.

1.3 DO MOMENTO ATUAL

Partindo dessas premissas, importa considerar que a liberdade de expressão vive um momento muito importante, que envolve algumas mudanças de paradigmas, com repercussão no quadro empírico subjacente. No passado, houve a invenção da imprensa com Gutenberg, o surgimento do rádio, o advento da televisão e hoje há a explosão tecnológica, com internet,

blogs e com novas tecnologias e linguagens. Tudo isso impacta profundamente a liberdade de expressão, tornando às vezes até obsoletos alguns marcos regulatórios, algumas ideias que se tem a respeito dessa liberdade.

Essencial, portanto, analisar a dimensão que a rede mundial de computadores assume na sociedade atual, bem como buscar compreender sua relação com a liberdade de expressão.

2. ANÁLISE DOS DIREITOS COMUNICATIVOS NO PASSADO E NOS DIAS ATUAIS

A sociedade muda e o Direito acompanha essas mudanças. O mundo vive a era da comunicação, na qual os direitos comunicativos, conceito impensável em eras remotas, inserem-se, inclusive, no rol dos direitos humanos.

Necessário, portanto, definir o conteúdo desses direitos e avaliar seu desenvolvimento até chegar ao momento atual.

2.1 DOS DIREITOS COMUNICATIVOS E DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO TRADICIONAIS

Sendo o Direito uma ciência, cabe estabelecer um conceito para contextualizar o objeto em estudo.

De acordo com o professor Valerio de Oliveira Mazzuoli⁵:

Entende-se por “direitos comunicativos” o conjunto dos direitos relativos a quaisquer formas de expressão ou de recebimento de informações. Mais precisamente, trata-se da liberdade que todos os cidadãos têm de expressar ideias e opiniões, pontos de vista em matéria religiosa e conceitos em ciência e arte, em quaisquer meios de comunicação, em assembleias ou associações, conotando ainda o direito relativo aos que sofreram o impacto de tais ideias, opiniões, conceitos e pontos de vista.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 275.

Afirma ainda o citado autor que não se trata apenas de possibilitar que o direito constitucional da liberdade de expressão seja exercido, mas, sobretudo, de garantir que o meio não seja obstaculizado.

Isso ganha especial relevância em países como o Brasil, onde há enorme concentração do poder comunicativo. Embora o artigo 220 § 5º da CRFB/88 estabeleça, *in verbis*:

Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

A realidade é que a liberdade de expressão ainda é pensada na linha do que dizia Assis Chateaubriand⁶: “Quer ter liberdade de expressão, compre um jornal”. Poucas famílias controlam os veículos de comunicação, há verdadeiros oligopólios. Isso não se dá apenas no plano nacional, no plano local a situação é ainda mais grave. É muito comum encontrar em cidades do interior famílias que possuem um jornal, uma rádio e uma repetidora de TV, e que controlam a política da região. Como afirma Daniel Sarmiento⁷: “[...] perpetuam, em pleno século XXI, o nosso tradicional coronelismo vestindo-o com trajes pós-modernos: é o coronelismo eletrônico, que tenta manter os seus currais valendo-se de lavagem cerebral”. Além de estar em completo desacordo com o texto constitucional, isso acaba por gerar evidentes distorções no exercício democrático.

A fim de evitar que o cenário descrito se instaure, o pluralismo assume papel de destaque. E, quando se fala em pluralismo nos meios de comunicação, há o pluralismo externo e o pluralismo interno.

⁶ Francisco de Assis Chateaubriand Bandeira de Melo, mais conhecido por Assis Chateaubriand ou por Chatô (depois da biografia de Fernando Morais), foi um dos homens mais influentes do Brasil nas décadas de 1940 e 50. Dono de um império jornalístico - os Diários Associados -, que chegou a reunir dezenas de jornais, revistas e estações de rádio, foi também pioneiro da televisão no Brasil, criando a TV Tupi em 1950.

⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: < <http://www.direito publico.com.br>> Acesso em 22 set. 2014.

Pluralismo externo é a existência de fontes diferentes. Por exemplo: quando há diversos canais de TV e jornais. Se apenas um canal controla 90% do mercado, não há pluralismo externo. Já o pluralismo interno vai examinar a conduta de cada veículo de comunicação. Neste momento, a abordagem não é feita sob o enfoque da liberdade de expressão de um modo geral, isto é, um escritor, por exemplo, não precisa ser pluralista, ele pode defender suas próprias ideias, mas o ideal normativo é que os meios de comunicação, além do já citado pluralismo externo, tenham também pluralismo interno, no sentido de que eles podem ter uma linha editorial, mas ao tratar de algum assunto de interesse público, mister que mostrem os dois lados da moeda, as diferentes posições em uma controvérsia.

Isso porque quando uma pessoa tem uma ideia, e está convicta de que aquilo é certo, ao ser exposta a uma ideia diferente, caminhos se abrem: ou eventualmente ela muda de ideia, ou, ao menos, revisita a anteriormente concebida. O confronto com a ideia contrária faz com que o indivíduo refine o seu argumento, se desburocratize, evitando assim com que fique preso a dogmas inquestionáveis. E isso é extremamente importante não só para o ser humano, como para a sociedade como um todo, pois daí advém o crescimento, o progresso, em qualquer área de conhecimento, na política e até mesmo nas relações sociais.

2.2 DA MUDANÇA DO PANORAMA COM O ADVENTO DA INTERNET

Criada em 1969, nos Estados Unidos, a internet acabou por modificar completamente as formas de interação no mundo moderno, notadamente devido a seu caráter democrático. A partir de então, não seria mais preciso uma concessão do governo, por exemplo, e o emprego de equipamentos caros a demandar poder político e/ou econômico, estava ao alcance de todos.

No dizer de Gelson Amaro de Souza Filho⁸:

⁸ SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Liberdade de Expressão na internet: globalização e Direito Internacional. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v.11, n.21, p.143, jan./jun. 2009.

Desta forma, além do âmbito comercial, a rede tornou-se um importante meio com capacidade para difusão instantânea de informação, estabelecendo um novo conceito de mídia, de característica “desmassificada”. Isto quer dizer que a internet não é um meio controlado por poucas fontes, mas sim um sistema de informação que permite a contribuição de todos: cada usuário é livre para desenvolver seu próprio conteúdo.

É como se o lema das rádios comunitárias: “dar voz a quem não tem voz”, passasse a ser considerado em termos mundiais.

Não é difícil perceber a importância de tal fato. O surgimento de um espaço livre, no qual forças que não são economicamente hegemônicas podiam defender as suas ideias, expor pontos de vista, tentar convencer os demais pelo debate, fez com que não apenas esses grupos passassem a ter um direito à comunicação mais efetivo, como possibilitou maior acesso a informações e a enfoques diversificados por parte da sociedade de um modo geral.

Mas, se, por um lado, é inegável constatar que com a internet houve a inclusão de um contingente cada vez maior de pessoas no contexto democrático, um aumento numérico dos participantes na esfera pública, por outro é possível perceber, principalmente nas redes sociais, o que se pode chamar de um déficit qualitativo. Segundo Jurgen Habermas⁹: “A discussão como forma de sociabilidade deu lugar ao fetichismo do envolvimento na comunidade por si só.”

Além da exposição exacerbada da vida privada, de quase uma compulsão voyerista de ver e ser visto, que não serão aqui abordadas, a maior parte das pessoas comenta sobre todo e qualquer assunto sem qualquer embasamento, expõe seu preconceito sem qualquer pudor, condena sem provas. É como se tivesse sido instituído um verdadeiro tribunal da opinião pública.

Em que pese o Brasil ser um país onde ainda prepondera a pobreza e até mesmo condições mínimas de vida são negadas à população, não há como fechar os olhos à realidade

⁹ HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p.158.

de que, além dos problemas atuais, uma nova geração vem se formando já familiarizada com esse novo espaço público, e de que é preciso estabelecer como a interação via digital se dará.

2.3 REGULAÇÃO: UM MAL NECESSÁRIO?

Com os avanços tecnológicos, vem aumentando cada vez mais o pluralismo externo. Importa perquirir neste momento, até que ponto o Estado pode intervir para impor a observância ou até mesmo para regular o pluralismo interno.

Há um discurso que, corretamente enfatizando a importância da liberdade de expressão, quer acoimar como censura qualquer tentativa de regular esse direito, a fim de assegurar que ele continue plural e que não limite as suas fontes. No entanto, a liberdade de expressão não é contra regulação, ao contrário, ela demanda regulação. Afinal, se a liberdade de expressão é importante para que as pessoas tenham acesso a pontos de vista diferentes, é preciso que haja fontes com pontos de vistas diferentes.

Ademais, essa questão ganha ainda maior relevância sob o enfoque da democracia, pois um dos valores centrais deste sistema de governo é a possibilidade de discutir e deliberar, a crença de que, ainda que uma ideia seja muito ruim, isso é demonstrado no debate, pelo debate.

Dessa feita, partindo da premissa explicitada por Daniel Sarmento¹⁰ de que o poder regulatório do Estado deve ser exercido sempre para promover, e não para asfixiar a diversidade e o pluralismo de opiniões na esfera pública, passa-se à análise de como isto se dá no Direito Comparado e no Brasil.

¹⁰ SARMENTO, op. cit., p. 36.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO ATIVISTA NO DIREITO NORTE AMERICANO

O tema objeto deste estudo já foi enfrentado nas ordens jurídicas dos mais variados países. No entanto, a análise limitar-se-á aos Estados Unidos, não só porque nesse país a questão ganhou especial relevo, mas pela objetividade que este trabalho demanda.

Cabe ressaltar que o trato dado à matéria por um Estado estrangeiro está sendo abordado não apenas a título de informação, mas também porque interessa a comparação quando for explicitada a maneira como a República Federativa do Brasil disciplinou a questão.

3.1 DA OPÇÃO PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO LIBERDADE PREFERENCIAL

A garantia da liberdade de expressão foi incorporada à Constituição norte-americana ainda em 1791, por ocasião da aprovação da Primeira Emenda, que estabelece:

O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas¹¹.

No entanto, conforme elucida Sarmento¹², foi apenas no decorrer no século XX que esse direito passou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário daquele país. Pode-se

¹¹ *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Primeira_Emenda_%C3%A0_Constitui%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Unidos>. Acesso em: 22 set. 2014.

¹² SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 210-211.

inclusive afirmar que, atualmente, o chamado *free speech* é o mais valorizado dos direitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos, sendo considerado uma liberdade preferencial, isto é, um direito que tem maior força, maior peso, em uma ponderação com outros direitos como privacidade e reputação, por exemplo, o que fez e ainda faz com que manifestações de intolerância contra minorias sejam permitidas.

3.2 ANÁLISE DE PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE ENVOLVENDO MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Um precedente relevante, citado por Silva¹³, e que serve para demonstrar o valor que a sociedade americana dá à liberdade de expressão, ocorreu em 1931 quando a Suprema Corte analisou um caso envolvendo o fechamento de um jornal em Minnesota com base em uma lei aprovada em 1925 pelo Legislativo local. A chamada Lei do Incômodo Público autorizava o Judiciário a ordenar o fechamento de jornais “maliciosos, escandalosos e difamatórios” e uma publicação semanal de tendências antissemitas foi fechada sob esse argumento. O diretor do semanário, Jay Near, recorreu na esfera estadual e foi vencido, mas o diretor do *Chicago Tribune* fez com que a demanda chegasse à Suprema Corte. Então, no caso que ficou conhecido como *Near vs. Minnesota*, a Corte considerou, por 5 votos a 4, que houve violação à Primeira Emenda, e que não era possível restrição prévia a qualquer publicação.

Esse caso tem uma peculiaridade interessante¹⁴, pois um dos 5 votos que deu a maioria necessária à tese de inconstitucionalidade partiu de um judeu. Isso comprova o quão cara é à cultura americana a ideia de que é melhor deixar que a informação circule do que

¹³ SILVA, Júlio Cesar Cesarin Barroso. *Democracia e Liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política para a liberdade da palavra*. 2009. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Internet e liberdade de expressão: aspectos jurídicos e políticos. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2013, São Paulo. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=NIRTLwy9X8g>> . Acesso em: 22 set. 2014.

cerceá-la, de que palavras se respondem com palavras e de que a questão não deve ser entregue a ninguém, senão ao povo, até porque, às vezes, deixar que aquela manifestação permaneça é melhor, pois acaba funcionando como uma contrapropaganda.

Ainda a título de demonstração do pensamento norte-americano quanto ao tema, deve ser citada a decisão mais conhecida sobre liberdade de expressão no Direito Constitucional americano, o caso *New York Times vs. Sullivan*, ocorrido na década de 60.

O jornal *The New York Times* publicou uma matéria paga contra a polícia do Alabama, Estado do Sul dos Estados Unidos, tido como racista, na qual se afirmava que essa estava violando os direitos humanos, pois havia apreendido inúmeras vezes Martin Luther King, sem que houvesse motivos concretos para isso, que, na verdade, a questão era política, buscava-se silenciar a luta dos negros por direitos civis. De fato, a referida matéria trazia alguns equívocos, como o número de vezes que King havia sido preso, por exemplo. Por conta disso, Sullivan, que era o chefe de polícia do Estado do Alabama, entrou com uma ação de reparação de danos em face do jornal. Nos EUA, ações como essa são julgadas pelo júri, e o júri condenou o *New York Times* a uma indenização milionária, que acabaria por levar ao fechamento do jornal. Esse, então, recorreu a Suprema Corte, que considerou ter havido violação a Primeira Emenda.

No dizer de Sarmiento¹⁵:

[...] ficou assentado no Direito Constitucional norte-americano que, mesmo diante de afirmações falsas que atinjam as suas reputações, as autoridades públicas só podem obter indenizações por danos se lograrem demonstrar que o responsável agiu com dolo real (*actual malice*) ou eventual (*reckless disregard of whether it was false or not*). [...]

Ou seja, restou consignado que se a pessoa é pública, os meios de comunicação só responderiam se houvesse dolo, se publicassem uma matéria sabendo ser falsa, ou sendo indiferentes em relação à correção ou à falsidade. Não haveria, portanto, responsabilidade por

¹⁵ SARMENTO, op. cit., 2007, p. 4.

simples culpa. Esse critério foi estabelecido porque, para a Suprema Corte, o receio de responder por eventual reparação pode ter um efeito inibidor do discurso, pode ser uma forma de limitar a liberdade de expressão.

Interessante notar que o caso *New York Times vs. Sullivan* ratifica o entendimento de que, embora a liberdade de expressão ocupe lugar de destaque, e que o texto da Primeira Emenda sugira um caráter absoluto, nunca lhe foi dada uma interpretação literal, até porque agir assim tornaria impossível a vida em sociedade. Dessa forma, sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Meyer-Pflug¹⁶ esclarece que, de maneira geral, a “Suprema Corte Americana faz uso do *definitional balancing* que consiste em, num caso concreto, considerar todos os interesses que se encontram em jogo, para depois firmar determinadas regras que balizem a decisão final”.

3.3 DA CONTROVÉRSIA SOBRE A POSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO ESTATAL NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Especificamente no tocante à regulação estatal, a FCC, *Federal Communications Commission*, agência reguladora norte-americana dedicada à área de comunicações eletrônicas, buscou, nos anos 50 e 60, implementar maior pluralismo interno. Era a chamada *fairness doctrine*, que estabelecia que os meios de comunicação deveriam dedicar uma parte da sua programação para tratar de temas públicos, de interesse público e, ao fazê-lo, deveriam observar alguma equitatividade, dando espaço para posições distintas.

¹⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 148.

Em 1969, quando o neoliberalismo estava tomando corpo nos EUA, sob o argumento de que restringir o direito das emissoras de transmitirem aquilo que desejassem configurava violação a Primeira Emenda, a Suprema Corte foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade da *fairness doctrine*.

No precedente *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission*, a Corte entendeu que a tese da inconstitucionalidade não merecia prosperar, pois, segundo Daniel Sarmiento¹⁷:

[...] a escassez das ondas eletromagnéticas utilizadas pelo rádio e pela televisão legitimava a conduta da FCC de exigir que as emissoras licenciadas vinculasse nas suas programações pontos de vista divergentes dos seus. As emissoras, segundo o Tribunal, atuavam como agentes fiduciários da sociedade em geral, e, por isso, mais relevante do que a sua liberdade era o direito do público de ter amplo acesso a informações e a posições variadas sobre temas controvertidos.

Ainda hoje se discute se seria possível ou não impor uma *fairness doctrine* para os meios de comunicação. O Tribunal Constitucional Alemão já foi chamado a se pronunciar sobre o tema, ocasião em que afirmou que quanto mais existir pluralismo externo, menos se justifica a intervenção estatal para impor o pluralismo interno.

Importante instrumento de pluralismo externo, a internet vem trazer novas luzes a essa discussão, uma vez que não há mais que se falar nas limitações técnicas do passado. Até que ponto, então, poderia o Estado interferir em um meio que em sua essência é plural?

A FCC recentemente deu sinal verde a uma polêmica proposta sobre a possibilidade de regular a internet e cobrar por acesso à rede prioritário e mais rápido. A proposta contou com o apoio dos democratas da Comissão e a rejeição dos republicanos, que se opõem a qualquer regulação da rede.

A deliberação ainda está em curso, mas já mobiliza a sociedade norte-americana. Alguns ativistas expressaram seu temor de que os custos adicionais sejam transferidos ao consumidor final, limitando, assim, o acesso.

¹⁷ SARMENTO, op. cit., 2007, p. 7.

Um dos comissários republicanos, Michael O'Rielly, ressaltou ao explicar seu voto suas "sérias preocupações com uma proposta mal colocada que criará uma incerteza e encaminhará a FCC por uma ladeira escorregadia de regulação"¹⁸.

Essa argumentação demonstra o quão refratária é a sociedade americana a qualquer ideia de regulação, tendo em vista, principalmente, o histórico daquele país no tocante ao *free speech*.

4. A OPÇÃO BRASILEIRA PELA REGULAÇÃO

Diferentemente do contexto norte-americano, o histórico da sociedade brasileira é marcado por períodos de repressão, nos quais a voz do povo era calada sob ameaças veladas ou violências explícitas. O povo brasileiro ainda engatinha, por assim dizer, no exercício da liberdade de expressão, necessitando, dessa forma, de regras claras, mas que ao mesmo tempo não o limitem no fortalecimento de sua cidadania.

Atento a isso e, principalmente, ao papel que a internet desempenha nos dias atuais, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o chamado “Marco Civil da Internet”, pelo qual se estabelecem os princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet no país, bem como as diretrizes necessárias para a atuação do Estado.

Segundo Valerio Mazzuoli ¹⁹, a promulgação de tal lei atende à obrigação do Estado em disciplinar o direito comunicativo na era digital, sem o que haveria violação de direitos humanos por parte do poder público. O autor alega que o fato de o artigo 2º, inciso II,

¹⁸ PROPOSTA ABRE CAMINHO PARA REGULAÇÃO DA INTERNET NOS EUA. Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/noticias/brasil/tecnologia/proposta-abre-caminho-para-regula-internet-nos-eua/>>. Acesso em 08 set. 2014.

¹⁹ MAZZUOLI, op. cit., p. 279-280.

estabelecer como fundamento da disciplina do uso da internet do Brasil não apenas o respeito à liberdade de expressão, mas os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, “significa dizer que o direito comunicativo à internet livre faz parte do núcleo dos direitos humanos e fundamentais que a ordem jurídica brasileira deve consagrar a todos os cidadãos”.

De fato a análise da lei permite concluir que o Estado brasileiro considera a rede mundial de computadores instrumento essencial ao exercício da liberdade de expressão e ao fortalecimento da cidadania e que para tal meio fosse aproveitado em sua inteireza necessário se fazia estabelecer parâmetros para sua utilização. Talvez se o contexto histórico brasileiro fosse diverso, semelhante ao dos EUA, por exemplo, a regulação não fosse necessária, mas, aqui, a intervenção estatal deve se fazer presente até mesmo para que os direitos sejam efetivados.

CONCLUSÃO

Embora existam obras que abordem a liberdade de expressão em momento anterior, pode-se afirmar que tal direito nasce com o constitucionalismo, possuindo, portanto, com esse, íntima ligação.

No tocante à realidade brasileira, após a ditadura militar, no período denominado de redemocratização, exsurge a Constituição de 1988, alçando a liberdade de expressão ao status de direito fundamental. Pode-se notar que o constituinte foi até repetitivo ao tratar do tema, mas isso se deu por diversos motivos, tais como: o passado recente do país, a necessidade de afirmar a democracia recém conquistada e o reconhecimento desse direito como primordial ao desenvolvimento da personalidade humana.

No entanto, em que pese o cuidado do constituinte, o país ainda tem um longo caminho a percorrer quanto aos direitos comunicativos. Isso porque ainda é comum a concentração do poder comunicativo em verdadeiros oligopólios, o que acaba por afastar o pluralismo pretendido.

Por seu caráter essencialmente democrático, e por estar cada vez mais ao alcance de todos, a internet é considerada uma ferramenta poderosa para modificar esse quadro de opacidade. Entretanto, como a sociedade brasileira ainda é iniciante no exercício da liberdade de expressão e até mesmo da cidadania, é preciso estabelecer como a interação via digital se dará, se é preciso ou não impor algum tipo de regulação.

Ao analisar o Direito comparado, é possível constatar que no caso norte-americano, a garantia da liberdade de expressão foi incorporada à Constituição em 1791, por ocasião da aprovação da Primeira Emenda. De lá para cá, inúmeras decisões importantes foram proferidas pela Suprema Corte, sendo o chamado *free speech* o mais valorizado dos direitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos.

Recentemente, a FCC começou a analisar a possibilidade de regular a internet. No entanto, a sociedade americana ainda é refratária a qualquer ideia de regulação, tendo em vista, principalmente, o histórico daquele país em relação ao *free speech*.

Diferentemente do contexto norte-americano, a sociedade brasileira necessita de regras claras, devendo o poder regulatório do Estado ser exercido para promover a diversidade e o pluralismo de opiniões na esfera pública.

Com esse intuito e ciente do papel que a internet desempenha nos dias atuais, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, o chamado “Marco Civil da Internet”, pelo qual se estabelecem os princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da internet no país, bem como as diretrizes necessárias para a atuação do Estado.

Tal documento, elaborado com a participação da sociedade civil, reconheceu o direito comunicativo à internet livre como parte do núcleo dos direitos humanos e fundamentais que a ordem jurídica brasileira deve consagrar a todos os cidadãos, o que permite concluir que o Estado brasileiro considera a rede mundial de computadores instrumento essencial ao exercício da liberdade de expressão e ao fortalecimento da cidadania, hábil, portanto, a concretizar os fundamentos, objetivos e direitos idealizados pela Assembleia Constituinte que originou a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 719618. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ARE+719618%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ptlay6u>>. Acesso em: 22 set. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

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

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Internet e liberdade de expressão: aspectos jurídicos e políticos. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, 2013, São Paulo. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=NIRTLwy9X8g>> . Acesso em: 22 set. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2014.

MENDES, Gilmar Pereira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PROPOSTA ABRE CAMINHO PARA REGULAÇÃO DA INTERNET NOS EUA. Disponível em: <<http://www.efe.com/efe/noticias/brasil/tecnologia/proposta-abre-caminho-para-regula-internet-nos-eua/>>. Acesso em 08 set. 2014.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <<http://www.direito publico.com.br>> Acesso em 22 set. 2014.

_____. *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Júlio Cesar Cesarin Barroso. *Democracia e Liberdade de expressão: contribuições para uma interpretação política para a liberdade da palavra*. 2009. 239 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Liberdade de Expressão na internet: globalização e Direito Internacional. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS, v.11, n.21, p.143, jan./jun. 2009.