

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**Mestrado em Direito**

**Dissertação**



**Liberdade de Expressão – da tutela constitucional à legal para seu exercício**

**Cássio Berg Barcellos**

Pelotas, 2019

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas  
Catalogação na Publicação

B1111 Barcellos, Cassio Berg

Liberdade de expressão : da tutela constitucional à legal para seu exercício / Cassio Berg Barcellos ; Marcelo Nunes Apolinário, orientador ; Bruno Rotta Almeida, coorientador. — Pelotas, 2019.

122 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2019.

1. Direitos fundamentais. 2. Tratados internacionais. 3. Direito comparado. 4. Liberdade de expressão. 5. Umbrella right. I. Apolinário, Marcelo Nunes, orient. II. Almeida, Bruno Rotta, coorient. III. Título.

CDDir : 341.2727

**Cássio Berg Barcellos**

**Liberdade de Expressão – da tutela constitucional à legal para seu exercício**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Marcelo Nunes Apolinário  
Coorientador: Bruno Rotta Almeida

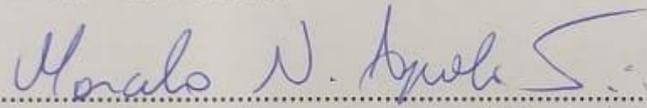
Cássio Berg Barcellos

Liberdade de Expressão – da tutela constitucional à legal para seu exercício

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

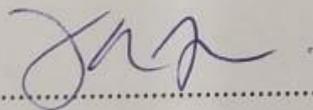
Data da Defesa: 07.05.219

Banca Examinadora:



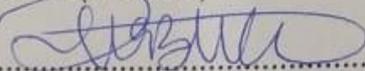
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Orientador)

Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid  
(Espanha).



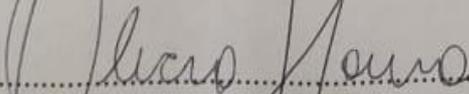
Prof. Dr. Bruno Rotta Almeida (Coorientador)

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)



Prof. Dra. Maria das Graças Pinto de Britto

Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidad de Jaén (Espanha)



Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Moura

Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

## **Agradecimentos**

A Deus, Pai todo poderoso, por manter o espírito forte frente as diversidades.

À minha esposa Bárbara, pela motivação, companheirismo e compreensão pelas horas de ausência de nosso lar.

À minha irmã Ana e ao Daniel, pelo incentivo na retomada dos estudos na esfera universitária, sendo que sem suas ajudas, tanto intelectual como de suas bibliotecas pessoais, os resultados não seriam os esperados.

Aos meus colegas da primeira turma do mestrado, pelo companheirismo e, em especial, à Aline, ao Marcelo e ao Renan, que atentos as diversidades me auxiliaram a chegar e concluir esta fase.

Ao meu orientador Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário a quem agradeço a confiança e paciência em compreender as dificuldades pessoais ocorridas durante o período de elaboração do projeto e da dissertação, sempre se dispondo em apreciar e discutir seus passos. Uma pessoa de grande humildade e com grande conhecimento. Ele e minha irmã, são minhas inspirações na área do direito (o que antes era um segredo e agora se torna público!).

Aos professores do PPGD, e a Paloma da secretaria do curso, pelas conversas, dicas, orientações, como forma de nos mostrar o caminho a ser seguido.

## Resumo

BARCELLOS, Cássio Berg. **Liberdade de Expressão – da tutela constitucional à legal para seu exercício**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

O presente trabalho, baseado no estudo de Tratados Internacionais, normas constitucionais, doutrina e jurisprudência, tem como objetivo geral descortinar a dimensão e abrangência da liberdade de expressão, seus aspectos de otimização e de limitação, separando-a dos direitos-meios pelos quais ela se exerce, de modo a se prospectar sua conformação perante a legislação brasileira na tutela de seu exercício e verificar a viabilidade um modelo jurídico capaz de tratar a matéria de modo igualitário e efetivo (segurança jurídica), sem recorrer à via judicial para ser levado a efeito. Para tanto utilizar-se-á do método hipotético-dedutivo, na análise de legislação, jurisprudência e doutrina adotada em relação aos direitos fundamentais de liberdade de pensamento e expressão, estabelecendo-se uma noção de conceito, pautada pela evolução dos direitos humanos, das liberdades públicas; os fundamentos de sua legitimação; a visão do Supremo Tribunal Federal em casos paradigmáticos; comparação com os direitos espanhol, alemão e norte-americano e metodologia jurídica para imposição de limites.

**Palavras-Chave** – Direitos Fundamentais – Liberdade de Expressão – Tratados Internacionais – Parâmetros normativos – Direito comparado – Umbrella Right.

## **ABSTRACT**

BARCELLOS, Cássio Berg. **Freedom of speech – constitutional and statutory protection**. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

The present work, based on the study of international treaties, constitutional norms, doctrine and jurisprudence, aims to reveal the dimension and scope of freedom of expression, its aspects of optimization and limitation, separating it from the middle rights by which it is exercised, in order to prospect its conformation under the Brazilian legislation in the tutelage of its exercise and verify the feasibility a legal model capable of treating the matter in an egalitarian and effective way (legal certainty) without resorting to the judicial route to be carried out. For this purpose, the hypothetical-deductive method will be used in the analysis of legislation, jurisprudence and doctrine adopted in relation to the fundamental rights of freedom of thought and expression, establishing a notion of concept, based on the human rights evolution, public liberties; the foundations of its legitimation; the view of the Supreme Court in leading cases; comparison with the Spanish, German and United States rights and legal methodology for imposing limits.

**Keywords** - Fundamental Rights – Freedom of expression – International treaties – Normative parameters – Comparative law – Umbrella right

### **Lista de Abreviaturas e Siglas**

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão
E.U.A	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
LAI	Lei de Acesso à Informação
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TCF	Tribunal Constitucional Federal alemão

## Sumário

<b>1. Introdução .....</b>	<b>10</b>
<b>2. Significado da noção de liberdade de expressão.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Aspectos históricos .....</b>	<b>15</b>
<b>2.2 A posição jurídica da liberdade de expressão .....</b>	<b>17</b>
<b>2.3 Conceito de liberdade de expressão.....</b>	<b>23</b>
<b>3. Fundamentos da liberdade de expressão .....</b>	<b>30</b>
<b>3.1. Corrente deontológica ou intrínseca. ....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.1. Posição Deontológica - Vantagens .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.2. Posição Deontológica - Desvantagens.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2. Posição consequencialista ou instrumental .....</b>	<b>33</b>
<b>3.2.1. Posição Consequencialista - Vantagens .....</b>	<b>36</b>
<b>3.2.2. Posição Consequencialista - Desvantagens.....</b>	<b>37</b>
<b>3.3. A teoria dominante, representação e especialização .....</b>	<b>38</b>
<b>4. Liberdade de expressão na visão do STF .....</b>	<b>49</b>
<b>4.1. A Emenda Constitucional nº45/2004 e o Pacto de San José da Costa Rica. ....</b>	<b>62</b>
<b>4.2. Decisões em geral após estes paradigmas.....</b>	<b>63</b>
<b>5. A liberdade de expressão no direito comparado.....</b>	<b>69</b>
<b>5.1. A liberdade de expressão no direito espanhol .....</b>	<b>69</b>
<b>5.2 A liberdade de expressão no direito alemão .....</b>	<b>72</b>
<b>5.3 A liberdade de expressão nos E.U.A. e sua dimensão.....</b>	<b>75</b>
<b>5.3.1 A liberdade de expressão e seus objetivos no E.U.A.....</b>	<b>76</b>
<b>5.3.2 Limitações à Liberdade de Expressão e decisões da Suprema Corte .....</b>	<b>80</b>
<b>6. Limitações à liberdade de expressão.....</b>	<b>89</b>
<b>6.1 Dimensões dos direitos fundamentais. ....</b>	<b>89</b>
<b>6.2. A conformação dos direitos fundamentais .....</b>	<b>91</b>
<b>6.3 Âmbito de proteção e intervenção .....</b>	<b>92</b>
<b>6.4. Mínimo existencial, conteúdo essencial e restrições.....</b>	<b>93</b>

<b>6.5. As restrições a partir de Virgílio Afonso da Silva.....</b>	<b>97</b>
<b>6.6. As restrições a partir de Robert Alexy.....</b>	<b>104</b>
<b>6.7. Limitações na ótica constitucional brasileira .....</b>	<b>106</b>
<b>7. Considerações finais.....</b>	<b>112</b>
<b>8. Referências.....</b>	<b>116</b>

## **1. Introdução**

A liberdade de expressão é uma temática que atravessa o longo do tempo acompanhando o desenvolvimento da própria sociedade. Uma sociedade cada vez mais organizada, evoluindo em suas esferas comunicativas, tendo de evoluir, também, juridicamente, sob pena de alijar-se das relações o liame de direitos e deveres que a pautam. Neste passo, é inevitável aferir-se as condições pelas quais a liberdade de expressão é tutelada, já que tradicionalmente sempre se vislumbrou como uma forma de autorrealização do homem, mas também pode se afigurar como uma forma de contracultura, uma forma de fomentar a democracia e proteger setores contramajoritários, o que possui relação direta com a linha do mestrado focado nos direitos sociais (comunicativos), na área de concentração do direito constitucional. Para o deslinde desse problema, há que se aferir seus pressupostos encontráveis nas normas constitucionais, infraconstitucionais e doutrina, mas também o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, buscando-se responder qual o tratamento jurídico dado à liberdade de expressão e sua irradiação no sistema brasileiro, tanto em termos de aplicabilidade, como em sua esfera de influência, avaliando-se a possibilidade de regulação legislativa ou modulação judicial. Para tal desiderato, utilizamos o método hipotético-dedutivo, com análise de legislação, jurisprudência e doutrina adotada em relação aos direitos fundamentais de liberdade de expressão. Será também utilizada a indução de modo a se cotejarem os resultados e comprovarem as conclusões obtidas. Igualmente, adotaremos a abordagem qualitativa, de modo a se compreender a evolução da liberdade de expressão e suas consequências no mundo real.

Desta maneira, este trabalho se dividiu em seis capítulos.

No capítulo II, será tratado a evolução legal da liberdade de expressão, atentando-se aos aspectos jurídicos. Assim, serão vistos os diplomas legais reputados como introdutores da liberdade de expressão no constitucionalismo moderno. Neste mesmo sentido, será aferida a posição da liberdade de expressão em termos de direitos humanos e direitos fundamentais, considerando aspectos relacionados à teoria dos tratados internacionais. Igualmente, veremos que a liberdade de expressão

é um princípio multidimensional e, portanto, o tratamento jurídico varia de acordo com o princípio derivado (liberdade de informação, opinião, cultural, reunião, entre outros tantos). Destacamos, como diferencial em relação a outras obras brasileiras, até por ser pouco tratado, a teoria das liberdades públicas, sempre referenciada à França e sua Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, para encerrar com um conceito de liberdade de expressão, reconhecendo que em razão do dinamismo social sujeito a constantes metamorfoses.

No capítulo III, estudaremos os fundamentos da liberdade de expressão, cuja teorização divide-se em duas correntes, a consequencialista e deontológica. A partir delas, tomando-se como referência a obra de João Costa Neto, *Liberdade de Expressão – o conflito entre o legislador e o juiz constitucional* aferir as vantagens e desvantagens que a adoção de uma teoria ou outra fornecem para compreensão da abrangência da liberdade de expressão e sua relação com a democracia. Na oportunidade, também se discutirá a (re)apresentação do exercício da liberdade de expressão e suas possíveis ocorrências.

No capítulo IV, tomando-se como base os entendimentos firmados nos capítulos anteriores, tanto do papel normativo da liberdade de expressão na esfera internacional e interna, seus fundamentos, serão abordados 4 decisões judiciais do STF apontadas como *leading cases* da matéria, de forma que se possa aferir os argumentos utilizados nas decisões e identificar eventual padrão e disciplina jurídica, visando buscar um norte sobre a tutela da liberdade expressão, seja de sua extensão, seja de sua limitação, para ao final discorrer sobre algumas decisões recentes cujos precedentes de embasamento referem-se aos *leading cases*.

Através do capítulo V veremos como a liberdade de expressão encontra guarida nas constituições da Espanha, Alemanha e Estados Unidos. Iniciando-se pela Constituição espanhola perceberemos similitudes com a Constituição brasileira, sendo que serão vistos os posicionamentos do tribunal constitucional daquele país. A partir da Constituição alemã, teremos uma ideia de como a liberdade de expressão se encontra tutelada em disposições constitucionais que tratam dos direitos da personalidade e da dignidade humana em primeiro plano, para depois discorrerem sobre a estrutura estatal. Em relação à constituição norte-americana, teremos a abordagem de seu texto, bem como das decisões judiciais que firmaram, em tese, o posicionamento ou o papel preferencial da liberdade de expressão, sendo que parte

da exposição conta com os ensinamentos de Thomas I. Emerson que, em artigo publicado em 1963, na Universidade de Yale consolidou e analisou a evolução da *freedom of expression* naquele país e também é tomado como referência em livros sobre a temática.

No último capítulo, o VI, veremos a teoria dos direitos fundamentais quanto ao âmbito de incidência, mínimo existencial, núcleo essencial e possíveis restrições, tomando-se como referência, pela maneira didática e pelo cotejamento da teoria dos direitos fundamentais e o sistema legal/judicial brasileiro a obra *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, de Virgílio Afonso da Silva, verificando as condições pelas quais a liberdade de expressão como conceito mãe é aplicado.

## 2. Significado da noção de liberdade de expressão

O primeiro passo deste trabalho passa a ser identificar e conceituar juridicamente a liberdade de expressão, seu papel dentro das categorias de direitos supranacionais e constitucionais. Sua relação umbilical com os direitos humanos e estes por sua vez com os direitos fundamentais. A distinção de liberdades públicas e os direitos fundamentais. Formado um caminho, chega-se a um possível conceito jurídico dessa liberdade, de forma que se possa então situa-la dentro do plano normativo e com seus contornos apreciar a viabilidade de limites dentro da tutela legal e constitucional, tomando-se como base doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

A palavra “Expressão” é simples, mas de significados tão complexos. O que não dizer da palavra liberdade? Apenas quatro sílabas, de uma representação multidimensional. Liberdade de Expressão. Múltiplas dimensões complexas. Perguntas, hipóteses, textos, e até mesmo músicas podem ser lembrados como forma de enaltecer e dar forma à liberdade de expressão. Pode vir representada através de sentidos, sentimentos, valores, imagens, conhecimentos, todos relacionadas ao homem, à nossa humanidade, à nossa personalidade. A forma pela qual a liberdade de expressão se apresenta, e representa a humanidade, depende de nossa capacidade em processar mentalmente essa ideia, por vezes mal compreendida, e ao contrário de liberta-la impede-se o atingimento de seu verdadeiro potencial, seja individual, seja coletivo. No Direito, um elemento intangível, como um direito inato ao homem, não cobrindo apenas “a *razão pública* ou a *razão comunicativa*, mas também a *emoção pública* e a *emoção comunicativa*. Este direito concretiza o objetivo de proteção da biodiversidade e do “gene-pool” de ideias na sociedade” (MACHADO, J, 2007, p.119, itálico no original), representando, também, uma forma de poder, cuja expansão da tecnologia lhe permitiu atingir além-fronteiras possibilitando até mesmo a alteração do curso da história.

Uma história baseada nas relações humanas, como nas reuniões e decisões na antiga Grécia (BENJAMIN CONSTANT, 2015), na formação dos Estados, na relação entre os súditos, na relação entre o governo e seus cidadãos, tendo como

base a expressão e a luta, tanto individual, tanto como coletiva, redundando em documentos, cuja marca é sua juridicidade, forma havida pela humanidade, e após pelas comunidades, para pautar as bases de orientação e, por vezes, limitar a convivência.

A liberdade de expressão transitou de uma forma ou de outra, independentemente do tipo de organização comunal ou social. Ainda que fossem situações políticas envolvendo a democracia, o socialismo, o totalitarismo, o liberalismo e seus estatutos, o elemento comum em todos é a sustentação no direito e no poder. Conforme os ensinamentos de Manuel Castells, a chave desse poder, do destino, é formatada pela maneira como as pessoas pensam, já que a violência por si só não atinge os objetivos de controle, ainda mais em uma sociedade conectada, permeada de tecnologias que aproximam quem está longe, seja pela imagem, pelo som e, portanto, quem controlar os mecanismos de manipulação simbólica e de coerção, controla a todos. A literatura já traz mostras dessa forma de controle, tal como George Orwell em sua obra 1984, onde o monitoramento do pensamento, ou melhor do ser, atingiu tal forma que nem mesmo o que se sentia se sabia se era próprio ou se era induzido, o que dizer, o que falar, o que ler, ou mesmo como amar! Para uma sociedade conectada, até mesmo os termos usuais de congregação, reunião, associação, tornam-se defasados, tanto que para Castells o que se tem é uma rede, uma rede composta também por programadores e por comutadores, e quem controla estes controla o pensamento e sua transmissão. (CASTELLS, 2012, pp. 20 e 23).

Na sociedade moderna observa-se grande preocupação nas plataformas comunicativas que surgem dia após dia, com emprego de *scripts* criptografados, de mensagens autodestrutivas, ao argumento da proteção da privacidade, com conteúdo nem sempre lícito. Contudo, há algo maior, e anterior a essa trilha formada por símbolos binários. Algo cujo entendimento de sua origem - da liberdade de / da / para expressão - auxilia a visualizar as linhas jurídicas a serem seguidas no trato das liberdades comunicativas, e compreender se a fluidez, ou liquidez (para aqueles adeptos as ideias de Bauman) deve de alguma forma sofrer algum tipo de restrição embasada na posição jurídica em que a liberdade de expressão venha a ocupar, e para tanto deve-se compreender alguns passos históricos e outros conceituais deste princípio.

## 2.1 Aspectos históricos

A liberdade de expressão, faz parte da história humana, mas para os fins a que nos propomos, trataremos de alguns pontos temporais, com destaque no constitucionalismo. Desta maneira, a partir da formação dos estados constitucionais, a começar pelos Estados Unidos e sua proclamação da Constituição em 1787 e sua emenda em 1791, com dez novos artigos, consagrou-se dentro dos inúmeros direitos a liberdade de expressão, na chamada 1ª emenda.

O Congresso não fará nenhuma lei acerca do estabelecimento de uma religião, ou proibição ao exercício da mesma, ou cerceamento da liberdade de expressão, ou de imprensa; do direito do povo reunir-se pacificamente, e de petição ao governo para reparação de queixas.<sup>1</sup> (Tradução livre)

Tal liberdade referia-se à liberdade da fala, mas modernamente é tomado como sinônimo de expressão. A emenda trata dos aspectos da manifestação, da informação, reunião e do espírito, formas entendidas como meio de realização pessoal. Uma liberdade dirigida ao próprio estado, em vigor até os dias atuais, com um viés de liberdade negativa.

Posteriormente, tendo como inspiração os norte-americanos, pela França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, dispendo em seu artigo 11:

Artigo 11 - A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei<sup>2</sup>.

O referencial de ambos é a lei. Para os norte-americanos, a vedação de interferência no exercício do titular da expressão; no segundo, documento mais amplo, pois considerado de caráter universal, o reconhecimento de limites, e também da existência de possíveis abusos. Há que se observar as consequências distintas dos reconhecimentos. Dos norte-americanos depreende-se que o limite é aquele em que o direito emanado pelo Estado não provoque um cerceamento. Para os franceses a

---

<sup>1</sup> No original: "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; of the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances" Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>> Acesso em: 27.01.18.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> . Acesso em 10.01.19

existência do abuso, ou seja, aquilo que transcender o exercício, e essa transcendência tenha existência geral e universal, aspecto de nosso estudo no capítulo V.

Modernamente, destacamos a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão- DUDH (1948), com duas disposições, nos arts.18 e 19:

Artigo 18 - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Artigo 19 - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras<sup>3</sup>.

Os artigos mencionados consignam várias liberdades, tais como de pensamento, consciência, religião, de culto, opinião, expressão, informação. Neste trabalho usaremos “liberdade de expressão” por entender que as demais são formas derivadas, e alguns casos seriam sinônimas. Além do mais, o fracionamento de um princípio como o da liberdade de expressão pode falsear a percepção sobre possível conflito/choque entre eles, razão pela qual se entende pela necessidade de se contextualizar (não seria conceituar?) a liberdade de expressão e situá-la dentro da universalidade de princípios. Esta observação não se distingue das situações em que são analisadas a dignidade da pessoa humana, sendo que para alguns autores a liberdade de expressão é decorrente desta, tal como assinalado por Sarlet ao afirmar que “existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da dignidade e outros que destes são decorrentes” (SARLET, 2012, p.94), mas nem por isso podem deixar de conflituarem entre si.

Os documentos internacionais ao contrário de sintetizar, buscam garantir os direitos por eles consignados de forma ampla utilizando-se de diversas estruturas, porém não auxiliam quanto a definição daquilo que tutelam. Possuem um caráter utilitarista, mas não definidores de conteúdo. Contudo, conforme Sarlet, vale a observação de Bernard Edelman de que “qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2018.

a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido”. (SARLET, 2012, p.33) e neste sentido os Tratados Internacionais servem de parâmetro para aferir a posição jurídica e política de um país. Registre-se que as cartas constitucionais e os instrumentos internacionais possuem uma relação normativa de mútuo-fortalecimento, e que todos estes documentos trazem as liberdades comunicativas em variados termos de forma indistinta. Uma das explicações para o emprego de tantas modalidades decorre das técnicas de formulação legislativa, quando se utilizam da multiplicidade de palavras, de modo abarcar o máximo de conteúdo semântico. Assim, em que pese haver a descrição exacerbada de termos, alguns sinônimos, não se trata de equívoco, mas de ato intencional. Tal situação se justifica por diversos motivos, em especial, porque documentos dessa natureza (internacionais que estipulam direitos humanos e fundamentais) tornam-se oponíveis, ao menos moralmente, com a sua celebração (mesmo que não se tenham cumprido as etapas de internalização) e evitam a sustentação de que um termo utilizado tenha sentido distinto no Estado celebrante, como forma de afastar a proposta do documento. Como consequência desta ação de efeito universalizante, produz-se o que se chama de “mimetismo o imitación cultural que se produce con el advenimiento del constitucionalismo moderno en tanto que se ponde de moda que las constituciones formales incluyan um catálogo o una declaración de derechos” (VIGO, 2016, p.214), situação que ensejou, a positivação nas Cartas Constitucionais pelo mundo, em especial naqueles países participantes dos organismos internacionais. Este fenômeno faz com que os direitos, em especial os fundamentais, deixem de ser elementos meramente teóricos das mais diversas correntes ideológicas, para serem reivindicados pelas correntes políticas e filosóficas nas sociedades pluralistas e democráticas, tal como leciona Edilson Pereira de Farias (FARIAS, 1996, p.68).

## **2.2A posição jurídica da liberdade de expressão**

A fim de se idealizar um conceito, há de se aferir a posição jurídica da liberdade de expressão frente as múltiplas classificações jurídicas existentes. Inicialmente, partindo da ideia como algo inato ao indivíduo, inerente à personalidade, para situá-la naquilo que chamamos como Direitos Humanos, ou como Direitos Fundamentais.

Entretanto, a considerar que por figurar nos citados documentos históricos a nomenclatura a ser adotada provoca divergências quanto ao papel por ela desempenhado. Alguns entenderiam que denominar-se direito humano em distinção à direito fundamental teria caráter prático, mas sem maiores consequências no mundo do direito, mas ao se estudar a evolução dos direitos humanos conclui-se pela relevância do tema, conforme veremos nas linhas seguintes.

Antes mesmo de se avançar ao conceito de liberdade de expressão, esbarra-se em outra dificuldade. O conceito de direitos humanos. Alerta-nos Edilson Pereira de Farias que os direitos humanos (tal como a liberdade de expressão) são uma expressão genérica, sendo que as tentativas em conceituá-lo se mostraram tautológicas, formais e não esclarecedoras de seu conteúdo; ou teleológicas, referindo-se a valores que ensejam múltiplas interpretações. (FARIAS, 1996, p.59). Dada tal dificuldade, nota-se na doutrina em geral que um dos modos utilizados para distinções de um direito relacionado à personalidade por vezes reside no diploma onde consignado, portanto, se decorrente de tratados internacionais seriam direitos humanos, se internalizados receberiam a classificação de direitos fundamentais. Apesar da praticidade, este método possui utilidade relativa, até porque há outros elementos a serem levados em consideração.

Antônio Pérez Luño, trabalhando nesta temática, ensina que a partir da independência dos E.U.A (1776), da Constituição e o *Bill of Rights* em 1791 revelaram-se os pressupostos jusnaturalistas e individualistas, fontes de sua inspiração e que por serem decorrentes da própria natureza, correspondente aos indivíduos por seu próprio nascimento, tratam-se os documentos de verdadeiras declarações, e que somente poderiam ser limitadas por lei. (LUÑO, 2013, p.31/32). Ao se entender os direitos humanos como algo a mais, já que preexistente à própria teoria dos direitos fundamentais, e aceitar-se a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão como direitos humanos fundamentais, temos um efeito, em caso de seu desrespeito, que transcende o aspecto interno, como alerta Pérez Luño, já que os direitos humanos ao serem atingidos tornam-se “un problema de relevância internacional” (LUÑO, 2013, p.37).

Farias, assenta que o fundamento jusnaturalista constitui-se de uma das hipóteses justificadoras para os direitos humanos, mas o têm como fundamento constitucional para citar o posicionamento de Jorge Miranda a respeito da

necessidade de um “referencial ético” de forma a configurar um elemento motivador de forma utópica ou idealista a explicar a luta pelos direitos do homem, concluindo que assim haveria um critério racional para fundamento de uma unidade valorativa dos direitos fundamentais, representado pela dignidade da pessoa humana, positivado no art.1º da CF/88 e os demais direitos assentados a partir do art.5º, apontando a liberdade de expressão originada dessa, seu fundamento material (FARIAS, 1996, pp.66/67).

Perez Luño, conceitua os direitos humanos como “*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamentos jurídicos a nivel nacional e internacional*” (itálico no original), de forma a distingui-los dos direitos fundamentais, sendo que estes são a positivação realizada em regra em âmbito constitucional (LUÑO, 2013, p.42).

Luigi Ferrajoli, ao discorrer sobre sua teoria sobre os direitos e bens fundamentais traz uma classificação interessante vinculada à nossa temática, sendo que ao trabalhar o conceito de direitos fundamentais, imputa-os como universalizantes, exemplificando com a liberdade de pensamento, direitos sociais entre outros. Sustenta que sua definição prescinde dos fatos, valendo para qualquer ordenamento, pertencente a teoria geral do direito (FERRAJOLI, 2011, p.11) e para isso, diz haver duas grandes divisões entre os direitos fundamentais: da personalidade e da cidadania. Estes dizem respeito a todos ou somente aos cidadãos e os direitos primários ou secundários que pertencem a todos ou somente aqueles com capacidade de agir, para no cruzamento destes obter quatro classes de direitos: a) os direitos humanos, direitos primários das pessoas dizendo respeito indistintamente a todos os seres humanos, exemplificando com o direito à vida, liberdade de consciência e de manifestação de pensamento; b) os direitos públicos, também primários mas afetos aos cidadãos (tendo como base a constituição italiana), como os direitos de reunião e associação; c) os direitos civis, secundários nos quais se manifesta a autonomia privada; e os d) direitos políticos, secundários reservados para aqueles com capacidade eleitoral (FERRAJOLI, 2011, p.13). Utiliza-se de quatro teses, para definir os direitos fundamentais. A primeira, para distinguir os direitos fundamentais dos patrimoniais, dispondo estes das seguintes características – universais; reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida, e forma a base da igualdade

jurídica; indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos, não se perdem pelo uso (não confundir com o abuso do uso), não podem ser expropriados ou retirados por uma maioria. Conclui o autor pela existência de um limite dos direitos fundamentais, no sentido que não pode o Estado ou o próprio indivíduo dispô-los (FERRAJOLI, 2011, p.22). A segunda tese, “correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e, por isso, daquela que chamarei a dimensão substancial da democracia” (FERRAJOLI, 2011, p.15), aquilo cujo conteúdo que não é lícito decidir ou não decidir, contingente das vontades da maioria, pedra angular da democracia (idem, pp.26/27). A terceira tese, versa sobre a natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, já que há correntes que entendem que com a internalização, os efeitos podem ser diminuídos em relação às pessoas, pois dirigidos aos cidadãos, referindo-se aos casos migratórios, com legislações restritivas aos migrantes e exacerbação do princípio da nacionalidade. A quarta tese, corresponde as expectativas negativas ou positivas, relacionadas aos direitos subjetivos e garantias (FERRAJOLI, 2011, p.16). Feitas tais observações, não buscamos refutar os argumentos expendidos por Ferrajoli, ao contrário, trata-se de uma contribuição ao estudo dos direitos fundamentais de maneira a formar parâmetros para análise de um direito e suas consequências. No que tange à liberdade de expressão, constata-se um fracionamento em suas variantes, reconhecendo parte como direito humano, parte como um direito público. Esta distinção entre direito público e direitos humanos não é feita ao acaso, e o relacionamento entre ambos é necessário já que as consequências são diversas em um e no outro caso, em especial sobre a limitação ao direito/ao exercício. Portanto, na visão de Ferrajoli, os direitos são aqueles positivados. De fato, não se constata em seu texto expressões relacionadas a direitos/princípios implícitos, sendo que eventual disposição normativa, ou tem origem no âmbito interno através da constituição ou tem na legislação infraconstitucional, e na lacuna de ambas, através de um tratado internacional no qual o Estado envolvido tenha sua participação dando a validade legal.

Outra distinção a ser enfrentada e que também causa certa repercussão em nossa temática referem-se ao emprego dos termos direitos fundamentais ou liberdades públicas. Perez Luño adverte que direitos fundamentais e liberdades públicas são conceitos distintos. As liberdades públicas assemelham-se, em especial,

quanto as faculdades e direitos subjetivos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e ambas se situam na esfera do direito positivado, contudo:

(...) mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales, como anteriormente se ha indicado, tienen un significado mas amplio y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural. (LUÑO, 2013, p.47).

Esta distinção refere-se ao carácter tradicional das liberdades públicas por se situarem no âmbito de direitos de defesa, sem a adequação moderna de admissibilidade dos direitos sociais, cunho positivo. Outra observação decorre de José Afonso da Silva ao ensinar que o termo “liberdades públicas” tem outra significação aos franceses, sendo para eles o equivalente aos direitos humanos. Já os direitos humanos seriam os direitos positivados. A terminologia “direitos do homem” como noção do direito natural, remete à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SILVA, J. A., 2014, p.448). A considerar que da França universalizou-se uma das maiores Cartas de Direitos, temos por cabível trazer o debate que se encerra naquele país sobre o emprego da denominação de direitos fundamentais em detrimento de liberdades públicas. Neste sentido, a questão da nomenclatura foi objeto de artigo específico por parte de Veronique Champeil Desplats. Desplat afirma que a partir dos anos 1990 as liberdades públicas passaram a ser denominadas como direitos das liberdades fundamentais, não concordando com a posição que os entende como expressões sinônimas. (DESPLATS, 2010, p.1). Parte da análise da diferenciação entre ambos os conceitos, para afirmar, sob o ponto de vista do homem, que as liberdades públicas pensam o sujeito a partir da tríade do universalismo/individualismo/coletivo de fato e do universalismo/coletivo. Explica que os direitos ou liberdades individuais que se exercem coletivamente (mencionando a de reunião, manifestação, associação) constituem-se em um compromisso, de uma parte entre a universalidade e a singularidade dos sujeitos de direitos do homem, e de outra parte a necessidade de expressão dos direitos coletivos; por sua vez, os direitos fundamentais referem-se à tríade universalismo/individualismo/categoria, ou mesmo individualismo/categoria. Seu exercício, não visaria o horizonte, mas interesses de determinadas categorias. Quanto ao objeto, explica que as liberdades públicas sempre tiveram um carácter de abstenção estatal, e sendo os direitos sociais ligados a

uma categoria de obrigações positivas, haveria na França uma resistência a deixar no mesmo patamar tais definições (idem, p.8). A partir do critério hierárquico, parece-nos que a diferenciação entre os conceitos sobressai. Desplats, explica que os direitos fundamentais têm como base os textos constitucionais e internacionais, tal como a forma que vimos anteriormente, mas as liberdades públicas não possuem um regime legal, apesar de incorporadas nos textos constitucionais. Conclui que o emprego da terminologia envolve questões de poder em que a utilização do termo fundamental invoca como origem algo proveniente do próprio Estado (DESPLAT, 2010, p.14).

Jean-Marie Denquin, também tratando das liberdades públicas, reafirma seu aspecto histórico, e que o uso de uma terminologia de origem estrangeira, ocasiona a perda de respeito aos valores conquistados. Denquin indaga como não se considerar significativo o emprego da palavra “liberdade” (com os significados histórico, coletivo e mesmo utópico) e empregar-se “direitos” como se fosse algo outorgado aos indivíduos, cidadãos passivos por uma autoridade intertemporal, paternal. Afirma também que no aspecto gramatical também há grande diferenciação:

As palavras “liberdade (s) e “direitos” não se constituem da mesma maneira: existem “direitos de” e “direito a”. O adjetivo “fundamental” introduz uma graduação e por consequência um sistema de três termos (direitos fundamentais / direitos não fundamentais / e ausência de direitos). Esta tripartição evidentemente tem valor hierárquico, se bem que a categoria intermediária se torna problemática: os direitos não fundamentais em caso de conflito que cederem aos primeiros seriam ainda direitos? <sup>4</sup> (Tradução livre. DENQUIN, 2010, p.4)

O texto de Desplat retrata de certa forma o entendimento mencionado por Ferrajoli de que os direitos fundamentais estariam sendo apontados como direitos categorizados, e parte desta construção conta com o apoio da doutrina francesa, cujo o pano de fundo tem a questão migratória. Na forma vista por Desplat, concluiríamos que a liberdade de expressão se vincula as liberdades públicas e não aos direitos fundamentais, uma vez que direitos seriam aquilo que é reconhecido pelo Estado e pode ter o seu correlato dever, ao passo que uma liberdade ou se tem, ou não se têm, ocorrendo, tal como explica Denquin, a possibilidade de os direitos serem

---

<sup>4</sup> No original: Les mots « liberté(s) » et « droits » ne se construisent pas en effet de la même façon : il existe des « droits de » et des « droits à ». L’adjectif « fondamental » introduit une gradation et par conséquent un système à trois termes (droits fondamentaux / droits non fondamentaux / absence de droits). Cette tripartition a évidemment valeur hiérarchique, si bien que la catégorie intermédiaire devient problématique : les droits non fondamentaux, qui doivent, en cas de conflit, céder le pas aux premiers, sont-ils encore des droits ?

categorizados, hierarquizados ou mesmo sequer tê-los. Sob tal ótica, um estado totalitário poderia ter direitos fundamentais, mas não necessariamente liberdades públicas. A expressão em seu sentido amplo, conforme adotamos, como direito mãe, poderia ser limitada por ser um direito, mas não uma liberdade. Feitas tais observações, registramos que a situação apontada na França em princípio não encontra eco em território brasileiro, mas não é demasiado trazer tal evolução doutrinária para conhecimento, dado o dinamismo das ciências jurídicas.

### **2.3 Conceito de liberdade de expressão.**

Tratamos da origem legal dos estatutos definidores dos direitos fundamentais, e por sua vez da liberdade de expressão. Com isso aferimos que a liberdade de expressão se situa em duas posições jurídicas: a dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A doutrina estipula que os aspectos internacionais se referem, em geral, aos primeiros, e no âmbito das constituições, aos segundos. Foram conceituados os direitos humanos e os direitos fundamentais, para em seguida tratarmos sobre os conceitos de liberdades públicas e direitos fundamentais. Até então, trabalhamos com aspectos que permeiam a liberdade de expressão sem adentrar em seu conteúdo. Vimos que a 1ª emenda da constituição norte-americana, a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, consignam a esfera protetiva e o direito, sem elementos de definição. Conceituar a liberdade de expressão é um desafio e certamente qualquer ideia não compreenderá a dimensão que ela atinge. Por outro lado, ainda que o conceito não seja abrangente para fins de interpretação, ou mesmo para seu exercício, a definição do instituto serve de norte, tanto para tutela em termos de proteção, como para (de)limitação. Portanto, em âmbito interno, temos em Pontes de Miranda, a definição para liberdade de pensamento, distinguindo-a da liberdade de consciência:

A expressão “liberdade de pensamento”, sem ser exata, é melhor do que “liberdade de consciência”. Aliás, o que se exprime não é só o que a consciência dita (o termo “consciência” já é, de si mesmo, ambíguo), nem só o que se pensa. Também se exprime o que se sente. A liberdade é a *liberdade da psique*, e não só da consciência ou do pensamento. Entenda-se por psique, conforme a Psicologia de agora, mais do que funções localizadas no cérebro ou tidas como tais. A liberdade da psique abrange tudo que serve para anunciar, auxiliar os enunciados (gestos, projeções, pinturas), e dar sentido, bem como tudo que não é o movimento só, ou a abstenção dele (MIRANDA, 1968, p.141).

Como assentado, temos a liberdade de expressão como o conceito englobador, sem prejuízo do estudo das definições expostas, até porque no caso já se mostra um início de discussão acerca do emprego da terminologia. Pontes de Miranda tece suas considerações em sua obra de comentários sobre a Constituição de 1949, portanto ainda sem a influência que a teoria dos direitos fundamentais passaria ter, em especial pelos comentaristas da Constituição de Portugal de 1976, onde consagrados direitos dessa natureza.

Os autores Luna e Santos, por sua vez, dão um caráter mais amplo à liberdade de expressão colocando-a como um direito fundamental com características finalísticas e resguardada contra ingerências.

Com efeito, a liberdade de expressão é um direito fundamental dos indivíduos, entendida como liberdade de consciência e de crença, e está intrinsecamente relacionada à livre manifestação de ideias, opiniões, posições e pensamentos, de interesse público ou não, providos de importância e valor ou não, por meio de qualquer meio de comunicação, não podendo esse direito ser restringido por ninguém. (LUNA e SANTOS, 2014, pp. 230/231).

Outra definição, com características finalísticas e com elementos de resguardo é produzido por Scorsim :

A liberdade de expressão é uma posição fundamental que se dirige contra o Estado, mas que dele também requer proteção contra as ações dos particulares. [...]. A liberdade de expressão decorre da liberdade de pensamento. Não há liberdade de expressão sem o exercício da liberdade de pensar. Igualmente, a liberdade de expressão do pensamento engloba determinadas formas de ação. Por exemplo, manifestações silenciosas mediante faixas, camisetas, adesivos etc. Também abrange a liberdade negativa de pensamento, inclusive o direito ao silêncio, o direito à não manifestação exterior de opiniões, ideias ou pensamentos. (SCORSIM, 2009, p.18).

Ian Pimentel Gameiro, cita Frederick Schauer e os três fundamentos filosóficos nos quais se baseia em relação a liberdade de expressão para depois conceituá-la:

São eles: (I) a promoção da busca e revelação da verdade; (II) a sua relação com a autodeterminação do indivíduo; (III) a capacidade de promover a sustentação da democracia e de um governo democrático. Desses fundamentos, temos o conceito que assim o consideramos: trata-se do direito que se tem de emitir de modo livre opiniões, ideias e ideais sem constrangimentos públicos, privados, censura prévia e com recurso aos meios de comunicação existentes e de também os receber livremente através desses mecanismos de comunicação social. (GAMEIRO e PORTO, 2016, p.144)

José Afonso da Silva, ao comentar o art. 5º, inc. IV da CF/88 esclarece que a manifestação de pensamento é o fenômeno da consciência, compreendendo o raciocínio, as formas de sentimento, dúvidas, imagens mentais, assim como o direito correlato de não se expressar. A opinião, para este autor é uma das formas de expressão adotando a atividade intelectual de sua escolha (SILVA, J. A., 2014, pp.91/92).

Percebe-se, portanto, que os conceitos ministrados pelos supracitados autores não são definitivos, mas trazem características à liberdade de expressão em que é possível imaginar-se um molde. Este molde o denominamos de “guarda-chuva” onde suas varetas são condutos de outras liberdades, como opinião, consciência, reunião, cultura, informação, entre outros, e de conteúdos diversos por onde se irradia manifestação de ideias, posições, pensamentos, ou até mesmo o próprio vazio pela inação voluntária/involuntária. Este guarda-chuva cujo portador é o indivíduo (independente de sexo, idade ou mesmo capacidade jurídica, portanto um atributo pessoal), e o conjunto destes objetos corresponde à coletividade de ideias, em sua relação com o Estado detendo dúplici garantia. Uma de resguardo ou proteção a intromissões e outra de proteção ao seu uso. Gustavo Binbenbojm, destaca que na CF/88 foram consignados tal natureza e critérios interpretativos:

Ocorre que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público. É interessante notar que, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos, a Constituição brasileira de 1988 contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão. É nesse sentido que Konrad Hesse se refere à natureza dúplici da liberdade de expressão. (BINENBOJM, 2003, p.373)

Sarlet, tratando da dignidade de pessoa humana, em obra específica, traz elementos comuns em relação à liberdade de expressão, permitindo-nos assentar que ela também tem contornos imprecisos, natureza polissêmica, inerente ao ser humano, e também é mais fácil dizer o que não se enquadra na liberdade de expressão do que dizer o que ela é (SARLET, 2012, pp.50/51). Disso, concluiu-se não haver um conceito exauriente da liberdade de expressão por se refletir em múltiplas esferas e formatos. E, ainda, com o desenvolvimento das esferas comunicativas (a internet, por exemplo),

encontra-se em constante reformulação. Essa multidimensão é que enseja questionamentos quando do exercício individual e coletivo acerca de sua ampla fruição, ou a necessidade/possibilidade de limitações, bem como a caracterização de seu abuso. Ressalte-se que ao se mencionar as palavras liberdade e limitação, somente é possível compreendê-las quando seus titulares estão inseridos em vida social, não fosse assim, o direito sequer iria apreciá-las, e, portanto, cabe situar essa liberdade naquilo que chamamos de gerações de direito. As gerações de direitos possuem classificação, e o posicionamento da liberdade de expressão reflete nas questões relativas à sua conceituação e mesmo limites. Originalmente, encontra-se classificada como um direito de primeira geração, na qual constam as demais liberdades negativas, nas quais o Estado tem o dever geral de abstenção e como regra vem estampada em documentos internacionais desde o séc. XVIII. No mesmo sentido é o *caput* do art. 220 e seu parágrafo §2º, da CF/88, área de inovação, por estabelecer a comunicação de massa, vedando-se restrição ou censura<sup>5</sup>. Contudo, as gerações de direitos evoluíram. KAREL VASAK, a quem se atribuiu a classificação dos direitos em gerações esclarece que estes direitos (referindo-se aos de 3ª geração) são oponíveis ao Estado, e exigíveis dele, assim como somente se realizarão pela conjunção dos esforços de todos os autores do jogo social: o indivíduo, o estado, as entidades públicas e privadas e a comunidade internacional (VASAK, 1997, p.1654)<sup>6</sup>. Portanto, a partir da 3ª geração avança-se do aspecto de inércia estatal, para a indução, sendo que a liberdade de expressão aglutinou este outro viés. Deste modo, a doutrina brasileira nos anos 1990 assentou o aspecto negativo em face do Estado<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> CF/88: 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. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>6</sup> No original: "Ils sont nouveaux, car ils sont à la fois *opposables* à l'Etat et *exigibles* de lui; mais surtout (et c'est là leur caractéristique essentielle) *ils ne peuvent être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les acteurs du jeu social*: l'individu, l'État, les entités publiques et privées, la communauté internationale." (itálico no original). VASAK, Karel. REVISITER LA TROISIÈME GÉNÉRATION DES DROITS DE L'HOMME AVANT LEUR CODIFICATION. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12244.pdf>> Acesso em: 11 dez 2017.

<sup>7</sup> Até então, e provavelmente pela tenra idade da CF/88, muitos direitos fundamentais eram interpretados com conteúdo meramente programático, de forma que sua implementação ficava sujeita à vontade do Poder Executivo e Legislativo, servindo como norte aos eventuais programas de governo e não como um direito subjetivo. Interpretação diversa em período de transição poderia provocar até mesmo instabilidade institucional a considerar que à época o país vinha de períodos inflacionários e o controle monetário era um desafio constante. A implementação de políticas sociais ou eram inviáveis ou mesmo onerosas em um período de transição para um governo civil no qual ainda estava construindo sua figura de estabilidade, a considerar que o primeiro presidente civil eleito após a ditadura sofrera o impeachment.

porém a partir do século XXI também passou a ensejar o aspecto positivo, baseado nas chamadas liberdades comunicativas, expressas a partir do Título VIII, Capítulo V, Da Comunicação Social, da CF/88, como referência o art. 220, que se compreende mais acima, como de quarta geração. Daí a observação feita anteriormente da natureza dúplice da liberdade de expressão. Destaque-se que o reconhecimento da evolução dos direitos, na sua forma de gerações somente se adequa aos estados democráticos, pois o conceito está sempre em construção. A viver-se em estados totalitários, a expressão (sem a liberdade) se torna perigosa à medida da redução da individualidade dos homens. Neles a premissa é a despersonalização, em um processo de condicionamento, nivelando o homem aos animais, cuja a manifestação se dá através da conduta, conduta perigosa pois pautada pelo instinto e não pelo domínio da razão e suas escolhas. Os homens são tornados supérfluos, para depois serem controlados. (ARENDDT, 2013, p.605). Portanto, neste tipo de Estado sequer se visualiza como uma liberdade, talvez um direito, desprovido de conteúdo, uma vez que até mesmo a manifestação inconsciente é um pressuposto da mesma. No extremo oposto, a organização do Estado e a sociedade civil na forma de um Estado Liberal de Direito, impõe uma estrutura de garantia das liberdades individuais e controle da constitucionalidade de modo que o amplo exercício democrático redunde em verdadeira e legítima soberania. É fato que, no Estado mediador e garantidor das liberdades individuais somado ao amplo exercício da democracia pluralista figura-se o ideal da soberania que transcende o individualismo migrando para o coletivismo, uma soberania estatal do primado da lei com seus controles constitucionais. Reduzida a intervenção estatal, e conferindo-se o aspecto de Estado Mínimo, “(...), assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos”. (STRECK e BOLZAN. 2003, p.90). Na linha de pensamento de STRECK e BOLZAN DE MORAIS conclui-se que um Estado por si só, lastreado em leis é apenas uma forma ilegítima do exercício de poder porque lhe falta o traço fundamental que o caracteriza como liberal, qual seja, a restrição ao arbítrio e ao exercício do poder pelo poder, sendo necessário uma integração com o próprio tecido social que, conforme tais autores, resulta da seguinte forma:

(...)o que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade –ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão de poderes ou funções e, a nota central, garantia dos direitos individuais(STRECK e BOLZAN. 2003, p.89).

Esse respeito à lei, deve ser visto na mais ampla acepção, a considerar que o império da lei não se restringe àquela produzida exclusivamente pelo órgão legiferante de forma expressa, ou por normas infralegais reguladoras, mas também ao conjunto normativo de princípios constitucionais consolidados pelo constituinte originário, cujo sentido assiste ao Estado como ente interpretar, e ao Poder Judiciário reafirmá-lo como guardião da Constituição, formando os chamados direitos fundamentais. E mais, consoante explica César Landa, os direitos fundamentais, e por óbvio a liberdade de expressão, vistos apenas como direitos subjetivos configuram uma visão estrita, pois na realidade possuem um duplo caráter jurídico: um como direito subjetivo da pessoa e outro como direito objetivo ou como fundamento valorativo da ordem constitucional. Assim, os direitos fundamentais teriam fundamento dúplice e força normativa com caráter vinculante do direito subjetivo limitando ou reforçando sua faceta objetiva (LANDA, 2010, p.32). Em vista disso, a liberdade de expressão possui características especiais que tornam complexas as relações jurídicas dela emanada, atribuindo-a qualidade de direito mãe (*Mutterrecht*), por ela dar origem às demais, consoante assentamos linhas acima (MACHADO, J, 2007, p.104), ou denominada também de *cluster-rights* (THOMSON, 1990, p.55)<sup>8</sup>. Esta característica tão especial traz implicações na teoria do direito e na chamada separação dos poderes, isto porque a liberdade de expressão possui traços ontológicos e deontológicos que veremos com maior profundidade a seguir. No primeiro caso, a realização pessoal, ainda que realizado por portadoras<sup>9</sup> diversas, sejam individuais, sejam coletivas. No segundo, a abstenção e/ou afirmação pelo Poder Executivo, através de políticas públicas, através de regulamentos, através de ações práticas. Nesta seara também o Poder Judiciário equilibrando as ações e omissões estatais e pessoais. Dado a ser um direito fundamental a teoria geral traz como consequência a impossibilidade de alteração de seu limite material, já que lhe atribuída a correspondência ao núcleo de proteção da dignidade humana e, portanto, na forma de constituinte derivado não poderia, em tese,

---

<sup>8</sup>-THOMSON, Judith Jarvis, **The Realm of Rights**, Cambridge, Mass., 1990, p.55/56, onde dispõe: "Let us call rights that contain other rights "cluster-rights". A autora esclarece que não se trata de um direito em sentido estrito, portador de um dever.

<sup>9</sup> Portadora é a denominação dada no estudo da radiofonia à onda magnética que traz os dados/mensagem entre o emissor e o receptor e utilizada aqui com o meio pelo qual a expressão será manifestada.

sofrer redução de sua incidência pelo poder político. Contudo o limite formal é que se constrói de acordo com a evolução da sociedade.

Desta maneira, CATTONI DE OLIVEIRA:

Assim, a Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, que se dá ao longo do tempo histórico e que atualiza, de geração em geração, o sentido performático do ato de fundação da sociedade política, em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto, aberto ao futuro, de construção de uma república de cidadãos livres e iguais (OLIVEIRA, 2007, apud MACHADO, 2009, p.114).

Cabe trazer também o viés utilitarista da liberdade de expressão, levando-se em conta o seu perfil junto aos regimes democráticos em que residem dois tipos de argumento para sua defesa: o primeiro de caráter instrumental, trazendo benefícios tangíveis, em nível pessoal e social, e até mesmo benefícios econômicos; o segundo, embasado em Alexander Meiklejohn, afirma-se que a liberdade de expressão promove a discussão necessária para a democracia funcionar efetivamente, de forma que ao se julgar algo se tenha acesso as ideias que formularam o que se está a apreciar; permissão aos cidadãos serem expostos às ideias, a possibilidade estarem informadas. Além disso permite-se ouvir os pontos dissonantes. A consequência é que há uma resposta certa em que podemos não saber qual seja, mas ela pode ser descoberta pela investigação das suas prováveis e atuais consequências. (WARBURTON, 2009, p.16). Feitas estas observações é possível ousar um conceito de liberdade de expressão, lembrando que o dinamismo social sempre influirá, de forma que não haverá um conceito fechado, mas em constante mutação, abrangendo os aspectos (de)ontológicos que o princípio implica, além da sua relação com o meio que lhe permeia.

*Assim, temos que a liberdade de expressão é o meio pelo qual o indivíduo em uma democracia se posiciona enquanto ser em seu meio social, realizando, com a tutela protetiva do direito, atos e não atos, conscientes ou inconscientes, pensados ou impensados, todos exteriorizados de forma individual ou coletiva, limitada por si, ou por outros princípios a serem avaliados em conjunto com a manifestação.*

Feita a definição, fica a critério do leitor a crítica, registrando que as existências de lacunas no conceito certamente existirão, a considerar que a própria liberdade de expressão é fluida no tempo e no espaço.

Passaremos, a seguir, como mencionado, a analisar os fundamentos liberdade de expressão com maior profundidade.

### 3. Fundamentos da liberdade de expressão

Verificamos que a liberdade de expressão como conceito jurídico possui longa data consolidado em documentos legais históricos. Inicialmente, tratado como um conceito filosófico, para um direito inato ao homem, teorizado pela via das liberdades públicas e os direitos humanos. Com a evolução do constitucionalismo, bem como o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, em uma forma mais elaborada, superando as antigas formas discursivas de sustentação que perderam o brilho ante a novidade de teorias jurídicas modernas, havendo maior suporte protetivo desse direito da personalidade, verificamos que a partir dos anos de 1950 se deram maiores avanços no trato da matéria. Este avanço, permitiu a compreensão moderna de que a liberdade de expressão não se reduzia simplesmente ao homem como simples indivíduo, possuindo uma natureza muito maior, sendo necessário, por ser um atributo do ser humano, e categorizado em diversos ramos, fazer a distinção de suas esferas de repercussão, ora trabalhadas no capítulo I, entre direitos humanos x direitos fundamentais; liberdades públicas x direitos fundamentais; para se chegar a um conceito sujeito à fluidez da sociedade, mas embasado nas ideias a serem esposadas no presente trabalho. Ainda que definido como um *cluster-right*, atrevemo-nos a rotulá-lo como um *umbrella right*, já que se trata de “objeto” portátil a todos e com o emprego de acordo com a individualidade, cuja existência deve ser suportada pelo Estado. Essa existência que no tempo começou com a mera proteção, para hoje também compreender a indução e promoção, reflete verdadeiras gerações de direitos, e porque não dizer: verdadeiras evoluções (MIRANDA, p.24, 2010)<sup>10</sup>, justamente para evitar maiores discussões). Mas por possuir uma natureza fractal, ou de um “direito multifuncional, que se desdobra num *cluster* de direitos comunicativos fundamentais (*Kommunikationsgrundrechte*)” (CANOTILHO, MACHADO, GAIO JUNIOR, 2017, p.26) também tem seus fundamentos.

---

<sup>10</sup> Jorge Miranda opta pelo emprego da terminologia “dimensões”.

Optamos em adotar a linha de João Costa Neto, em seu livro: *Liberdade de Expressão – o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. Nele discorre sobre a liberdade de expressão em múltiplos aspectos que se assemelham à nossa temática, porém construindo uma teoria tarifária sobre os temas expressos para em ponderação estabelecer-se qual precede ao outro. Neste livro, o autor adota duas categorias de estudo, as quais permitem aferir limites legitimamente impostos. A adoção do termo limites refere-se as restrições propriamente ditas, sendo que a legitimidade decorre de um modelo societário. Feitas estas observações, então são percorridas as linhas deontológica ou intrínseca, e instrumental ou consequencialista. (NETO, 2017, p.38). Antes de ingressarmos nos fundamentos, registramos que Supremo Tribunal Federal, em termos gerais, sempre se manifestou nos aspectos salutares e vantajosos da liberdade de expressão utilizando-se de ambas teorias, a exceção (naqueles casos que trouxemos por ocasião do capítulo IV), do voto do Ministro Gilmar Mendes, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF nº130, sobre a recepção da Lei de Imprensa, em que expôs os aspectos negativos.

### **3.1. Corrente deontológica ou intrínseca.**

As correntes definem-se basicamente na deontológica, em que se foca na realização do ser e dever ser, em que a liberdade de expressão é uma forma pela qual o homem se exterioriza. A todos, enquanto seres humanos, assiste o exercício e desenvolvimento de sua personalidade, admitindo-se toda espécie de manifestação. Tal expressão é uma forma de autorrealização e sua limitação, ou mesmo monitoramento, poderiam caracterizar um cerceamento indevido. Contudo “A partir dela [teoria intrínseca], passa a ser difícil discernir o discurso que merece proteção constitucional do que não merece”. (COSTA NETO, 2017, p.50). Mas a realização do ser humano social se vincula com o atributo da cidadania. Somente haveria uma autorrealização com o reconhecimento da cidadania a qual por sua vez é a base da democracia. Neste aspecto, a ideia de cidadania e seu exercício modulou-se no decorrer dos séculos. Dos atos realizados nos primórdios da civilização, por cidadãos atenienses, formadores de um corpo social em detrimento das questões individuais, para com o mundo moderno e os efeitos da mundialização (preferimos este termo ao de globalização), com crescimento urbano, a formação dos Estados, transformando

os mecanismos de decisão da participação direta para a forma representativa. A ampliação dos direitos individuais, atenuando-se a participação outrora censitária nas questões gerais. A descentralização, ou pulverização das esferas de decisão, diversificando as instâncias de apreciação e mantendo centralizado o ponto de execução política, ensejando maior distanciamento do poder de suas bases, reforça o entendimento de ser ainda maior a importância da liberdade de expressão, seja na forma individual, seja na forma coletiva, na proteção do saber/conhecer, exprimir-se e ser escutado/visualizado/sentido. Como mencionado, não se pode falar do indivíduo isolado e sim em sua relação em sociedade organizada.

### **3.1.1. Posição Deontológica - vantagens**

As vantagens quanto a posição deontológica decorre da igualdade. Portanto, podemos enxergar o exercício da liberdade de expressão em uma sociedade democrática na forma representativa, nos termos ensinados por Benjamin Constant em sua liberdade dos modernos (2015). A modernidade, na qual somente podemos ter hoje uma democracia em grande escala, tomando-se como base os ensinamentos de Robert Dahl (2016, p.99), exige: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva. Na forma deontológica, a liberdade de expressão, nos termos propostos por Dahl, é aquela que viabiliza manifestação e crítica aos governantes, servidores, agentes, à economia e a ideologia prevalecente (DAHL, 2016, p.100). Assim, haveria nestes aspectos uma proteção maior ao cidadão ao se utilizar da expressão contra o próprio Estado, o que em sentido correlato diminuiria a proteção em face dos ocupantes dos cargos públicos. Considerando que a liberdade de expressão tem uma característica de direito mãe, em relação às suas formas derivadas (reunião, associação, informação), também prevalece a ideia, guardadas suas devidas proporções. Um dos aspectos de importância ímpar no aspecto deontológico revela-se na questão da legitimidade. João Costa Neto distingue o Estado de um grupo criminoso (quadrilha) pelo aspecto de que a ação estatal goza da legitimidade decorrente do exercício da cidadania. Afirma que ambos se utilizam do poder, porém, quanto a legitimidade estatal, “A diferença depende, portanto, de um juízo moral” (COSTA NETO, 2017, p.59). Adverte que existem certas barreiras das quais o Estado não deve atravessar, sob pena de perder sua legitimidade e equivaler-

se aos bandidos, asseverando que uma delas é o trato com a liberdade de expressão (COSTA NETO, 2017, p.60).

### **3.1.2. Posição Deontológica - Desvantagens**

João Costa Neto aponta que equivaler a liberdade de expressão a um direito em geral, e não a um princípio, poderia se perder seu aspecto de fundamentalidade. Alia-se a isto a dificuldade na avaliação do que é que deve ser protegido em maior ou menor intensidade (em que pese o autor proponha meios nos quais possa-se ponderar matematicamente a natureza dos discursos para adoção de esfera protetiva). Tomando-se a liberdade de expressão como direito, então esta posição teórica não legitimaria a divulgação ou revelação de informações protegidas por lei (emprega em seu texto o termo *disclosure information*), focando-se exclusivamente nas ideias e opiniões, salvo lei em contrário, o que de certa forma reduziria sua área de abrangência. (COSTA NETO, 2017, p.51). Tal colocação assemelha-se a situação quanto a diferenciação entre liberdade pública e direitos fundamentais, sendo que a liberdade pública corresponda ao aspecto deontológico em si, já que sua teoria se embasou nos documentos históricos de liberdade dos indivíduos (não da coletividade) enquanto seres singulares. Por outro lado, reduzir a um direito seria menosprezar outros aspectos, principalmente os de natureza principiológicos que pautam os direitos da personalidade.

### **3.2. Posição consequencialista ou instrumental**

A posição consequencialista possui relação umbilical com o sistema democrático. Nigel Warburton ressalta que a consequência da liberdade de expressão é que há uma resposta certa em que podemos não saber qual seja, mas ela pode ser descoberta pela investigação das suas prováveis e atuais consequências. (WARBURTON, 2012, p.16). A teoria consequencialista é a base do discurso protetivo da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Tal teoria data do século XVII, servindo de referência a obra de John Milton, *Aeropagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa*, dirigido ao Parlamento da Inglaterra em 1644, onde apregoava-se a necessidade de revogar-se a necessidade de outorga governamental para publicações, a qual fora utilizada como forma de censura, ensejando à época o

recolhimento de diversas obras sem a aquiescência real. Milton fora responsável por obra anterior relacionada ao divórcio cujo conteúdo foi declarado inapropriado e teve seu material recolhido. Assim, dirigiu-se ao parlamento tecendo diversos argumentos para que a liberdade fosse irrestrita, não obtendo sucesso. Contudo, a riqueza de detalhes e a argumentação coerente fez com que o discurso parlamentar se eternizasse e servisse de fundamento ao longo do tempo. Um dos argumentos referese à censura. A censura seria ineficaz por desencorajar estudos e paralisar a verdade, embotando as faculdades naquilo que se conhece e dificultando ou impedindo descobertas em diversas áreas do conhecimento (MILTON, 1999, p.61). Sua finalidade era a preservação da mensagem contida nas obras com fundamento na busca pela verdade, mas o discurso também se relacionava à portadora<sup>11</sup>. Assim:

(...) os livros não são coisas absolutamente mortas; contêm uma espécie de vida em potência, tão prolífica quanto a da alma que os engendrou. E mais: eles preservam, como num frasco, o mais puro e eficaz extrato do intelecto que os produziu.

(...)

Muitos homens não passam de um fardo sobre a Terra. Mas um bom livro é o precioso sangue de um espírito superior, conservado e guardado com vista a uma vida para além da vida. (MILTON, 1999, pp.62/63).

Deste modo, a mensagem escrita se protrai no tempo, transcende o raciocínio de seus titulares expondo-os, permitindo o conhecimento e sua contestação (consequencialismo!). Além disso, haveria a possibilidade de o conteúdo abrir novas fronteiras com conhecimento produzido (ou não, no que tange à crítica de conteúdo das obras de Sigfried Ellwanger, no HC nº 82.424/03-STF).

Não fugiu à Milton a capacidade de influência dos livros:

Por volta do ano de 240, Dionísio Alexandrino, figura renomada na Igreja por sua piedade e saber, tirava proveito na sua luta contra os hereges do fato de conhecer-lhes os livros. Mas então um presbítero qualquer lhe criou um caso de consciência: como se arriscava à frequência, tão perigosa, de tais autores? O santo homem, tomado de escrúpulos, temendo vir a ser objeto de escândalo, entrou em debate consigo mesmo sobre o que deveria pensar. E eis que uma visão enviada por Deus, ele mesmo a conta em Epístola, aprovou sua conduta com as seguintes palavras: "Lê todos os livros que caíam em tuas mãos, de vez que és suficientemente capaz de julgar corretamente e examinar cada questão. O sábio confessa haver admitido prontamente a revelação, lembrando-se da palavra do Apóstolo ao tessalônios: "Discerni tudo e ficai com o que é bom." E ele poderia ter acrescentado outra sentença notável do mesmo autor "Para os puros, todas as coisas são puras, não

---

<sup>11</sup> Portadora é o meio pelo qual a mensagem é transportada, a época através de manuscritos consolidados em livros.

apenas carnes e bebidas, mas qualquer tipo de conhecimento, seja bom ou mau. O conhecimento não pode corromper, nem, por conseguinte, os livros, se a vontade e a consciência não se corromperem. Porque os livros são como as carnes e viandas: algumas de boa qualidade, algumas de má qualidade. (MILTON, 1999, p.86/87).

Assim, o cerceamento das obras por um interventor equivale a substituir-se a capacidade de intelecção do receptor. Milton questiona ao lembrar que se um homem letrado pode ser propagador do vício e do erro, como confiar naqueles que são censores, “ a não ser que se lhes atribua, ou que eles mesmos se arroguem, por cima da cabeça dos demais na terra, a graça da infalibilidade e a da incorruptibilidade? ” (1999, p.99). Com a revolução tecnológica, e outros meios de propagação da expressão (radiofonia, telefonia, videofonia, redes telemáticas/sociais), e o fenômeno da massificação, outras variáveis acabam por relativizar tal entendimento, objeto inclusive de diversos estudos, tais como aqueles produzidos por Gabriel Tarde no início do século XX (“Sei de regiões francesas onde jamais se viu um único judeu, o que não impede o antissemitismo de florescer ali, porque se leem os jornais antissemitas” -TARDE, 2005, p.18).

Além da busca pela verdade, Milton assenta as bases de outro dos argumentos consequencialistas, o “mercado de ideias”:

Mesmo que todos os ventos da doutrina soprassem sobre a terra, a verdade também estaria em campo. Seria injurioso, nas circunstâncias, licenciar e proibir. Que a verdade e a impostura se digladiem. Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto? Sua refutação é a melhor e a mais eficaz das proibições.

(...)

Quem não sabe que a verdade vem logo abaixo do Onipotente em força? Ela não precisa de políticas nem de estratégias, nem de autorizações para ser vitoriosa. Esses são ardis e obstáculos que o erro utiliza contra o seu poder”. (MILTON, 1999, pp.174/175).

(...)

Se o conhecimento e exame do vício são, neste mundo, tão necessários à formação da virtude humana; e se é preciso escutar o erro para a confirmação da verdade, como fazer para explorar mais seguramente e sem maiores riscos os domínios do pecado e da falsidade, senão lendo toda e qualquer espécie de tratados e ouvindo os mais variados argumentos? (...). Vendo, portanto, que livros como esse e outros abundantes, que são os mais suscetíveis de contaminar tanto a vida quanto a doutrina, não poderiam ser eliminados sem prejuízo para o saber e para o debate de ideias (MILTON, 1999, pp.93 e 97).

John Milton serviu de inspiração a Jonh Stuart Mill, que aprimorou tais conceitos em sua obra “Da Liberdade” de 1859. A posição consequencialista destaca-se nos

efeitos positivos que a liberdade expressão provoca em uma sociedade democrática, tanto como forma de inserção do indivíduo, como forma de controle do Estado, o que veremos melhor nos aspectos de vantagens e desvantagens.

### **3.2.1. Posição Consequencialista - Vantagens**

João Costa Neto é sucinto quanto as vantagens da teoria consequencialista ao afirmar que elas oferecem parâmetros mais claros para discernimento do discurso que merece ser protegido daquele que não, tanto do ponto de vista individual no que tange à busca da verdade, como no coletivo em que resultara em benefícios, vantagens com a adoção dessa teoria instrumental (COSTA NETO, 2017, 43). Apresenta as justificativas para adoção do consequencialismo em três grupos, não exaurientes: o primeiro, baseado na busca pela verdade; na abordagem democrática-funcional e no fomento da tolerância e do pluralismo (COSTA NETO, 2017, pp.39/42). Estas três justificativas também são tratadas em outras obras, sendo que a busca pela verdade e o mercado de ideias serão aprofundados no capítulo V, da liberdade de expressão nos E.U.A., país no qual os assentou não só doutrinariamente, mas também judicialmente, como fatores decisivos para aferição de abuso ou exercício regular de direito. Mas é possível fazer observações. Ao primeiro grupo, cuja busca da verdade se baseia na obra de John Stuart Mill, pode-se afirmar em relação ao aspecto democrático-funcional, de que os direitos fundamentais – liberdade de expressão, associação e reunião – auxiliam no debate público e político. Afinal, ao se ensejar o debate, quanto mais se dê sua ocorrência, melhor para evitar a intolerância e auxiliar no pluralismo de ideias. O aspecto democrático-funcional, por si já traz em seu nome o aspecto consequencialista. Ora o exercício da cidadania é mola motriz da democracia, a qual por sua vez é indutora da cidadania. Essa retroalimentação, ou convivência mútua, serve como elemento formador da higidez estatal, e com o exercício da liberdade de expressão é que se permitem as reivindicações sociais, a influência em políticas públicas, até mesmo o conhecimento de problemas de responsabilidade estatal, sejam elas decorrentes de políticas ou de comportamento de agentes públicos. Em termos assemelhados, Robert Dahl ao analisar a democracia em seus múltiplos aspectos, assevera que a livre expressão permite a participação na vida política de forma que os indivíduos se tornem conhecidos pelo seu ponto de vista, possam persuadir os demais, e terem a oportunidade de tomar conhecimento daquilo

que os concidadãos também expressam, e assim discutirem, deliberarem, questionarem, e mesmo influenciarem o planejamento das decisões do governo (DAHL, p.2016, p.110). Outro aspecto de lapidar importância é o caráter contramajoritário que a tutela da liberdade de expressão oferece, tanto no aspecto democrático de proteção às minorias, quanto para sua existência e, principalmente, manifestação configurando sua participação como forma de garantir o pluralismo político. O pluralismo político, também mencionado nas decisões do STF, exercido por associações, partidos, organizações, também são essenciais pela aglutinação e busca de interesses em comum, no qual individualmente não o seria possível, sendo tal fenômeno inevitável e desejável em uma democracia de escala (representativa), como mencionada por Dahl (2016, p.111).

### **3.2.2. Posição Consequencialista - Desvantagens**

João Costa Neto trata como insuficiência e não como desvantagem a posição consequencialista, uma vez que a dualidade de posições, entre a proteção da minoria não pode ensejar uma imposição à maioria, e a maioria não pode suprimir os entendimentos de parcelas minoritárias. Assim, deliberações sobre o que importa ou até mesmo se algo devesse ser restringido poderia atingir a própria teoria. Portanto, residiria uma dificuldade teórica para justificar determinadas posições, o que poderia ensejar o enfraquecimento da mesma. A “busca da verdade” e o “mercado de ideias” também destaques da teorização consequencialista, sofrem da mesma dificuldade. Em não havendo “busca” pela verdade restariam apenas opiniões, ou meras manifestações sem objetivos e, portanto, sem a consequência de auxiliar “a verdade”. Ressalta que até mesmo o prevailecimento de uma opinião não significa que seja apoiada na verdade, ou mesmo que no mercado de ideias, aquelas taxadas de ruins não venham a prevalecer. Concluiu que o conceito instrumental leva um darwinismo, em que o supostamente correto prevalecerá, fato que não corresponde necessariamente à realidade. (COSTA NETO, 2017, pp.45/47). A ideia de verdade por si só já é envolta em debates filosóficos. Não é diferente nas outras áreas derivadas da liberdade de expressão, tais como no conceito de arte, cultura ou religião e isso tem se refletido na sociedade contemporânea com a ausência de parâmetros prévios. Monumentos de gosto duvidoso, peças e representações artísticas polêmicas, músicas preconceituosas, ou deletérias, proselitismo, informações falsas.

Enfim, sob o manto da “verdade”, do mercado de ideias, ou mesmo da democracia há que se aceitar a plenitude da liberdade de expressão? O STF em sua composição majoritária respondeu negativamente em todas as situações, porém não fixou por qual forma, como veremos no capítulo IV.

### **3.3. A teoria dominante, representação e especialização**

É da natureza do direito a multiplicidade de visões e entendimentos. A adoção de uma teoria em detrimento de outra também é natural. Porém, a liberdade de expressão não poderia nunca ser equiparada a um direito geral, sob pena, justamente, de sua possível supressão. Na história, governantes totalitários consideravam-se democráticos, a democracia, tal como a dignidade, ou mesmo liberdade de expressão, por serem conceitos jurídicos abertos eram utilizados conforme o nuto de cada um. Contudo, a moderna interpretação jurídica estabeleceu bases seguras para distinções e aferição daquilo que não é, ou não se integra no conceito. Podemos não definir ou exaurir um conceito de direito fundamental, e ao se tentar fazê-lo podemos colocar em risco sua essência ao provocar eventual restrição ou diminuição de seu conteúdo. Assim, o fundamento para a liberdade de expressão transita em ambas as teorias, sendo ora deontológico, ora consequencialista. Deontológico, no fortalecimento da democracia, consequencialista quando do pluralismo político. Deontológico na manifestação, consequencialista na exposição social. Deontológico, na opinião, consequencialista quando do debate. Deontológico, na tomada de posição, consequencialista quando da busca da verdade. Deontológico como cidadão, consequencialista como fiscal do governo. Deontológico, como liberdade pública, consequencialista enquanto direito fundamental. Assim, ambas teorias convivem e convergem como lentes bicôncavas, o que caracteriza a liberdade de expressão como um *cluster-right*, (um direito que engloba outros direitos), um *umbrella right*, ou direito mãe. Tal entendimento ainda é reforçado pela própria constituição brasileira (CF/88), a qual consagra em seu artigo 1º ambas teorias. Elas são estabelecidas como fundamento, tanto a deontológica (inciso II –cidadania; inciso III - dignidade da pessoa humana), como a consequencialista (inciso IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; inciso V - o pluralismo político). E por ser o Brasil um estado democrático, nos moldes representativos, alguns alertas devem ser levados a efeito. Um deles reside na aceitação da liberdade de expressão como um direito fundamental

pouco limitado (admitindo-se alguma limitação no aspecto de consequências, porém muito mais em termos de ponderação do que nos moldes norte-americanos onde realizadas exclusões baseadas em agressões, tais como nos casos das *fighting words*<sup>12</sup>) em que a ausência de limites provoca a erosão do próprio princípio democrático, ao se admitir, por exemplo, a propalação de discursos de ódio. Alie-se a isto, a falta de regulamentação entre os diversos tipos de portadoras (meios de comunicação), ou mesmo aspectos de sua participação na disseminação da informação/expressão, e têm-se efeitos de magnitude expressiva sem qualquer responsabilização ou mesmo a caracterização do chamado abuso do direito.

Não obstante, também deve ser focada outra faceta do princípio democrático, que é a falta de participação, decorrente do desinteresse ou mesmo de perda/erosão da prática das atividades focadas nos direitos cívicos e até mesmo nos meios sociais. Tal situação já fora alertada por Benjamin Constant, dispondo da necessidade de:

(...) exercer uma supervisão ativa e constante sobre seus representantes, reservando-se, em certas épocas, não separadas por intervalos muito longos, ao direito de afastá-los caso tenham afrontado suas aspirações, e de revogar os poderes de que tenham abusado.

(...)

O perigo da liberdade moderna é o de que, absorvida pelo gozo de nossa independência privada e pela busca de nossos interesses particulares, renunciemos facilmente ao direito de participação no poder político.

(CONSTANT, 2015, p.100)

Portanto, dois aspectos negativos a serem considerados quando da adoção das teorias, em que a autorrealização indiscriminada não pode abrir porta à ilicitude, por remeter aos perigos de atingir hipossuficientes e minorias a impedir o papel protetivo estatal; atingir terceiros particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e por derradeiro, ao próprio estado e seus agentes sem eventual nexos causal. O segundo aspecto reside na necessária vigilância do cidadão em face do Estado. Ao se adotar a representação é necessária a atenção aos rumos adotados pelos governantes, em especial quanto a nossa indiferença<sup>13</sup> em relação aos delegatários, sob pena de termos a conquista da liberdade pública da expressão e do voto corroída pelas entranhas da delegação cidadã, através da restrição de um direito fundamental ao se deixar que terceiros decidam por outros, ou pior, imaginar que diante da

<sup>12</sup> São aquelas palavras que correspondem a incitação à violência, saindo da mera expressão.

<sup>13</sup> Ponto de preocupação por parte do juiz Brandeis na Suprema Corte americana.

grandiosidade do Estado somente especialistas são os mais hábeis na tomada de decisões, quando na verdade são auxiliares.

Neste ponto, teceremos abordagem na especialização relacionada aos representantes, de forma a se verificar se a substituição consentida do indivíduo a um terceiro é favorável à liberdade de expressão nos termos das duas teorias estudadas. Assim, surgem as indagações: Quem seriam os melhores gestores? Quem seria mais apto a emitir uma opinião, ou realizar cobrança aos entes estatais, sendo como popularmente se diz: “nossa voz”? Pessoas escolhidas pura e simplesmente, ou pessoas com alta qualificação técnica (*experts*) para os ditames dos rumos de uma nação? Numa sociedade de informação, profissionais da imprensa, por sua vivência, qualificação e dinamismo, seriam os melhores representantes em divulgar fatos, e cobrar ações do governo? A interdisciplinaridade do direito auxiliara em se obter respostas, motivo pelo qual contaremos com o emprego de estudos relacionados à criminologia, ciência cuja metodologia permite aferir fatos empíricos com características que se assemelham a nossa proposição, qual seja a especialização como forma e aprimoramento (ou não) das ações humanas, cujo detalhe, porém mostra aspectos desviantes da conduta humana. Assim, tomaremos por empréstimo a contribuição de David Garland. Em sua obra *A cultura do controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea* de 2008, abordou a aplicação de metodologia para acompanhamento e direcionamento de ações voltadas ao controle da criminalidade nos E.U.A e Grã-Bretanha, observando duas fases bem distintas: uma com atos predeterminados e conduzidos por especialistas; outra relacionada as ações praticadas por políticos. A primeira fase compreendeu os períodos de 1890 até os anos 1970/1980, denominada previdenciarismo-penal<sup>14</sup>, engendrada por estudos e por especialistas. Diante do caráter técnico empregado, vozes dissonantes não possuíam aptidão para refutar um trabalho realizado de forma científica, a voz, a expressão do sistema era aquele decorrente de relatórios técnicos. A segunda fase, decorre justamente do experimento, apesar de toda a cientificidade, não mais prosperar na chamada era moderna, mostrando-se falho ao se constatarem altos índices de violência e a incapacidade de controle das ações criminosas. O governo/ a gestão por

---

<sup>14</sup> O previdenciarismo-penal traz as seguintes características: caráter correccional dos infratores, adotando práticas inclusivas desenvolvidas por técnicos, penas alternativas, acompanhamento familiar, liberdade condicional, estudos na figura dos criminosos e em especial daqueles denominados marginalizados em decorrência da evolução do capitalismo e a transição do *Welfare State* para o Estado moderno).

especialistas sucumbiu ante a força da liberdade de expressão, já que não se aceitava o chamado argumento da autoridade, e deu lugar a ações chamadas de retribucionistas<sup>15</sup>, decorrentes das manifestações populares (exercício coletivo da liberdade de expressão, que se dá nas formas de reunião e petição) exigindo postura incisiva frente ao crime. Disso, em apertada síntese, coloca-se em questão os méritos do trabalho executado pelos especialistas e os resultados, imaginando-se que a técnica não era válida e seus detratores tinham razão, e não foram ouvidos. Ou, se as críticas tivessem sido tomadas como forma de debate e entendidas como implementação de “uma verdade”, na forma do aprimoramento da democracia os resultados negativos poderiam ter sido evitados. Então, os especialistas seriam tão incapazes de governar, como os políticos? Nils Christie explica que na Noruega, no pós 2ª guerra mundial o centro da atenção não era o crime, sendo que os assuntos em geral eram tratados no parlamento:

A comissão de assuntos legais do Congresso norueguês teve o mesmo presidente por 20 anos. Ele não pertencia ao partido governista. Os motivos de sua longevidade no cargo eram de duas ordens: primeiro, as atividades da Comissão, naquela época, não eram consideradas parte importante da vida política; eram atividades técnicas, baseadas no conhecimento especializado. A presidência da comissão, naquela época, não era cargo de muita exposição.

(...)

Ele mantinha o crime fora da política e a política fora do crime. (CHRISTIE, 2017, p.65)

Com a passagem do tempo, o cargo passou a dar exposição, e a competição em gerir a presidência retirou o principal atributo que era a tecnicidade para a juridicidade, sendo que o crime passou ser o tema central, passando-se a ter os efeitos sociais negativos em decorrência de tal situação. Conclui-se, pelas duas obras que a especialidade não é o fator determinante e mesmo assim ações deletérias podem ocorrer independentemente do grau de especialização, sendo que um dos elementos a refutar a liberdade de expressão é o chamado argumento da autoridade, em que diante da especialização ignoram-se manifestações de terceiros por não possuírem o mesmo grau curricular que os *experts*, forma na qual condicionam-se os fatos e refuta-

---

<sup>15</sup> Os efeitos da criminologia não são objeto de presente estudo, mas de forma a não se deixar ao leitor a dúvida sobre os resultados e atos empregados esclarecemos que políticas retribucionistas são aquelas em que haveria uma ação de maior envergadura sobre a liberdade pessoal, tal como a execução de prisões preventivas, ou mesmo sua progressão; aumentos de penas para determinados delitos.

se a busca pela verdade restringindo-a à determinadas categorias. Outra situação envolvendo a expertise pode ser exemplificada para caso envolvendo a mídia como formadora da opinião pública. Em trabalho investigatório realizado por Gunter Wallraff que culminou com o livro *Fábrica de Mentiras*<sup>16</sup>, conforme descrito por Rodrigo Meyer Bornholdt, constatou-se que o que era publicado no jornal alemão *BildZeitung* passava pelo crivo do chefe de redação que determinava o que se podia pensar e escrever, sendo adotado uma linha sensacionalista, e segundo o jornal era focado nos problemas das pessoas comuns (como forma de adquirir a confiança). Todavia, como narrado por Bornholdt esta forma (sensacionalista), o abuso de poder e a pouca informação visavam produzir uma manipulação sensorial nos leitores (BORNHOLDT, 2010, p.126).

Um dos pontos neste trabalho versa sobre a análise das decisões do STF, buscando-se aferir um possível paradigma. Atinente à liberdade de expressão, constata-se que a Justiça tem atuado como agente mediadora. Mas o que tem haver a teoria consequencialista da liberdade de expressão e o Judiciário? Veremos a seguir.

O Poder Judiciário como ente especialista, garantidor da liberdade de expressão e capaz de ser um ente realizador das políticas sociais tem na chamada Justiça Dialógica, um papel de destaque através de Roberto Gargarella. Em seu artigo denominado *Justicia dialógica y derechos sociales*, aborda a questão da acessibilidade aos direitos sociais, os quais atualmente são os que mais demandam o Poder Judiciário em uma fase de reconhecimento e acatamento da impositividade dos mesmos em sede constitucional. Em seu texto, refuta eventuais contestações à ideia do Poder Judiciário ser uma parte realizadora dos direitos sociais, a começar pela chamada objeção democrática (baseada no antifederalismo norte-americano, sendo aquela em que o Judiciário ao se imiscuir em assuntos que tocam o orçamento público, não respeitaria a tripartição de poderes, com possível risco de abuso de poder, além de não possuir legitimidade para tanto, já que os magistrados não são eleitos pelo sufrágio popular) asseverando que a separação de poderes não é tão estrita, a ponto de cada poder funcionar de maneira tão estanque que sequer se relacionariam (GARGARELLA, 2013, p.112), o que confirmamos em termos de Brasil, já que a afirmação encontra guarida, ao menos, na escolha dos ministros do STF pelo

---

<sup>16</sup> Editora Globo.

Chefe do Executivo (art.101, parágrafo único, da CF), com aprovação pelo Congresso (art.52, III, a, da CF), e nos Estados Unidos da América, em que os promotores são eleitos com mandato, sujeitos à sanções e fiscalização pela ordem dos advogados daquele país. Vislumbra-se, sob sua ótica, que a mencionada separação e objeção democrática não se sustentariam. Cita a obra *O Federalista* e explica que Madison concebeu a separação dos poderes com um sistema de “freios e contrapesos” em que cada ramo de poder teria poder suficiente para interferir nos demais segundo os preceitos constitucionais, assim, seriam afastados os argumentos de invasão e usurpação de funções. No que tange à legitimidade, reconhece que em tese seria inaceitável a intrusão de juízes nos sistemas orçamentários, pois em sendo um sistema jurídico construído de forma que os atos de distribuição (tributária e financeira) seja elaborado por um poder eleito (executivo) e discutidos e remanejados por representantes sufragados pelo voto, na forma bicameral (povo, e entes da federação) o ato judicial que atingisse tal resultado seria carecedor de legitimidade (GARGARELLA, 2013, pp.113/114). A esse argumento trazido pelo autor somam-se a questão da falta de expertise no trato desse aspecto, além do impacto que uma decisão implica em face de terceiros que não integram uma ação judicial, mas que podem sofrer restrição em decorrência de remanejamento orçamentário. Aqui, ele obtempera ao mencionar que a feitura do orçamento se dá com a intervenção de um corpo de técnicos (composto de advogados, economistas, contadores) que não foram eleitos e ninguém se opõe a tal situação ou intervenção, ainda que o que prepondere seja a palavra dos legisladores eleitos. Afirma que a resistência à atividade judicial se relaciona com visões não plausíveis de democracia (GARGARELLA, 2013, pp.114/117). Como trata de efeitos relacionados aos E.U.A., onde não se tem uma Constituição escrita nos moldes das latino-americanas, com catálogos de direitos, sustenta sua posição através da democracia deliberativa, em que as decisões públicas se justificam por sua imparcialidade e que tal imparcialidade se dê através do diálogo entre os afetados pelos casos, não sendo dependente, necessariamente do voto, mas da construção coletiva (GARGARELLA, 2013, p.122). Visando tal imparcialidade, entende que a separação de poderes seja feita na forma em que haja relacionamento entre os entes e que atuam em forma de auxílio mútuo, com trocas de informações e correções, superando o viés defensivo, ou isolamento das demais, bem como efetue-se uma interpretação constitucional desvinculada de expertos em

hermenêutica, sendo “una tarea colectiva que involucra a toda la comunidad, y en la que todos los ciudadanos están llamados a intervenir, desde lugares de legitimidad distinta y, por tanto, dotados de responsabilidades también diferentes” (GARGARELLA, 2013, p. 121). O principal registro se refere a que o Poder Judiciário, ciente de sua credencial democrática débil, abstenha-se de arrogar-se como detentor da última palavra, ou tomar o lugar dos legisladores, tal como assentado pelos críticos de tal intervenção como Mark Tushnet e Jeremy Waldron (GARGARELLA, 2013, pp.114/117). Feitas tais considerações, ele entende que com os meios sugeridos, seja possível evitar as linhas de ação em geral, tais como a da imposição, autoridade e vontade sobre os demais órgãos; silêncio cúmplice, na forma de omissão, acatando violações ou mesmo as fazendo sob a roupagem do poder judicial (GARGARELLA, 2013, p.123). Um dos pontos levantados seria o controle judicial do caráter inclusivo do processo de criação legislativa em que haveria a necessidade de participação e discussão com todos os sujeitos potencialmente afetados por uma norma, realizando então uma verdadeira democracia deliberativa, estando limitada no que tange a uma autorrestrição frente ao legislativo atinente aos aspectos substantivos das normas engendradas. Defende que os juízes devem:

(...) estar preparados para desafiar aquellas normas que aparezcan como el mero producto de presiones de grupos de interés, o que hayan sido aprobadas de modos no transparentes, privando a la ciudadanía del conocimiento de las razones em las que ellas están fundadas. (GARGARELLA, 2013, pp.124/125)

Assentadas estas premissas, afirma a necessidade da construção de uma decisão judicial construída dialogicamente, com atenção aos diferentes pontos de vista – através de audiências públicas – auxiliando o poder público na tomada de decisão, ouvindo as partes envolvidas e argumentando de modo a persuadir após sopesados os conhecimentos obtidos. Assevera que tal processo se afigura melhor nos casos em que as partes envolvidas não sejam equivalentes (tais como grandes organizações frente a particulares ou grupos sociais). Aliado a tudo isso, que a decisão seja construída com os outros poderes, podendo se dar na forma de cooperação e que sobrevivendo de forma incompleta de modo a convidar o legislativo a dar seus contornos, ou mesmo intervenções incisivas o auxiliando na redação de normas questionadas. Aduz que todas as formas tomadas devem ser flexíveis ou que seja a autoridade judiciária a “última voz”, sendo esta forma de ativismo judicial uma forma

condicionada aos preceitos mencionados (GARGARELLA, 2013, p.126/127). Portanto, Gargarella apregoa uma justiça capaz de assumir a responsabilidade pela tarefa de atendimento aos direitos considerados mais caros ao cidadão, sem que houvesse o desrespeito aos poderes constituídos, havendo maior comprometimento. Sua ideia parte da premissa de que o exercício da Justiça se tornaria mais efetivo e democrático com maior participação do Poder Judiciário nas atividades cotidianas, sejam na execução, seja na formulação de políticas públicas. O caráter dialógico resulta do exercício da liberdade de expressão, cuja premissa se relaciona com a teoria deontológica. Trazidos os argumentos favoráveis “ao diálogo” o qual com efeito é o melhor remédio, não se pode confundir o exercício da democracia com maior ingerência de um Poder sobre os outros. Principalmente um Poder em que cada integrante é um órgão, gozando de prerrogativas que lhe asseguram independência que não assiste aos demais, em especial ao Executivo. Por outro lado, a realização de políticas sociais pelo Judiciário é uma via transversa daquela normal de modo a aprofundar a inércia ainda mais da ação estatal por abordar uma temática que não lhe é afeta. A gestão pública passa a ser uma gestão de urgência, urgência no atendimento à ordem judicial, urgência na realocação de recursos não previstos na lei orçamentária. Outro elemento dificultador decorre da legislação e estrutura do Poder Judiciário no Brasil, em que o próprio direito processual civil permite a pulverização de ações sobre o mesmo tema, o que pode impedir uma elaboração de política uniforme e universal, além de permitir que a qualquer grupo de interesse tenha a possibilidade de interferir nos processos de escolha das atividades primordiais, dentre aquelas essenciais, além do caráter subjetivo e único, ou isolado territorialmente, de juízes espalhados em toda a Federação. Segundo, por ampliar a reserva de jurisdição ao que chamo de “reserva de poder”<sup>17</sup>, incluindo um Poder estranho as tarefas que não lhe são afetas e que também se encontra prejudicado por rituais e formas excessivas que afastam cada vez mais a importância do conteúdo e por sua vez, podem ser mais fontes de injustiça. O caráter dialógico não decorre de protagonismo judicial, mas de seu caráter auxiliar. Ao contrário da liberdade de expressão restar fortalecida pelo “diálogo”, restaria mais ameaçada pois estaria sujeita a apreciações que transcenderiam a esfera de defesa de direitos individuais e coletiva, por um órgão técnico, o qual possui seus agentes, repito, ungidos de vitaliciedade, e que

---

<sup>17</sup> Entendo como “reserva de Poder” o espaço, a competência, para atuação de um ente público.

interfeririam nas esferas de gestão dos demais. Alie-se a isto que o Poder Judiciário também é um órgão de controle, e seus mecanismos de depuração são muito mais restritos que os dos demais poderes. Feitas estas observações, e diante de uma legislação definindo os contornos da liberdade de expressão, sejam nos aspectos positivos ou negativos, trazemos como exemplo o ocorrido em 2016 no Estado do Paraná, quando a imprensa após obter dados salariais públicos dos portais da transparência do Poder Judiciário e Ministério Público estadual os publicizou, vindo a sofrer uma onda de ações judiciais fundadas em possível dano moral decorrente de ofensa à honra, conforme se observa na reportagem de 07 de junho de 2016 abaixo:

Juízes e promotores entram com mais de 30 ações contra jornalistas no Paraná

Magistrados pedem indenizações por danos morais por reportagem sobre supersalários publicada no jornal Gazeta do Povo

Juízes e promotores entraram com 36 ações em pelo menos 15 cidades no Paraná contra jornalistas da Gazeta do Povo. Os magistrados pedem indenizações por danos morais por uma reportagem sobre supersalários publicada em fevereiro deste ano no jornal.

As ações somam R\$ 1,3 milhão em pedidos de indenizações. Como os processos estão espalhados em diferentes municípios, cinco jornalistas que produziram o conteúdo têm sido obrigados a viajarem dias seguidos pelo Estado. Na segunda-feira, o repórter Francisco de Souza, um dos processados, publicou um desabafo no Facebook e disse que o grupo está sendo alvo de uma perseguição e opressão por parte do Judiciário.

A Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) publicou uma nota na qual repudia o que considera uma "retaliação" de juízes e promotores ao jornal e a cinco de seus profissionais.

Já a Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar) nega e alega que eles exercem o seu direito. A entidade disse que a Gazeta do Povo prestou um "desserviço" e que os pagamentos estavam dentro da lei. Os magistrados dizem que se sentiram "ridicularizados" pelo jornal.

Uma das reportagens revelou que, em média, cada promotor e procurador do Paraná recebeu R\$ 101 mil em janeiro – valor bem acima do salário-base de um procurador, que é de R\$ 30,4 mil.

Confira a nota emitida pelo jornal Gazeta do Povo sobre o caso:

"Nunca a liberdade de imprensa esteve tão ameaçada desde a redemocratização do Brasil. Magistrados e membros do Ministério Público espalhados pelo Paraná se orquestraram, movendo ações indenizatórias contra a Gazeta do Povo e contra cinco jornalistas, autores de reportagens publicadas nos dias 15, 16 e 17 de fevereiro de 2016.

As matérias jornalísticas abordaram o conceito de "teto constitucional" e remuneração que ultrapassa o teto, ainda que dentro da legalidade. Todas as informações da matéria a respeito do salário da magistratura e ministério público são públicas e estão no Portal da Transparência.

As ações indenizatórias foram ajuizadas mesmo depois de a Gazeta do Povo ter feito esclarecimentos em seu editorial e publicado o direito de resposta solicitado pela Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar) e Associação Paranaense do Ministério Público (APMP).

Entendemos que essa pulverização de demandas nos juizados especiais é utilizada como um mecanismo de intimidação dos meios de comunicação, seja pelo impedimento do trabalho dos jornalistas, seja pelo alto valor financeiro das condenações devido ao volume de processos, o que poderia inviabilizar financeiramente a atividade jornalística.

Nossos jornalistas estão sendo obrigados a deixar a redação para comparecer a todas as audiências pessoalmente, sob pena de serem condenados à revelia. Esse impedimento é comprovado com audiências marcadas para datas próximas ou mesmo coincidentes em locais distantes dentro do Estado.

Como ações foram adiadas em função de alguns juizes paranaenses se declararem impedidos de julgar o caso, entramos com pedido no Supremo Tribunal Federal (STF) para que o caso seja julgado em Brasília. Entretanto, a ministra Rosa Weber rejeitou o andamento da reclamação da Gazeta perante o STF, determinando, portanto que as ações sejam julgadas pela Justiça do Paraná.

Baseado no artigo 102, I, "n" da Constituição Federal, a defesa do jornal e dos jornalistas entende que a competência para julgar as ações é do STF, pois os juizes e os promotores paranaenses são parte interessada na ação.

Vale ressaltar que o conteúdo veiculado pelo jornal refletiu apenas o exercício adequado da liberdade de imprensa, que não gera qualquer ilícito capaz de resultar em indenização. Diante disso, entidades como a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) nos apoiam, estão em defesa da Gazeta do Povo e de seus jornalistas ao entenderem que o estado do Paraná está sendo palco do mais duro ataque à liberdade de imprensa." (ZERO HORA, 2016)<sup>18</sup>

Tecendo-se considerações baseadas exclusivamente nesta reportagem, temos uma amostra do risco em ampliar as esferas de atuação de cada Poder, estando em cheque o próprio exercício da democracia do direito à informação, da liberdade de imprensa, afetados justamente por aqueles que são os guardiões/fiscais da lei e seus princípios. Um dano pessoal que não atingiu nenhum servidor público do executivo que possuíam seus nomes, salários, gratificações e até mesmo descontos expostos a qualquer um pela rede mundial. Portanto, a especialização não significa maior ou melhor qualidade da democracia, ou comportamento democrático. O conhecimento jurídico é mais uma expertise que complementa o conjunto de ações de um Estado.

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2016/06/juizes-e-promotores-entram-com-mais-de-30-aco-es-contr-a-jornalistas-no-parana-5876841.html>> Acesso em 27.07.18

Governar não é uma ciência como a Física, a Química ou, como em certos aspectos, a Medicina. Essa é uma verdade por diversas razões.

(...)

Julgamentos sobre negociações entre objetivos diferentes não são científicos. As comprovações empíricas são importantes e necessárias, jamais suficientes. Ao decidir quanto se deve sacrificar para a obtenção de um fim, um bem ou um objetivo de modo a atingir certa medida de outro, necessariamente ultrapassamos qualquer coisa que o conhecimento rigorosamente científico possa proporcionar.

(...)

Os especialistas podem estar capacitados para agir como representantes seus, o que não significa que estejam capacitados para servir de governantes para você. (DAHL, 2016, pp.85/86).

Desta maneira, a especialização (ou para aqueles que entendem que o caso se trata da transcendência dos poderes de julgar para o poder de executar) pode afetar o fundamento consequencialista de que a liberdade de expressão é uma forma de controle e fiscalização do Estado. Este último exemplo, trazido com maior amplitude demonstra que as esferas de Poder que de uma forma ou de outra trabalham com os direitos fundamentais, podem exceder seu âmbito de atuação em plena democracia e nenhum deles que compõe esta República está blindado no uso inadequado de suas atribuições, sendo que o Judiciário também é o Estado, e através de seus agentes atuou para coibir o direito fundamental da liberdade de expressão, utilizando-se de outros princípios, como os da inafastabilidade e da acessibilidade ao Judiciário, utilizando-se do direito formal como via oblíqua para restringi-la. Ao final restaria uma indagação: "Onde começa e onde termina a discricionariedade do legislador? Onde começa e onde termina a competência do juiz constitucional?" (COSTA NETO, 2017, p.26).

#### 4. Liberdade de expressão na visão do STF

Anteriormente vimos as teorias que fundamentam a liberdade de expressão, deontológica e consequencialista, concluindo-se que o princípio tramita em ambas, justamente por sua natureza de direito multifacetado. A liberdade de expressão como forma de auto realização, inclusão, também é uma forma de singularizar a pessoa na sociedade, permitindo sua participação em debates, de discussões, informações, reuniões, exposição. Uma forma de extravasar sentimento, cultura, lazer, todos vocacionados para consolidação da democracia. Também, uma forma de controle, porém, por parte da sociedade, permitindo o monitoramento e fiscalização do poder público. Verificou-se que a democracia representativa é uma forma de se propagar a expressão através de pessoas escolhidas e delegadas a representar os indivíduos, seja no aspecto político, comunitário, e também o inverso, em que a indiferença da representação pode implicar na subtração natural do espaço reservado para expressão. Uma sociedade que explora múltiplas plataformas comunicativas, que vão desde os meios tradicionais, como livros, jornais, revistas, radiofonia, para uma sociedade conectada no espaço virtual da rede mundial, onde sob anonimato o discurso desborda para aspectos primitivos por vezes ofensivos à própria humanidade. Além da representatividade, analisou-se os aspectos da substituição, ou melhor dizendo, o exercício das atividades representativas por especialistas como forma de se alcançar resultados proveitosos para a sociedade em uma democracia, concluindo-se que a representação por *experts*, ou mesmo a gestão, controle, fiscalização pelos mesmos não se mostra como forma segura na proteção do direito fundamental. Não obstante, há que se apreciar a forma em que a liberdade de expressão tem sido conduzida pelo guardião máximo da Constituição. É notório que o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na consolidação da democracia brasileira tem se mostrado cada vez mais incisivo. As alterações de sua composição ao largo da vigência da Constituição Federal de 1988 também são refletidas na maneira com que aquele órgão se dirige ao mundo. De um tribunal outrora tomado pela discricção, atualmente utiliza-se de diversos meios de divulgação, com a exposição pública de seus julgados através das mídias sociais, tornando acessíveis a todos as visões de seus integrantes e aproximando o julgador de seu

cidadão. Tal aproximação permite seja vislumbrada a técnica adotada pelo modelo brasileiro de julgamento colegiado, onde há uma profusão de ideias e conceitos, não infensa a críticas, de uma modalidade onde vigora um modelo misto – de redação prévia dos votos, com eventuais debates e esclarecimentos – que podem levar até mesmo à confusão e, por vezes, denotar até mesmo um distanciamento do objeto julgado, gerando críticas no que tange a real intenção do julgador ao emitir sua decisão, o que provoca, por vezes insegurança jurídica. Apesar do aspecto negativo, inegável é a vantagem em se perceber a dimensão dos entendimentos e fundamentos, além da publicização, já que o direito de ser informado também é uma faceta da liberdade de expressão.

Outro ponto de destaque refere-se ao conteúdo das decisões de cada ministro, observando-se em muitos casos a construção de entendimentos calcados pelo ineditismo, de modo a levar ao seu leitor a se perguntar se o Supremo não se tornou um legislador positivo (criador de leis em substituição ao Poder Legislativo), ou como modernamente se menciona, praticou, ou não, o ativismo judicial. O trato da liberdade de expressão foi uma temática que ensejou uma construção jurídica embasada em alguns casos emblemáticos cuja síntese expomos nos acórdãos imputados como paradigmas.

Com base cronológica temos as seguintes decisões:

- a) HC nº 82.424/03-STF – conhecido como caso Ellwanger;
- b) ADPF 187/09-STF - marcha da maconha;
- c) ADPF nº 130/09-STF – apreciação sobre a recepção da Lei de Imprensa;
- d) ADIN nº. 4.815/15-STF – sobre as biografias não autorizadas.

4.a. HC nº 82.424/03-STF. Esta decisão também é conhecida como caso Ellwanger. O processo se refere ao cometimento de crime de racismo por parte de Sigfried Ellwanger responsável por editora de livros que tinha como temática o questionamento sobre se efetivamente houve ou não o holocausto judeu. Abstraindo-se da produção “literária” ou de manifestação de cunho científico, ou mesmo de irresignação quanto aspectos históricos envolvendo o nazismo, apontou-se que o conteúdo das obras por ele escritas ou publicadas era eivado de racismo com discurso de propagação ao ódio. As manifestações dos ministros foram extensas,

compreendendo diversas posições. Foi avaliado o discurso empregado nos textos publicados e deles vislumbraram o ilícito criminal na forma do art.5º, XLII da CF/88 ao se conceituar o entendimento de raça. Neste caso, apontou-se que a liberdade de expressão enquanto liberdade pública não é um direito incondicional e deve estar em harmonia com os demais, em especial a dignidade da pessoa humana. Também, mencionou-se sua característica instrumental para a democracia e soberania popular, porém não de caráter irrestrito. Antes de trazermos excertos dos votos proferidos, cabe-nos observar que as decisões tiveram como base julgados alienígenas e os critérios de ponderação baseados na teoria dos princípios de Robert Alexy. Digno de destaque é que as posições embasadas nas mesmas teorias e precedentes judiciais, tiveram conclusões diametralmente opostas, em especial nos votos vencidos dos ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto, os quais assentaram que da leitura do conteúdo das publicações não vislumbraram uma prática racista, qualificando o teor das publicações como toscas e desprovidas de lastro e a impossibilidade, ou possibilidade remota, de que os textos pudessem influenciar aos leitores a praticarem atos hostis aos judeus. Iniciaremos com a posição do ministro relator Maurício Correa que afirmou que apesar de não ser objeto do habeas, a liberdade de expressão não é incondicional e deve ser exercida de acordo como os limites da própria Constituição, não servindo um direito individual de salvaguarda para práticas ilícitas. Já o ministro Celso de Mello afirmou não haver proteção à liberdade de expressão para os casos de discurso de ódio, já que, no caso, extravasaram os limites da cientificidade e da pesquisa histórica (BRASIL, 2003, p.627). Na ementa, item 14 a síntese de sua posição:

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados, os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o < direito a incitação ao racismo >, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (BRASIL, 2003, p.526)

O ministro Carlos Ayres Britto, trabalhou com a posição de que a liberdade de expressão é absoluta e “que a premissa da constituição é de que a liberdade de expressão não pode ser coibida pela possibilidade de agravo ou abuso, por ser uma liberdade absoluta, uma liberdade que possui duas tipologias: liberdade de manifestação do pensamento e a “liberdade de ação no quadripartite domínio

intelectual, científico, artístico e de comunicação”(BRASIL, 2003, p. 808) para depois concluir que a abusividade é aferida caso a caso e que não poderia haver vedação prévia ao exercício, já que:

Os dois momentos de licitude são estes: a) o primeiro sujeito de direito não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento ou, ainda, de desempenhar ou tornar a desempenhar aquelas outras quatro atividades ( a literária, a científica, a artística e a de comunicação); b) correlatamente, o segundo sujeito de direito também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo sujeito de direito) autonomia da vontade. (BRASIL, STF, 2003, pp.810/811)

Assim, o que haveria, seria uma postura reativa quando da transcendência de um direito para um ilícito. Narra que em decorrência do texto constitucional, a crença religiosa, a convicção política e a convicção filosófica são elementos excludentes da abusividade, tais como as manifestações artísticas, culturais literárias e de comunicação e, que até mesmo a ideológica (convicção política), encontra guarida da Lei de Imprensa, art.27, (hoje entendida como não recepcionada, conforme veremos quando da análise da ADPF 130/09) e na Lei de Segurança Nacional (art.22, §3º). (BRASIL, STF, 2003, p. 812). O ministro Marco Aurélio de Mello, por sua vez, traça a relação entre a democracia e o pluralismo político, cujo contexto “o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, (...). (BRASIL, STF, 2003, p.872). Cita Ernst-Wolfgang Böckenförde no atinente a promoção da autonomia individual e a formação do ambiente de participação democrática pluralista através dos direitos de comunicação, dando o caráter instrumental para preservação da soberania popular. (BRASIL, 2003, p.873). Discorreu sobre decisões norte-americanas sobre o livre intercâmbio de ideias com base no juiz William Brennan (caso *New York Times vs. Sullivan*). Aduz que com a formação de uma comunidade livre de censura viabiliza-se a crítica, mesmo contundente de forma a provocar mudança nos rumos políticos do país e até mesmo no controle econômico de modo a evitar o abuso e venda de uma ideologia. Cita também a acomodação de interesses por meio de debate público de temas controversos, criação de livre mercado de ideias como meio de formar uma opinião mais abalizada, exercício da tolerância, proteção e garantia da autonomia

individual. (BRASIL, 2003, p.878). Especial destaque refere-se a admissão de que a única restrição possível seria quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira pela qual se dá a propagação do pensamento. Não houve maior digressão quanto a este ponto, mas acredita-se que se refira quanto aos meios de difusão de massa, a qual encontra previsão de limites de forma expressa a partir do art.220 da CF/88. Destaca o ministro que não pode a liberdade de expressão ser um direito absoluto vedando-se o emprego de violência, arbitrariedade ou mesmo agressividade da manifestação, fisicamente contundentes ou exponha as pessoas à situações de risco (aparentando neste caso adotar o conceito de *fighting words* do direito americano). (BRASIL, 2003, p.883/884). Em termos contundentes ou incisivos, ao tratar de simbolismo, aponta que a decisão do STF em entender que houve manifestação racista por parte de Ellwanger redundaria em uma jurisprudência simbólica de imagem politicamente correta perante à sociedade, com inversão de valores face a desproporcionalidade entre o gravame imposto ao autor e a lesão criminosa. (BRASIL, 2003, p.911). Durante o voto, o ministro fala em buscar uma regra geral para aferir se houve abuso na liberdade de expressão, para depois remeter ao emprego da proporcionalidade para trabalhar em sua proposição. Ressalte-se que a decisão é focada no racismo e definição de raça, mas pode-se perceber que houve a adoção dos fundamentos deontológicos e consequencialistas da liberdade de expressão, e o emprego de algumas bases teóricas norte-americanas, como a teoria das *fighting words*, *market of ideas*. Destacamos a menção ao abuso da liberdade de expressão, além de excludentes de abusividade como nos casos de manifestações artísticas, culturais literárias (apesar da discussão neste julgamento ser a respeito da obra literária!), entre outras.

4.b. ADPF187/DF. A ação tratou de temática relacionada à marcha da maconha, remetendo ao exercício da liberdade de expressão em múltiplas formas, seja pelo teor das manifestações, seja pelo direito de reunião, onde se buscou interpretação conforme à constituição de norma de direito penal – art.287 do CP – a qual estaria sendo aplicada em desacordo com a liberdade de expressão, já que haveria a imputação de um crime, através de apologia de outro fato criminoso. A importância deste acórdão revela-se não só pela abordagem sobre as drogas, mas também pelos direitos correlatos à expressão e pela discussão acerca da interpretação das normas. Pelo Ministério Público Federal, proponente da ação, o fato

de um texto ser claro conduziria erroneamente à hegemonia de sentido, impedindo-se a fluidez do mesmo, de modo que a interpretação poderia ser conduzida em outro sentido (inexistência de crime), o que motivou a ação judicial de modo a se unificar o entendimento em território nacional (BRASIL, 2011, p.12). De relatoria do Ministro Celso de Mello, é ressaltado a exigência democrática pela diversidade de opiniões, assim como o direito de externar livremente as posições frente à vontade de grupos majoritários, sendo que a CF/88 seria estatuída de direitos fundamentais de caráter nitidamente contramajoritário (BRASIL, 2011, p.90). Assentou que a postulação na ação evidenciava a conexão entre um direito meio (reunião) com um direito fim (expressão do pensamento). Mencionou o *caso Schenk vs. United States* (249 U.S. 47, 52) quanto ao caráter relativo da liberdade com limitação em casos de perigo evidente e atual (*clear and present danger*), em especial para as situações de discursos de ódio, assim como previsão no próprio Pacto de San José da Costa Rica em seu art.13, §5º com a excludente de proteção à liberdade de pensamento. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, menciona a irrestringibilidade pelo Pacto de San José da Costa Rica, ressaltando, com base em Cass Sunstein que o que se visa proibir é o Estado em praticar interferências quanto aos pontos de vista, e menciona os autores John E. Nowak e Ronald R. Rotunda que sintetizam a questão da busca da verdade, o mercado de ideias, baseado no voto do juiz Oliver Holmes (caso Abrams), e como forma de realização pessoal (BRASIL, 2011, p.143). Sustenta que haveria uma preeminência axiológica (*preferred position*) da liberdade de expressão embasando-se em obras de Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet, Edilson Pereira Farias. O ministro Cesar Peluzo, por sua vez, afirmou que a liberdade de expressão possui duas dimensões, uma referindo-se à dignidade da pessoa humana que poderia ser mutilada; a segunda seria o aprimoramento da democracia através do mercado de ideias (*market of ideas*), que é o fundamento do pluralismo ideológico (vemos aqui os fundamentos deontológico e consequencialista). Afirmou que é possível a limitação nos casos em que possa haver ruptura da ordem pública, decorrente de desordem social ou violação de direitos alheios. Só poderia haver a proibição em casos de ações ilegais iminentes, citando o caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969), com capacidade ou potencialidade de quebra da paz social, afora isto “o governo não pode proibir expressões, verbais ou não verbais, apenas porque a sociedade as repute desagradáveis, ofensivas e, acrescento eu, incompatíveis com o pensamento coletivo

dominante”. (BRASIL, STF, 2011, p.196). Arrematou que o Estado deve tomar cautelas para prevenir abusos e a prática de crimes nas manifestações (cita por exemplo o tráfico de drogas). Nesta decisão o Ministro Marco Aurélio de Mello cita avanços e retrocessos na jurisprudência do STF quanto ao proselitismo (referindo à vedação existente na legislação regulatória de rádios comunitárias e que ainda estava em discussão). Destaca-se neste acórdão a menção ao *clear and present danger* e o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº678/92), em seu art.13<sup>19</sup>. O referido Pacto traz em seu bojo definição da forma pela qual a expressão deve receber a tutela estatal, vedando censura prévia (exceção dos casos relacionados à menores) e atribuindo à lei a responsabilidade posterior. Neste caso, pode-se vislumbrar simetria com as afirmações do ministro Carlos Ayres Britto por ocasião ao acórdão do HC nº 82.424/03. Há que se registrar a posição jurídica do decreto que internalizou o Pacto, e sua força de emenda constitucional, pois sua posição perante as normas brasileiras interfere diretamente nos parâmetros atinentes à limitação da liberdade de expressão.

4.c. ADPF nº 130/09-STF. O objeto de apreciação nesta ação foi a liberdade de imprensa e a liberdade de informação, sendo que a liberdade de expressão por se tratar do princípio mãe foi também analisada, conforme veremos. A ação discutia a respeito da recepção pela CF/88 da Lei de Imprensa nº5.260 de 1967, sendo que o acórdão traz uma riqueza de detalhes esparsos, cingindo-se às liberdades comunicativas de massa. Da análise dos votos percebe-se que por vezes os ministros

---

<sup>19</sup> Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

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

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

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

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

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

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

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) . Acesso em: 10.02.2019.

perdiam-se em relação ao objeto e mesmo quanto à decisão, já que para uns, parte dos artigos da lei de imprensa não seriam recepcionados, outros teriam leitura conforme a constituição, de forma que ao final, de forma a evitar discussões maiores, dado o lapso de julgamento decidiu-se pela não recepção em completo da norma, sendo que a partir de então constitui-se um vácuo na temática. Começamos nossa síntese com o Ministro Carlos Ayres Britto, relator do acórdão, ao tratar da liberdade de expressão refletida pelo meio informação, os dados emitidos e recebidos pelo exercício desse direito são uma forma de acompanhamento do Poder e, portanto, uma forma de controle. Como exemplo, cita o próprio STF pela sua rádio e TV Justiça, como meios de dar publicidade, o que somente é possível nas democracias a demonstrar a relação umbilical entre ambos, de forma a se dar “valor social da visibilidade”, o que definiu como “nova categoria de direito individual e coletivo ao real conhecimento dos fatos e suas circunstâncias” (BRASIL, 2009, p.36). Prosseguiu o Ministro Carlos Ayres Britto na defesa da plenitude da manifestação do pensamento, dando-lhe primazia em face de outras categorias, tais como intimidade, vida privada e honra, assegurando-lhes apenas a reparação proporcional no âmbito civil e criticando a responsabilidade penal do autor do ilícito. Afirma que a liberdade de expressão e pensamento gozam de uma posição preferencial em face de outros direitos fundamentais:

(...), porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta. Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra"; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, *preferem* à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. (BRASIL, 2009, p.61)

Ao final de seu voto, afirma as normas da liberdade de expressão relacionadas ao art.220 da CF/88 são normas irregulamentáveis, não podendo haver codificação a respeito. (BRASIL, 2009, p.66/67). A decisão do relator prevaleceu, porém, os argumentos não foram seguidos na sua inteireza. Com voto divergente, o Ministro Gilmar Mendes ponderou alguns detalhes relacionados à lei de imprensa e a própria liberdade de expressão. Assim, numa situação excepcional à interpretação empregada pontuou que “Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz ou Tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério,

grave”. (BRASIL, 2009, p.82). Ao explicar seu voto, explicou que nos Estados Unidos da América existem dois modelos interpretativos da 1ª emenda. O primeiro modelo trata da importância da liberdade de expressão no chamado “mercado de ideias” (atribuindo o uso do termo ao juiz Oliver W. Holmes) e a segundo modelo de concepção cívica ou republicana, ressaltando a importância da deliberação pública e democrática embasada no voto do juiz Louis D. Brandeis. Menciona que na Alemanha, com a decisão no caso Luth, deu-se o conceito de dupla dimensão aos direitos fundamentais “ênfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa”, para após mencionar Alexander Meiklejohn de que a liberdade de expressão é uma forma de garantir a discussão pública e o autogoverno popular. (BRASIL, 2009, p.211). Concluiu ao sustentar de a liberdade de expressão não é um direito absoluto, havendo com a própria Constituição uma “reserva legal qualificada”, na qual poderia haver regulação legislativa. (BRASIL, 2009, p.228). O ministro Marco Aurélio, por sua vez, pontuou que é possível a limitação à liberdade de expressão por não haver direitos absolutos, em especial naqueles casos em que o congresso nacional tenha tipificado, respeitando os termos estabelecidos na Constituição. Embasou seu entendimento em julgado americano (*Virgínia vs. Black et al., 2003*) em que não seria incompatível com a primeira emenda a lei penal punitiva penalizando o ato de queimar uma cruz, pois o ato representa uma forma de intimidação atrelada ao discurso de ódio, portanto uma forma de ameaça, sendo que apesar da prevalência da liberdade de expressão (*preferred position*), a proteção constitucional não é absoluta. (BRASIL, pp.161/162). A partir dessa decisão normas que regulamentavam a atuação da imprensa e casos de abuso deixaram de existir, deixando-se ao Poder Judiciário a avaliação dessas situações.

4.d. ADIN 4815/15-STF. Tratando das relações privadas, o Supremo foi chamado a intervir nos casos relacionados à publicação de biografias não autorizadas, tendo em conta a redação dos arts.20 e 21 do Novo Código Civil de 2003. Ocorre que o art.20 do Código Civil<sup>20</sup> seria norma produzida pós 1988, e teria o caráter preventivo

---

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

quanto ao uso da liberdade de expressão, trazendo vários elementos de limitação ao exercício, atribuindo-se tal poder a entes privados (conforme o termo: autorizadas), ao próprio Poder Judiciário (conforme o termo: administração da justiça), e ao Poder Público (conforme o termo: manutenção da ordem pública). Ao final decidiu-se pela inconstitucionalidade, de acordo com a posições que ora narraremos. A relatora foi a Ministra Carmen Lúcia a qual citou J. J. Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado responsáveis por cotejar a Constituição e o Código Civil, onde estes autores lembram que a liberdade de expressão é multifuncional e se desdobra em um *cluster* de direitos comunicativos (BRASIL, 2015, p.38). Colaciona excerto de obra de Ingo Sarlet em que este defende a posição preferencial da liberdade de expressão, consagrada quando do julgamento da ADPF 130, e adotada de maneira tímida. Ao tratar da censura diz que a liberdade de expressão e divulgação do pensamento põe-se em norma jurídica como dever estatal com proibição de restrição ao seu exercício (seja através de censura legislativa, administrativa, judicial [referência aos termos que mencionamos acima), devendo ser assegurada também contra ação de particulares [efeitos irradiantes horizontais dos direitos fundamentais]. Ao tratar de forma implícitas de censura, menciona que o “politicamente correto” também está se constituindo um meio de tolher ou esvaziar a liberdade de expressão, com a introdução do medo da não aceitação em um grupo social, atingindo a sua dignidade. (BRASIL, 2015, p.56), arrematou ao afirmar:

O sistema constitucional brasileiro traz, em norma taxativa, a proibição de qualquer censura, valendo a vedação ao Estado e a particulares. Assentou-se a horizontalidade da principiologia constitucional, aplicável a entes estatais ou a particulares, ou seja, os princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais não obrigam apenas os entes e órgãos estatais, mas também são de acatamento impositivo e insuperável de todos os cidadãos em relação aos demais. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado nem pelo vizinho, salvo nos limites impostos pela legislação legítima para garantir a igual liberdade do outro, não a ablação desse direito para superposição do direito de um sobre o outro. (BRASIL, 2015, p.64).

O ministro Luís Roberto Barroso assentou que dado o histórico sofrido da liberdade de expressão no país, ela deve ser afirmada e reafirmada, bem como deve ser tratada como uma liberdade preferencial. (BRASIL, 2015, p.146) para logo explicar

---

a fins comerciais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em 03.02.2019.

as consequências de tal entendimento: primeiramente, teria a liberdade de expressão primazia em face de outro direito fundamental; em segundo lugar, a necessidade de forte suspeição e o escrutínio rigoroso as manifestações de cerceamento da liberdade de expressão, seja legal, administrativa. (BRASIL, 2015, p.146). Por derradeiro a proibição de censura prévia ou de licença, preferindo-se os mecanismos de reparação posterior, retratação, retificação, direito de resposta, indenização e responsabilização penal. (BRASIL, 2015, p.148). Reconheceu o papel da liberdade de expressão como preferencial, mas não absoluto, não sendo uma garantia de verdade ou de justiça, mas de democracia, sendo que no que tange aos ocupantes de cargo público sujeita-se a inúmeras formas de crítica, sendo “o preço da exposição de quem escolheu ganhar a vida exibindo-se – no bom sentido – para a plateia”. (BRASIL, 2015, p.150). Dessa decisão, depreende-se o trato dos conceitos de liberdade de expressão, da liberdade de informação, do direito à privacidade e da intimidade, prevalecendo para o caso o interesse coletivo frente ao individual. As decisões anteriores, como paradigmas assentam a adoção da *preferred position* da liberdade expressão. Esta decisão revela sua importância pelo estudo da censura, suas formas explícitas e implícitas. No que tange as restrições, assentou-se a admissão seguindo os preceitos admitidos na Constituição, sendo enfrentadas normas fixadoras de ilicitude civil, formando-se um novo esteio de condução de entendimento, já que as decisões anteriores foram tomadas em face de normas criminalizadoras.

Nesse conjunto de decisões observamos a repetição de teorias, em alguns casos ampliando seu conteúdo doutrinário, a citação de preceitos vinculados ao sistema americano, os elementos conceituais de democracia e seu fortalecimento. Diante da dificuldade em se saber efetivamente quais são os parâmetros fixadores da liberdade de expressão foi elaborado um quadro onde assentadas as posições de cada ministro, naquilo que enfatizaram como as bases de sua decisão. As condições das anotações partem da premissa que o magistrado mencionou os fundamentos de sua decisão. Não se registraram posições que se limitaram a concordar com o relator ou que a teoria ou o elemento de destaque não tenha sido mencionado expressamente.

Segue o quadro:

STF	Min. Marco Aurélio	Min. Ayres Britto	Min. Celso de Mello	Min. Gilmar Mendes	Min. Maurício Corrêa	Min. Cezar Peluzo	Min. Carmen Lúcia	Min. Barroso
Lib. Exp. absoluta aferida caso a caso		HC 82.424/03 ADPF 130						
Limitada pela CF	ADPF 130			ADPF 130	HC 82.424/03			
Livre intercâmbio de ideias	HC 82.424/03				ADPF 187			
Controle do setor público		ADPF 130						
Valor social da visibilidade		ADPF 130		ADPF 130				
Posição preferencial	ADPF 187 ADPF 130	ADPF 130					ADIN 4815	ADIN 4815
Vedação <i>fighting words</i>	HC 82.424/03							
Mercado de ideias ( <i>Market of ideas</i> )	HC 82.424/03 ADPF 187			HC 82.424/03 ADPF 130	ADPF 187	ADPF 187		
Autonomia individual	HC 82.424/03							
Controle do setor público	HC 82.424/03							
Restrição quanto ao meio de propagação	HC 82.424/03							
Pluralismo/democracia/contramajoritário			ADPF 187			ADPF 187		ADIN 4815
Excludentes de ilicitude		HC 82.424/03						
<i>Present and Clear Danger</i>			ADPF 187			ADPF 187		
Busca pela verdade	ADPF 187							

Por esse quadro podemos extrair diversas informações a nortear a posição do STF. Primeiramente, constatamos que a adoção do maior número de argumentos, tantos de origem consequencialista, como deontológico, partiram pelo ministro Marco Aurélio de Mello. Adotou as posições do direito americano, citando a vedação de *fighting worlds, market of ideas, preferred position*, liberdade de circulação de ideias, busca pela verdade. Destacou-se o papel da liberdade de expressão para a formação da autonomia individual. Uma das discussões atuais refere-se quanto aos meios de propagação, em especial ao emprego de redes sociais para disseminação da palavra. Quanto a isto, poderíamos discutir se haveria o respeito à liberdade com algum tipo de limitação em relação ao meio ou, somente se atenderia à dignidade da pessoa humana a ausência de qualquer restrição, enquanto o uso seja empregado respeitando demais direitos fundamentais (ou seja, sem colisões com outros direitos). Neste ponto, o ministro foi o único que admitiu restrição quanto ao meio de propagação (caso Ellwanger). Não se ignora que o ministro Gilmar Mendes tenha alertado quanto ao uso abusivo dos meios de comunicação de massa (ADPF nº130), mas seu voto não trouxe maiores consequências a respeito de sua limitação, atribuindo ao Poder Judiciário eventual apreciação.

O Ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, tem que a liberdade de expressão é absoluta e somente pela casuística deve ser aferida possível restrição. Neste ponto, ao se admitir que a aferição se dá caso a caso, haveria contradição ao absolutismo dela. Outro ponto de relevo, é colocar a liberdade de expressão em um patamar de provocar de antemão a excludente de ilicitude, não sendo possível haver a tipificação penal, o que afastaria eventual análise entre princípios e regras, como no julgamento de Gerald Thomas (HC 83.996/04-RJ), a ser melhor detalhado em capítulo seguinte. Na lógica do absolutismo da liberdade de expressão, entende que a mesma ocupa uma posição preferencial em face das demais liberdades.

No que tange à ordem pública observamos que apesar das posições embasadas na jurisprudência norte-americana, com menção as *fighting words*, e ao *present and clear danger*, cujas consequências referem-se em atos de violência ocasionados pelo exercício da liberdade de expressão, pouca repercussão ocasionaram tais teorias junto aos ministros ficando limitadas à ADPF 187, que versava sobre atos, manifestações públicas.

Em termos gerais o mais se destacou entre todos os ministros foi a posição preferencial (sob ótica da jurisprudência norte-americana) da liberdade de expressão e que, portanto, sua limitação deveria decorrer de disposição constitucional.

#### **4.1. A Emenda Constitucional nº45/2004 e o Pacto de San José da Costa Rica.**

Como mencionado acima, o Pacto de San José da Costa Rica, por conter disposições de direitos humanos e por versar também sobre a liberdade de expressão passou a ter relevância ainda maior para a temática deste trabalho, em especial com o advento da Emenda Constitucional nº45/04, que inseriu no art.5º da CF/88 o parágrafo 3º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

Assim, os direitos humanos passaram a figurar, em termos de hierarquia de normas, ou em termos de estabilidade normativa, em um patamar mais elevado, gozando do status de emendas constitucionais. Até então, para a recepção bastava a maioria simples pelo Congresso Nacional, situando-se indistintamente da matéria como legislação ordinária, sujeitando-se aos mesmo critérios de derrogação e ab-rogação de normas. Com tal alteração constitucional surgiram outras indagações: Qual o tratamento a ser dado aquelas normas de Direitos Humanos anteriores à 2004? Estariam elevadas ao mesmo nível (de emenda constitucional) independentemente do novo rito, já que a legislação à época não contemplava tal situação? Deveriam ser levadas à discussão no Congresso e submetidas ao novo rito para fins de gozarem do mesmo status de emenda constitucional? Manteriam a característica de legislação ordinária? Argumentos existem para todas as posições, não sendo objeto do presente trabalho discorrer sobre todas as nuances relacionadas aos direitos dos tratados e a internalização, mas aferir eventual norte, tal como nos demais casos trazidos à discussão. Pois bem, através do R.Ext. 4666.343/SP de 2008, o STF considerou que as normas decorrentes de Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC 45/04 gozavam de status de supralegalidade. Este julgamento tratou da questão da prisão em caso de alienação fiduciária e sua equiparação ao depositário infiel, situações decorrentes exclusivamente de dívidas. No caso, a discussão versava sobre

questões disciplinadas pelo Dec. 678/1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, tratado de 1969) e sua aplicabilidade. Com a decisão, referido tratado adquiriu, sob nossa ótica o mesmo status da disciplina decorrente da EC nº45/04, já que sendo supralegal somente encontra eventual limitação em norma constitucional. A considerar que o Pacto de San José da Costa Rica tratou da liberdade de expressão, bem como o Brasil aderiu ao texto sem reservas, as disposições ali presentes passaram a servir de esteio para o exercício da mesma. Contudo, pelo que se observou nos acórdãos analisados, afora maior destaque pelos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio de Mello, não houve maiores digressões a respeito do conteúdo de suas disposições e a liberdade em si, sendo que tal tratado predispõe de diversos elementos a guiarem os entendimentos judiciais a respeito, dispondo que a liberdade expressão atende a uma via de recepção e difusão irrestrita tanto de conteúdo como de meio (neste sentido bem ao contrário do que fora mencionado pelo ministro Marco Aurélio de Mello no caso Ellwanger), e mesmo que verse sobre temas que caracterizem seu abuso, tanto no que tange à reputação como nos casos de segurança nacional, ordem, saúde e moral públicas não pode sofrer censura prévia. O texto ainda adota a livre circulação de ideias e opiniões, fornecendo exemplos de vedação de controle por via indireta a impedir tal circulação.

#### **4.2. Decisões em geral após estes paradigmas.**

O STF após tais decisões consideradas paradigmáticas, exarou outras no tocante ao respeito da liberdade de expressão que valem a pena serem citadas. Tais decisões decorreram de caráter monocrático em vista do aspecto de urgência da matéria, possuindo detalhes que nos mostram as posições dos ministros e sua coerência com as decisões anteriores, ou não.

Uma delas refere-se a decisão proferida pelo ministro Lewandowski por ocasião da ADPF 403 MC/SE, em 19.07.2016. A polêmica residia na interrupção do aplicativo de celular WhatsApp em território nacional por decisão judicial de primeiro grau. Nesta medida cautelar, o ministro deferiu a liminar para suspender decisão judicial que interrompia o funcionamento do WhatsApp, fundamentando que a decisão originária descumpriu o estatuído no art.5º, IX, da CF/88 (liberdade de expressão intelectual, científica, artística e de comunicação). Embasou-se a decisão também na Lei

12.965/2014 – Marco Civil da Internet no Brasil, que possui disposições expressas para garantia da liberdade de expressão. Assim, dispôs o ministro:

Ora, a suspensão do serviço do aplicativo *WhatsApp*, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa. (BRASIL, 2016, p.6).

No caso, percebe-se apenas a menção à cláusula geral do artigo 5º da Constituição e a norma geral do marco civil da internet. E nada mais. A considerar que os fatos que ensejaram a decisão de bloqueio decorrem da observância do emprego do aplicativo em atividades ilícitas cujo dever de ser apresentado ao juízo os registros telemáticos de tal situação fática, é curioso observar que a liberdade de expressão foi tomada como elemento absoluto, sem eventual ponderação aos aspectos relativos à ordem pública/segurança pública, a considerar que a tutela em ambas situações é de urgência (urgência na liberdade comunicativa de um programa específico (não todos) em âmbito nacional, e urgência no fornecimento de dados de cometimento de crimes, que podem incluir-se os contra a vida!). Outro ponto não destacado, mas que poderá ser encarado quando da decisão definitiva, refere-se à limitação de meios, o que seria vedado pelo Pacto de San José da Costa Rica. Contudo, surgiria mais uma indagação - a considerar um universo extenso de aplicativos a limitação de um deles constitui uma afronta ao princípio?

Os direitos comunicativos através das plataformas digitais são campo novo. Discorrendo a respeito, e de forma similar à decisão supra, Anderson Schreiber, aponta a falta de diálogo entre os campos da comunicação e o direito. Menciona que a defesa da liberdade absoluta, no caso, na internet, acaba por deixar uma parcela vulnerável, por exemplo, ao poder econômico, mas defende que “A liberdade no universo virtual deve ser assegurada por meio da repressão ao monitoramento, à quebra de privacidade e às medidas que restringem a liberdade de expressão e de realização do usuário”. (SCHREIBER, 2013, p.18). Assevera que tanto a mídia como os tribunais também se mostram desinteressados em compreender essa relação dialógica, posicionando-se contra o que chama de entendimentos desproporcionais e sua abrangência, citando o caso do bloqueio de acesso ao sítio eletrônico do Youtube de modo a se impedir visualização de vídeo particular de figura pública:

Os tribunais, muitas vezes, parecem pouco interessados em compreender o funcionamento cotidiano das engrenagens comunicativas. Não raro, por exemplo, desdenham da celeridade exigida no dia a dia de jornais impressos, que têm a responsabilidade diária de informar o público sobre os fatos da véspera, ou do modo de funcionamento de certos sites da Internet. Acabam, por conta disso, emitindo decisões inteiramente desproporcionais, como ocorreu no célebre caso envolvendo a modelo Daniela Cicarelli, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo ordenou o bloqueio ao site YouTube. (SCHREIBER, 2013, p.19)

Outra situação envolvendo decisão de 1ª instância se deu em 2018, por ocasião das eleições presidenciais. O STF foi provocado pela Procuradoria Geral da República para em medida cautelar na ADPF 548/DF evitar ações de busca e apreensão, ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos congêneres, assim como inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos que estejam em local definido com universidade pública ou privada, motivadas por atos relacionadas à campanha eleitoral (panfletagem, materiais de campanha eleitoral, “impondo-se a interrupção de manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos nas eleições gerais de 2018, em ambiente virtual ou físico de universidades federais e estaduais”(BRASIL, 2018, p.2). Um dos argumentos a subsidiar o pleito a ADPF 187 como precedente, estudada acima. Em decisão monocrática, posteriormente confirmada, em 31.10.18 pelo plenário, a ministra Carmen Lúcia, tratou a respeito do art.37 da Lei nº 9.504/97 que veda propaganda eleitoral em locais públicos, e sua relação com a autonomia universitária (arts.206 e 207 da CF/88), e a liberdade de expressão. Assim, se manifestou:

11. Dispõe o art. 37 da Lei n. 9.504/1997 ser vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados nos espaços indicados na norma. A finalidade da norma que regulamenta a propaganda eleitoral e impõe proibição de alguns comportamentos em períodos especificados é impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo. A norma visa o resguardo da liberdade do cidadão, o amplo acesso das informações a fim de que ele decida segundo a sua conclusão livremente obtida, sem cerceamento direto ou indireto a seu direito de escolha.  
(...)

Insista-se: volta-se a norma contra práticas abusivas e comprometedoras da livre manifestação das ideias, o que não é o mesmo nem próximo sequer do exercício das liberdades individuais e públicas. O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei. Liberdade de pensamento não é concessão do Estado. É direito fundamental do indivíduo que a pode até

mesmo contrapor ao Estado. Por isso não pode ser impedida, sob pena de substituir-se o indivíduo pelo ente estatal, o que se sabe bem onde vai dar. E onde vai dar não é o caminho do direito democrático, mas da ausência de direito e déficit democrático. Exercício de autoridade não pode se converter em ato de autoritarismo, que é a providência sem causa jurídica adequada e fundamentada nos princípios constitucionais e legais vigentes. 13. Tem-se na peça inicial da presente arguição que os atos questionados teriam cerceado o princípio da autonomia universitária, porque teriam se dirigido contra comportamentos e dados constantes de equipamentos havidos naquele ambiente e em manifestações próprias das atividades fins a que se propõem as universidades.

(...)

A autonomia é o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infralegal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais. Reitere-se: universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem, não se tornam por isso inimigas. As pessoas criticam. Não se tornam por isso não gratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição. Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada. Também o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º. da Constituição do Brasil. Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos individuais na diversidade dos indivíduos. Ao se contrapor a estes direitos fundamentais e determinar providências incompatíveis com o seu pleno exercício e eficaz garantia não se interpretou a norma eleitoral vigente. Antes, a ela se ofereceu exegese incompatível com a sua dicção e traidora dos fins a que se destina, que são os de acesso igual e justo a todos os cidadãos, garantindo-lhes o direito de informar-se e projetar suas ideias, ideologias e entendimentos, especialmente em espaços afetos diretamente à atividade do livre pensar e divulgar pensamentos plurais. (BRASIL, 2018, pp.8-14)

Referida decisão mostra, com maior precisão, a técnica utilizada de ponderação de princípio x regra (derivada de princípio) e a adoção de posição preferencial da liberdade de expressão – até porque vinculada à autonomia universitária - nos moldes da teoria dos princípios. Tal emprego, e a questão de restrição (ou não), será abordada em capítulo próprio a seguir.

Conclui-se este capítulo na certeza de que a visão do STF passa por um universo amplo de teorias dos mais variados fundamentos, lastreando-se fundamentalmente, no que tange à liberdade de expressão, à doutrina estrangeira. Por outro lado, apontada a inadequação com a CF/88 de alguns estatutos que versavam sobre o trato da liberdade de expressão (como princípio dos princípios comunicativos) entre eles a Lei de Imprensa e o art.20 do CC o próprio Supremo acabou por avocar, por falta de legislação, para o Poder Judiciário o papel de decisor

das esferas principiológicas envolvidas. Em tal sentido, o registro pelo ministro Luís Roberto Barroso, ainda antes de ser alçado ao Supremo, da adoção de técnica interpretativa calcada no que chamou de neoconstitucionalismo. Neste sentido, seu artigo denominado: Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Nele, aborda a linha cronológica do constitucionalismo, partindo da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (alemã) e seu Tribunal Constitucional Federal em 1951, para depois citar Itália e Portugal. O marco filosófico dessa evolução seria o pós-positivismo, no qual busca-se ir além da legalidade estrita para empreender uma leitura moral, sem recorrer a categorias metafísicas. O marco teórico, por sua vez, decorre de três grandes transformações, sendo elas: 1) o reconhecimento da força normativa da Constituição; 2) a expansão da jurisdição constitucional; 3) nova dogmática da interpretação constitucional. O reconhecimento da força normativa tem como apoio a obra do juiz e jurista Konrad Hesse, na qual aponta outro princípio, denominado vontade de constituição - aquele em que a normatividade se coordena com a realidade, baseando-se em poucos princípios fundamentais com estabilidade em sua revisão e cuja “dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade” (HESSE, 1991, p.23). A expansão da jurisdição constitucional, é decorrente do papel contramajoritário inspirado na Corte Suprema americana, de forma que a constitucionalização dos direitos fundamentais era infensa ao processo político. (BARROSO, 2005, pp.234/241). Quanto a terceira grande transformação, nova dogmática constitucional, Barroso prossegue esclarecendo a superação do modelo de subsunção do fato à norma, pois tal modalidade não solucionava problemas ligados à vontade constitucional, passando-se a se utilizar de sincretismo metodológico, arrematando:

No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina, e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. (BARROSO, 2005, p.243)

(...)

As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. (...) No plano dos direitos fundamentais, a

liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais.” (BARROSO, 2005, p.245).

Barroso, então, suscita a interpretação criativa do direito de forma a completar o trabalho de legislador, dando valoração para cláusulas abertas ou gerais de modo que o intérprete se atenha as circunstâncias do caso concreto, sendo que “a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém;(...) ” devendo fazer a integração entre norma e seu entendimento (BARROSO, 2005, p.244).

## **5. A liberdade de expressão no direito comparado.**

Após conceituarmos a liberdade de expressão e sua posição no universo dos direitos humanos e direitos fundamentais, vimos seus fundamentos, os quais tem especial relevo na doutrina norte-americana. Discorreremos sobre a posição do STF e percebemos que os julgados afetos a liberdade expressão adotam posições jurídicas mistas trazidas do além-mar, bem como aspectos relacionados à sua limitação e amplitude. De forma a se ampliar o conhecimento das teses defendidas e repetidas também pela doutrina brasileira, passaremos a aferir a evolução da liberdade de expressão no direito comparado, visando a que tenhamos uma imagem mais aprofundada do tratamento da matéria. Cabe registrar que no decorrer da exposição encontraremos pontos em comuns aos já tratados no capítulo II, todavia, buscamos aqui fazer abordagem sob a tônica do direito apreciado. Assim, veremos os argumentos consequencialistas e deontológicos, mas de acordo com a realidade das nações que os adotam, sem prejuízo de sua adoção em termos de teoria geral. Começaremos com o direito espanhol, dada a similitude de sua constituição com a nossa, e ser berço de teorias fundamentais. Registramos que em relação à liberdade de expressão na Alemanha não encontramos farto material a respeito, sendo que os elementos pesquisados se concentram mais na temática dos direitos fundamentais. Relativamente aos Estados Unidos, a profusão de textos permitiu-nos selecionar aqueles que se referiam à tutela legal em geral, tanto que ao mencionarmos as decisões judiciais não nos ativemos à área de proteção como a maioria das obras costuma fazer referência (discurso de ódio, eleitoral, discurso comercial, redes sociais, terrorismo), mas sim de maneira a se ter uma visão geral do princípio naquele país.

### **5.1. A liberdade de expressão no direito espanhol**

A Constituição espanhola erige em seu art.20 a liberdade de expressão, conforme texto que segue:

Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

- c) A la libertad de cátedra.
  - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
  3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
  4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. (ESPAÑA, 1978)

Tal disposição se encontra na Seção 1<sup>o</sup> que trata dos direitos fundamentais e liberdades públicas, cujas distinções abordamos no primeiro capítulo. Em síntese, verificamos que a constituição espanhola dispõe sobre a expressão e difusão de pensamentos, ideias e opiniões, reconhecendo a liberdade de suas plataformas; a liberdade cultural e de ensino. Por sua vez, também afirma a impossibilidade de censura prévia. Tal como a constituição brasileira prevê a comunicação social, estabelecendo meios de organização e controle parlamentar e, nos mesmos moldes, estatui limites de acordo com os direitos nela estabelecidos, em especial os da honra, intimidade, imagem e proteção da infância e juventude, sendo que estas duas últimas esferas protetivas, não são mencionadas na constituição brasileira na parte comunicativa. E mais, cita situação de possível sequestro de mídias através de decisão judicial. Lozano e Linera, comentando este artigo, apontam que em face desse artigo mais dois direitos adicionais são reconhecidos por força da jurisprudência constitucional, tal como o direito a criação de meios de comunicação e o direito de retificação (2017, p.138). Estes autores, ao tratarem da liberdade de expressão traçam um perfil do tema embasando-se no Tribunal Constitucional espanhol, assentando mediante a aferição dos julgados a posição deste princípio naquele país. Assim, tratam a liberdade da alínea “a” como liberdade *stricto sensu*, afirmando haver críticas à distinção entre ela (liberdade de expressão) e a liberdade de informação, uma vez que a tutela legal somente protege o autor da expressão e difusão, não se referindo à parte passiva (receptora destas informações), tal como ocorre com a liberdade de informação. (2017, p.145). Do Tribunal Constitucional é possível constatar que há proteção à algumas formas de expressão, tal como a decorrente do discurso simbólico (*symbolic speech*) ou condutas expressivas (*expressive conduct*), as quais devem ser

apreciadas de acordo com o contexto (2017, p.143). Asseveram que ao se tratar de discursos políticos a tutela do direito a honra se encontra diminuída, até mesmo anulada (2017, p.161). Um dos pontos de destaque em fundamentações judiciais é a proteção à liberdade de expressão qualificando-a como princípio preferencial. A este respeito, tal papel não é tomado como regra, como alertam os autores, sendo que “Esta doutrina há recebido ciertas críticas doctrinales y el próprio Tribunal la ha matizado al no recurrir a un critério de preferencia formal, sino al uso de critérios materiales que permiten ponderar em cada caso (...)” (2017, p.140).

Com relação aos limites, Linera e Lozano esclarecem que o art.20.4 da Constituição espanhola possui caráter enunciativo, e eventuais restrições devem se dar por Lei, citando como exemplo o Código Penal (2017, p.182). Com relação à infância e juventude dizem que a jurisprudência tem se mostrado casuística, justificando como limite a moral pública quando se tratam de jovens e crianças, em especial nos casos de pornografia. Ressaltam haver outros bens que mesmo não reconhecidos expressamente no art.20 da Constituição que admitem restrições, como no caso da administração da justiça de forma a resguardar sua autoridade e imparcialidade frente a informações de segredo, ou em relação a publicidade de suas sessões de julgamento (bem distinto do sistema brasileiro que publiciza praticamente tudo a todos), sendo que o Tribunal Constitucional manifestou-se pela necessidade de “otorgar uma especial protección a los jueces y magistrados frente a ataques excesivos sobre el ejercicio de sus funciones, habida cuenta de la `singular posicion` que ostenta el Poder Judicial y de sua escasa capacidad de réplica personal<sup>21</sup>” (2017, p.182/183). Estes autores resumem algumas pautas admitidas pelo Tribunal Constitucional como legítimas para a restrição por considera-las ofensivas: a) expressões de racismo, xenóforas, ambas com caráter deliberado em menosprezar e discriminar; b) apologia de torturadores, glorificando suas imagens e justificativa de seus atos quando se suponha humilhação de suas vítimas 22; c) expressões aptas à

---

<sup>21</sup> Tal situação se prestaria a proteção de fake news contra seus integrantes?

<sup>22</sup> O carnaval brasileiro tem sido fonte de inúmeras situações, em caso assemelhado, em 2018, o bloco carnavalesco “Porão do DOPS” no estado de São Paulo, convocava foliões utilizando-se de expressões relacionadas ao período ditatorial. Entidades vinculadas aos direitos humanos revoltaram-se e o MP ingressou com ação civil pública, sendo que em decisão preliminar foi determinado que tal bloco se abstinhasse do emprego de expressões, símbolos e fotografias que pudessem ser tipificadas como apologia ao crime de tortura. Conforme [http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2623656.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2623656.PDF) acesso em: 04/04/2018.

incitação direta ou indireta para cometimento de crimes de genocídio; d) mensagens provocadoras de ódio frente a grupos definidos mediante cor, raça, religião, origem étnica ou nacional, de forma a representar perigo certo de clima de violência ou hostilidade, redundando em atos específicos de discriminação; e) mensagens que se identifiquem com a exclusão política e possam suscitar reações violentas. Mas, destacam que o Tribunal Constitucional não admitiu fosse penalizado a mera negação do Holocausto. (2017, pp.184/185). Distintamente, a Bélgica, Reino Unido, Alemanha, França, Holanda, Polônia, Suíça e Portugal é proibida a negação do holocausto (SILVA, 2012, p.119).

## 5.2 A liberdade de expressão no direito alemão

A Alemanha, não só por seus expoentes na doutrina dos direitos fundamentais, mas também pelo conjunto de decisões exaradas por seu Tribunal Constitucional Federal (TCF - *Bundesverfassungsgericht*), passou a servir de paradigma, tanto que suas decisões serviram de parâmetro para os casos comentados no capítulo III. Tal situação decorreu pelas bases fixadas para o exercício da jurisdição naquele país, sendo que o principal destaque começa pelo texto constitucional, em especial no art.1º, o elemento nuclear para o desenvolvimento da teoria jurídica naquele país a partir de 1949. Neste sentido, a redação a Lei Fundamental Alemã:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3). Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

A primazia à dignidade do homem deu o duplo sentido do direito fundamental, estabelecendo que o Estado (em todas as suas esferas) deve respeitar e protegê-la. Portanto, de plano, são os atributos o aspecto negativo (respeito) e positivo (proteção), para em seguida, consoante se depreende, estabelecer acerca dos demais direitos fundamentais. A considerar ser o texto decorrente do pós-guerra não é de se estranhar esteja focado e em simetria com outros tratados de direitos humanos fundamentais decorrentes da Organização das Nações Unidas (ONU), em especial a Declaração

Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, focando no homem, quando em geral os textos constitucionais começam a tratar da concepção do Estado e depois tratarem dos seus cidadãos, como exemplo as constituições brasileira e uruguaia.

No art.5º da Lei Fundamental, a liberdade de expressão em suas múltiplas formas veio estampada:

Artigo 5 [Liberdade de opinião, de arte e ciência] (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura. (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal. (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

Comentando este artigo, Jürgen Schwabe explica que, segundo alguns, os cinco direitos fundamentais constituem uma única liberdade de comunicação, mas que essa “tem o condão de designar tão somente o âmbito da vida (opinião dominante e do TCF)”(SCHWABE, 2005, p.379) e que a dogmática relacionada aos direitos de imprensa “em torno de suas dimensões (a subjetiva e a objetiva) serviu em grande parte de protótipo do desenvolvimento da dogmática geral dos direitos fundamentais”. (idem, p.380). A constituição também assenta as bases para os casos do abuso da liberdade, conforme se verifica por seu art.18 que trata da perda dos direitos fundamentais:

Artigo 18 [Perda dos direitos fundamentais] Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão (REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949).

Verifica-se que o texto constitucional minudencia as situações em que se pode constatar o abuso de direito, sendo que explicita os desdobramentos da liberdade de expressão, tanto que no que se refere à liberdade de imprensa – por configurar o abuso na liberdade de informar; no direito de reunião e a associação que são formas comunitárias de expressão; liberdade no uso de plataformas comunicativas e de massas e até mesmo na esfera do ensino. Apesar de extremada a situação de perda

dos direitos fundamentais, pela análise dos julgados do Tribunal Constitucional Federal, o exercício da liberdade de expressão pode sofrer restrições, sendo que os conteúdos dessas expressões podem ser submetidos a pré-condições, inexistindo liberdade absoluta. Destaca-se que o texto constitucional prevê situações de limitação do direito fundamental em lei ordinária e regulamentos com viés de proteção da juventude e a honra. Reportando-nos as linhas acima, um dos paradigmas relacionados à discussão da liberdade de expressão é o processo conhecido como caso (Eric) Lüth, época em que as plataformas comunicativas ainda não detinham o poder de expansão como nos dias de hoje, sendo o cinema uma das formas de propagação de informações. O processo judicial adveio em razão deste crítico de cinema conclamar os distribuidores de filmes e o público em geral a boicotar um filme dirigido por Veit Harlan, por ele ter sido responsável pela produção de filmes à época do nazismo. Igualmente, queria evitar que a produção cinematográfica alemã estivesse vinculada a alguém que houvesse auxiliado o nacional-socialismo, principalmente no exterior. Contudo, a produção, em si, não continha nenhuma referência aquele período nefasto. Veit Harlan ingressou com ação de danos morais e originou-se a decisão que passou a servir de paradigma, consoante nos esclarece Schwabe:

Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil (SCHWABE, 2005, pp.381/382).

Assim, se decidiu que o convite ao boicote estaria dentro de critérios de ponderação protegidos pela liberdade de expressão, entendendo-se que não se pode separar o exercício da liberdade de expressão de seu conteúdo, fazendo-se necessário realizar a análise de contexto e ponderar os valores em cotejo com a Lei Fundamental (SCHWABE, 2005, p. 392).

É interessante trazer a observação de João Trindade Cavalcante Filho afirmando que o Tribunal Constitucional Federal sob influência de um comunitarismo

reforça as ideias de dignidade e honra em detrimento da liberdade de expressão e, portanto, suas decisões ponderam invariavelmente em favor da unidade da comunidade, o que indicaria haver a chancela de intromissão estatal quanto ao conteúdo da expressão (FILHO, 2018, pp.129/130).

### 5.3 A liberdade de expressão nos Estados Unidos e sua dimensão

O Estado Unidos tem servido como fonte mundial de pesquisa na temática da liberdade de expressão. Tal princípio faz parte da história constitucional daquele país, sendo tratada expressamente por ocasião da primeira emenda (1791) à Constituição de 1776, cujo o texto segue:

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; of the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. (E.U.A, 2007)

Este artigo demonstra o estabelecimento da liberdade de religião, de expressão, de imprensa, reunião, petição. É assentada a restrição ao Estado (seu órgão legislativo) de estabelecer proibições ao exercício desses atributos. Por se tratar de um país baseado na *common law*, a evolução da teoria da liberdade de expressão vincula-se em precedentes judiciais, portanto, de crucial importância o acompanhamento das decisões judiciais relacionadas à temática naquele país. Também, a doutrina originada dos precedentes auxilia no entendimento da dinâmica deste direito tão caro aos estadunidenses que se sobressai seja na vida social, seja nos movimentos políticos. Desta maneira, tomando-se como base o século XX, século do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, bem como das grandes transformações institucionais e sociais, faremos a apreciação da liberdade de expressão norte-americana explorando os precedentes norteadores da doutrina judiciária daquele país, visando obter os dados que permitam vislumbrar sua dimensão, os objetivos da liberdade de expressão, e sua relação com os demais parâmetros legais.

A liberdade de expressão é conhecida como *freedom of speech* e tem como termo análogo *freedom of expression*. Esta última forma compreenderia todas as outras previstas na primeira emenda. Contudo, a pesquisa em julgados e doutrina mostra que *freedom of speech* que em tese seria limitada ao exercício da palavra –

manifestação - é utilizada em termos gerais, forma objetivada quando da elaboração do texto da *Bill of Rights*. Curiosamente, a redação original da primeira emenda encaminhada ao parlamento por Madison usava-se o termo “to speak” (08.06.1789), sendo alterada por “to speech”. Nos debates que geraram a primeira emenda, Madison alertava sobre os perigos da adoção de termos genéricos, ou melhor, princípios abstratos (E.U.A, 2017, p.1140), pois de fato coloca ao arbítrio do judiciário a definição do alcance das expressões, situação que se deu com maior ocorrência nos primórdios do século XX, em especial quando da divisão mundial entre liberais e comunistas. Ao término dos debates, adotaram-se e se combinaram a proteção à religião, à manifestação e à imprensa na primeira emenda. O alcance da liberdade de expressão não é limitado ao uso político, de relação exclusiva entre cidadão ou Estado. Ao contrário, atinge tanto as relações de interesse coletivo, interpartes e o próprio indivíduo, haja vista a compreensão de que se trata de um princípio que exige uma tutela multidisciplinar por atingir as várias esferas de relações sociais, sejam em lugares e meios, logo, possuindo amplo espectro. (*Abood vs. Detroit Bd. of Educ.*, 431 U.S. 209, 231 -1977- E.U.A, 2017, p.1147). Entendimento contrário, ou seja, admitindo-se limitações, poderia afastar os objetivos entendidos como pacíficos do preceito.

### **5.3.1 A liberdade de expressão e seus objetivos nos E.U.A.**

Em publicação de 1963, pela faculdade de direito de YALE, Thomas I. Emerson escreve extenso artigo a respeito de uma teoria geral da Primeira Emenda. Neste artigo, aborda não só as decisões judiciais, mas também analisa os requisitos necessários para a fixação de uma *teoria afirmativa da liberdade de expressão* do qual nos embasaremos a seguir.

Emerson define quatro categorias de valores objetivados pela liberdade de expressão, sem prejuízo de que outros sejam destacados, mas baseia-se nos precedentes judiciais e os resume nas quatro formas abaixo:

- 1) a auto realização do indivíduo (*Individual Self-Fulfillment*);
- 2) a obtenção da verdade (*Attainment of Truth*);
- 3) meio de assegurar a participação da sociedade nos meios sociais e políticos de decisão (*Participation in Decision-Making*);

4) o balanço entre a estabilidade e as mudanças sociais (*Balance Between Stability and Change*) (EMERSON, 1963, p.878).

A auto realização do indivíduo (1), decorre do entendimento de que cada ser é único, com diversas capacidades, de pensar, de sentir, de abstrair, de uso da linguagem, da transmissão da emoção. Todos estes atributos lhe permitem desenvolver uma cultura e ao mesmo tempo se situar e posicionar no e frente ao mundo. A auto realização começa com o desenvolvimento da mente, e a despeito de poder ser influenciada pelo meio, ela é individualizada e forma suas opiniões e crenças. Com a supressão dessas, há uma afronta à dignidade do homem, uma negação à sua essência natural. (EMERSON, 1963, p.879). Essa auto realização compreende a existência do homem em sociedade, como integrante de uma comunidade seguida de dois princípios. Um, de que a sociedade visa promover o bem-estar social, já que a sociedade e o estado existem para servir ao indivíduo. O segundo, o princípio da igualdade, em que a todos assiste a igualdade para partilhar em comum as decisões que os afetam (idem. p.880). As afirmações de Emerson situam-se nos fundamentos deontológicos, que servem como base da relação Estado e homem para formação de uma democracia, tal como visto no capítulo II. Destaca o autor, a diferenciação entre expressão e ação, em que a primeira encontra especial proteção, já que seus danos são menos impactantes, e menores as consequências imediatas, sendo que há que se ter uma linha entre ambos de forma a se ter um balanço entre liberdade e autoridade (ibidem. p.881). Tal linha é aquela que no direito brasileiro não se consegue traçar por não se admitir a existência do perigo abstrato nos casos de uso da palavra. Já a busca pela verdade (2), compõe-se de dois elementos: a busca e a verdade. A busca se perfaz pelo exercício de todos os argumentos, o quais podem ser deficitários, agregar outros sentidos, reveladores, descortinando a falsidade de uma proposição, sendo que o exercício da liberdade traz novas matizes possibilitando a efetiva escolha ou o abandono de uma ideia. Ao se silenciar ou impedir o exercício da expressão é lapidar a posição de John Stuart Mill quanto a tal fato e sua relação à verdade:

Mas o mal específico de silenciar a expressão de uma opinião é que assim se está roubando a humanidade inteira, tanto a geração atual quanto a posteridade, e os que divergem da opinião, ainda mais do que a apoiam. Se a opinião é correta, a humanidade se vê privada da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se é errada, perde algo que quase chega a ser um grande benefício: a percepção mais clara e a impressão mais vívida da verdade,

geradas por sua colisão com o erro. [...] nunca podemos ter certeza se a opinião que tentamos sufocar é uma opinião falsa; e, mesmo que tivéssemos certeza, ainda assim seria um mal sufoca-la (MILL, 2015, p.33).

Deste modo, assenta-se a premissa de que todo e qualquer exercício da expressão deve ser livre para obtenção da verdade, arrematando Mill de que ainda que ela não prevaleça, em algum momento pode ressurgir e “recaia numa época em que, por circunstâncias favoráveis, ela escape à perseguição por tempo suficiente até alcançar tal vulto que resistirá a todas as tentativas posteriores de sufocá-la” (MILL, 2015, p.49). O terceiro vetor da liberdade de expressão é o seu caráter utilitarista de assegurar a participação da sociedade nos meios sociais e políticos de decisão. O exercício da liberdade de expressão em suas múltiplas formas, em especial pela reunião, permite que se difundam e todos os argumentos sejam levados em conta por todos os interessados. Ressalte-se que o elemento fundamental para tal acontecimento seja em uma sociedade regida e organizada de forma democrática, onde também viceje a igualdade (EMERSON, 1963, p.883). O exercício político como direito individual se mostra como componente da equação: expressão + participação. A doutrina mostra a tendência dos governos em evitar, dissuadir, silenciar, opositores/minorias, não só em regimes totalitários, mas também em regimes democráticos, onde a necessidade de vigilância ao equilíbrio deve ser constante, já que, como lembra Owen M. Fiss, “o Estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que ele pode fazer coisas terríveis para enfraquecer a democracia, mas também coisas maravilhosas para fortalecê-la” (FISS, 2005, p.144). A ampla aceitação da liberdade de expressão serve como base da construção das decisões governamentais atendendo o pluralismo social. O quarto vetor (4) refere-se ao balanço entre a estabilidade e as mudanças sociais. Há que se atentar nos tempos atuais como essa ampla participação se dá, uma vez que o exercício estereotipado de decisão política em praça pública reserva-se apenas aos helenos na antiguidade. A participação ampla se dá em regra pelo modelo representativo, também denominada democracia indireta com a eleição de pessoas representando o próprio povo ou nas formas de plebiscito e referendo. Tal observação não afasta o conceito adotado pelos americanos, de amplitude e maximização da forma participativa, já que tal que se trata de um ideal construído e mantido ao longo dos séculos, cujas matizes se alteram no decorrer dos precedentes judiciais. Nos termos de participação política o principal efeito da liberdade de expressão, na trilha afirmativa, é o balanço entre estabilidade e

mudança. O exercício da liberdade tem a capacidade de provocar mudanças, mas ao mesmo tempo auxilia na apreciação da manutenção da estabilidade. Consoante os ensinamentos de Emerson, nas sociedades pautadas pela lei, haveria maior coesão e abertura, assim como maior racionalidade nos julgamentos, substituindo a força pela lógica. Além disso, a participação é uma forma de chamar a atenção para as situações críticas e auxiliar na sua correção dando legitimidade ao procedimento a ser adotado, em especial pelo poder público. Ressalta que o processo, ou o exercício da liberdade de expressão, ao contrário de provocar uma sublevação, já que é inerente à sociedade uma certa inércia, resulta em uma forma de desenvolvimento, salvo se a população vive em condições adversas e discriminatória. (EMERSON, 1963, p.885). Emerson conclui este tópico esclarecendo que a teoria da liberdade de expressão compreende uma visão de sociedade e um modo de vida, e principalmente no indivíduo como centro social como preceito para seu desenvolvimento, assim como da própria comunidade.

Portanto, a teoria da liberdade de expressão envolve mais do que uma técnica visando julgamentos sociais melhores pelos procedimentos democráticos. Compreende uma visão da sociedade, fé e um modo de vida. A teoria cresceu em uma época em que se acordou e se revigorou a ideia de uma nova sociedade em que o pensamento de cada homem é livre, e seu destino determinado pelos poderes da razão, e a perspectiva de criar uma civilização racional e esclarecida virtualmente ilimitada. É apresentada como uma receita visando uma comunidade criativa, progressiva, emocionante e intelectualmente robusta. Contempla um modo de vida que através do encorajamento da tolerância, ceticismo, razão e iniciativa, permitirá ao homem realizar suas potencialidades. Ela despreza uma sociedade tirânica, conformista, irracional e estagnada. Ela é a sociedade incorporada na primeira emenda.<sup>23</sup> (1963, p.885).

Através dos julgados, em especial *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919), o juiz Oliver W. Holmes destacou outro objetivo visado pela liberdade de expressão: o chamado (5) Mercado de Ideias<sup>24</sup>. Tal proposição, abstraindo do caso

---

<sup>23</sup> No original: Thus, the theory of freedom of expression involves more than a technique for arriving at better social judgments through democratic procedures. It comprehends a vision of society, a faith and a whole way of life. The theory grew out of an age that was awakened and invigorated by the idea of a new society in which man's mind was free, his fate determined by his own powers of reason, and his prospects of creating a rational and enlightened civilization virtually unlimited. It is put forward as a prescription for attaining a creative, progressive, exciting and intellectually robust community. It contemplates a mode of life that, through encouraging toleration, skepticism, reason and initiative, will allow man to realize his full potentialities. It spurns the alternative of a society that is tyrannical, conformist, irrational and stagnant. It is this concept of society that was embodied in the first amendment. (EMERSON.1963, p.885).

<sup>24</sup> Assim se expressou o magistrado no excerto do voto: " But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations

em que originado, e aceito pela doutrina e jurisprudência daquele país versa sobre a aceitação das exposições sobre uma mesma temática, de forma que se possa ao cidadão no exercício de seus direitos políticos conhecer, optar, discordar da ideia ventilada, e somente com a liberdade de expressão é que possível realizar e até mesmo localizar uma ideia para a tomada de posição. Desta maneira, além das quatro proposições vistas agrega-se a quinta para assim consolidarmos os objetivos:

1) a auto realização do indivíduo (*Individual Self-Fulfillment*); 2) a obtenção da verdade (*Attainment of Truth*); 3) meio de assegurar a participação da sociedade nos meios sociais e políticos de decisão (*Participation in Decision-Making*); 4) o balanço entre a estabilidade e as mudanças sociais (*Balance Between Stability and Change*); 5) Mercado de ideias (*Market of ideas*).

### 5.3.2 Limitações à Liberdade de Expressão e decisões da Suprema Corte

Uma das características do sistema legal americano decorre pela maneira na qual se estabeleceu esta nação. Enquanto o modelo político europeu versava sobre a monarquia com poderes ilimitados, as colônias britânicas na América partiram da consolidação do poder em forma de Federações. Naquelas o rei tudo podia e se buscava a redução/limitação desse atributo, nestas o Estado através de seus representantes somente poderia realizar aquilo a que a lei autorizava, ou seja, um Estado limitado (GARCIA, 2015, p.36). Assim, com a promulgação da Constituição em 1787 e, após com as primeiras emendas do *Bill of Rights* (1791) com a proteção à liberdade em termos gerais, e a adoção do liberalismo político conduziu-se à primazia dos direitos individuais em face do Estado, na forma de direitos negativos. À primeira vista, a primeira emenda sugeriria um poder irrestrito ao seu titular, e tal como redigida deve o Estado se abster de qualquer limitação/restrição do exercício da liberdade de expressão (entendidas o conjunto de liberdades prevista no texto). Contudo, o exercício de tal atributo individual ensejou a provocação judicial ao longo do tempo de modo que houvesse apreciação judicial sobre eventuais limites à liberdade de expressão. Em sua obra, Owen M. Fiss traz diversos elementos auxiliares para o estudo, sendo que o título “A Ironia da Liberdade de Expressão” remete justamente para situações em que os fatos sujeitos a julgamento tiverem resultados

---

of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas-that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.” Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/250/616.html>. Acessado em: 06.02.18.

diversos do que se esperavam, *ironicamente*, em virtude de outros preceitos que permeavam os casos. Tal se deu em virtude de que a liberdade de expressão se relaciona com outros valores, tais como segurança pública, moral, educação, cidadania, entre outros. Portanto, mostra-se que os julgados não seguiram uma linha estrita pela plenitude da liberdade de expressão e seus aspectos exclusivos de direito de defesa, mas também se pautaram por outros princípios, ou se preferirmos, fundamentos, dos quais buscam-se linhas de modo a se compreender alguns limites admitidos, ou não, a esse direito fundamental. Assim, destacam-se alguns julgados que ao final servirão como base de avaliação situacional a ser melhor explorado nas linhas após.

Seguindo a linha de que vigora a plena liberdade, ainda que com ressalvas em alguns casos, destaca-se o caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 (1964), a Suprema Corte em unanimidade estabeleceu que o debate sobre questões públicas deve ser ilimitado, robusto e amplo, ainda que veementes, cáusticos, e que as vezes atinja ou ataque desagradavelmente o governo ou seus integrantes (E.U.A. 2017, p.1145). Neste precedente vemos que aquilo que se relaciona ao poder público, ou questões que lhe são afetas vigora a liberdade irrestrita, ainda que venha a desmerecer os titulares dos cargos públicos.

Já no caso *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969), estatuiu que não poderia o estado proibir ou prescrever a advocacia do uso da força ou mesmo da violação da lei (E.U.A, 2017, p.1145). Nesta situação, a sutileza versa quanto ao discurso, no sentido de apregoar o uso da força ou violação da lei, mas não a dar efetividade àquilo que se propõe. A este respeito, a transição do pensamento para ação seria legitimadora para o Estado exercer seu poder regulamentar ou de proibição (EMERSON. 1963, p.886). Comentando esta decisão, Linera e Lozano explicam:

El tribunal sostuvo que la libertad de expresión impede sancionar la apología del uso de la fuerza salvo si esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o si es probable que incite o produzca dicha acción. Explica Rodríguez Montañes que el nuevo test distingue entre la incitación abstracta – consubstancial a la expresión de ideas políticas radicales y que está protegida – y la instigación concreta de acciones ilegales y, em este segundo caso, cabrá la represión penal si hay una expresión que incite a llevar a cabo esa acción – debe, por tanto, haber dolo - , si dicha acción era inminente y si era probable que tal acción se llevara a cabo”. (LINERA e LOZANO, 2017, p.39)

O juiz Brandeis no caso *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 375–76 (1927). Dispôs que embora os direitos de expressão (fala) e reunião sejam fundamentais, eles não se encontram em sua natureza absoluta, o que justificaria suas restrições de forma a proteger ao próprio Estado da destruição, danos políticos, econômicos ou mesmo moral, sendo necessário estabelecer um *standart* de forma a se determinar o grau de malícia e a dimensão da restrição a ser empregada, aclarando-se o quanto é claro e iminente o perigo a ser afastado. (E.U.A, 2017, pp.1157-1158)

Estas decisões representam uma linha de evolução jurisprudencial que foram elaboradas de forma a se verificar possíveis limitações à liberdade de expressão, configurando-se como testes, cuja explanação nos embasaremos no ensino de Thomas I. Emerson, utilizado também por Linera e Lozano para explicarem o conceito em sua obra. O primeiro, foi chamado de *Bad Tendency Test*, aplicado no início da interpretação da primeira emenda<sup>25</sup>, e seria aferido se o uso da expressão teria uma tendência, ou se a legislação poderia ensejar a crença em uma tendência de modo a levar a um mal substantivo, o que possibilitaria o emprego da restrição. Emerson esclarece que o teste não fornecia adequada proteção à liberdade de expressão, pois nos casos de conflito com outros valores prevaleceria o outro. (EMERSON, 1963, p.909); O *Clear and present danger* tem como expoente a ação *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47 (1919), em que a Suprema Corte através do Juiz Holmes vislumbrou a possibilidade de limitação à liberdade de expressão nos casos de “perigo real imediato” (*clear and present danger*). São estas as palavras do magistrado:

Nós admitimos que em vários lugares e em tempos comuns que os réus digam tudo que é dito neste mundo lhes assiste em razão de seus direitos constitucionais. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é feito. A mais intransigente proteção da liberdade de expressão (fala) não protegeria um homem que gritasse fogo, falsamente, em um teatro e causasse pânico. A questão em cada caso é se palavras usadas o foram para provocar um perigo real e presente que traga riscos palpáveis nos quais o Congresso tem o direito de prevenir<sup>26</sup>. (E.U.A. 2017, p.1144)

Neste julgamento houve a condenação dos réus que tentavam impedir o recrutamento militar para a primeira guerra mundial com o emprego de panfletagem

<sup>25</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 667, 669 (1925).

<sup>26</sup> “(...) We admit that in many places and in ordinary times the defendants in saying all that was said in the circular would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. The question in every case is whether the words used are used in such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.”

(violação de Ato de Espionagem, provocando insubordinação). No caso, apreciou-se o conteúdo da mensagem e não a mera ação. Ainda sobre o tema, no julgamento *Frohwerk vs. United States*, 249 U.S., 204, 206 (1919) o Juiz Holmes realizou um adendo em face do julgamento e teste supracitados:

A ausência de uma carta de exceções e as sugestões para suas aplicações em forma de mandamento, levou-nos a considerar o caso com mais ansiedade do que somente a questão constitucional que é o principal argumento aqui. Com relação a esse argumento, pensamos ser necessário aditar o que foi dito em *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 , 39 Sup. Ct. 247. Conquanto a Primeira Emenda proíba legislação contra a Liberdade de expressão, e obviamente não o teria sido, pretender dar imunidade para todo o tipo possível de linguagem. *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275, 281 , 17 S. Sup. Ct. 326. Nos atrevemos a acreditar que nem Hamilton ou mesmo Madison, ou qualquer outra pessoa com competência então ou depois, supor a criminalização do aconselhamento de um assassinato com a jurisdição do Congresso seria uma interferência inconstitucional à liberdade de expressão.<sup>27</sup>

É atribuído ao juiz Brandeis a formula do teste, originado no caso *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357 (1927). (EMERSON, 1963, p.910).

Mas mesmo a defesa da violação, em que pese repreensível moralmente, não é uma justificativa para negar a liberdade de expressão onde a advocacia é aquém da incitação e não há nada para indicar que a advocacia seja imediatamente atuada. A grande diferença entre advocacia e incitamento, entre preparação e tentativa, entre montagem e conspiração, deve ser levada em consideração. A fim de apoiar a descoberta de um perigo claro e presente, deve-se demonstrar que a violência séria imediata era de se esperar ou foi defendida, ou que a conduta passada forneceu razões para acreditar que tal advocacia foi contemplada<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> No original: “ The absence of a bill of exceptions and the suggestions in the application for mandamus have caused us to consider the case with more anxiety than if it presented only the constitutional question which was the theme of the principal argument here. With regard to that argument we think it necessary to add to what has been said in *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 , 39 Sup. Ct. 247, only that the First Amendment while prohibiting legislation against free speech as such cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity for every possible use of language. *Robertson v. Baldwin*, 165 U.S. 275, 281 , 17 S. Sup. Ct. 326. We venture to believe that neither Hamilton nor Madison, nor any other competent person then or later, ever supposed that to make criminal the counselling of a murder within the jurisdiction of Congress would be an unconstitutional interference with free speech.” Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/249/204.html>>, Acessado em: 16.02.18.

<sup>28</sup> No original: “But even advocacy of violation, however reprehensible morally, is not a justification for denying free speech where the advocacy falls short of incitement and there is nothing to indicate that the advocacy would be immediately acted on. The wide difference between advocacy and incitement, between preparation and attempt, between assembling and conspiracy, must be borne in mind. In order to support a finding of clear and present danger, it must be shown either that immediate serious violence was to be expected or was advocated, or that the past conduct furnished reason to believe that such advocacy was then contemplated.” Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html>>. Acessado em: 17.02.18

O teste em si passou a ser aplicado efetivamente com os juízes Holmes e Brandeis, em seus votos dissidentes, por considerarem que o tribunal não estava aplicando corretamente os padrões para análise de supressão do discurso, em especial naqueles que não ofereciam ameaça as instituições públicas. É ressaltado que este teste é superior ao *Bad Tendency Test*, uma vez que o que prevalece com o choque entre a liberdade de expressão e demais valores sociais é essa. Seria uma forma de se desenhar uma linha entre a expressão permitida e o ponto de ação, formando uma ampla área de proteção. Mas o autor também destaca uma série de objeções ao teste (EMERSON, 1963, pp.910/912): a) a fórmula permite que nos casos em que haja ameaça imediata a um valor social objetivo a expressão pode ser proibida, o que afeta o sistema relacionado a liberdade, além do que ao se permitir o corte/exercício em seu nascedouro, configura-se que somente expressões abstratas e inócuas possam ser proferidas; b) trata-se de um texto vago, sem resultados assertivos decorrentes de sua pouca clareza; c) a aplicação desse teste é de difícil aplicação para os casos mais complexos, tornando-se impossível a utilização dos procedimentos judiciais usuais, isto porque a abordagem de questões fáticas enseja por vezes um aprofundamento no qual a teoria do *clear and present danger*, imporia, citando o autor o caso *Dennis* a análise em diversos campos – histórico, político, econômico, psicológico – que transcenderia a aptidão do tribunal para tanto; d) a doutrina surgiu em casos em que a restrição à expressão se vinculava a questões criminais. Cita possível investigação em que os questionamentos possam provocar com suas respostas o *clear and present danger*, situação não condiz com o objetivo do teste, que é justamente revelar a existência de tal perigo, o que provou a não aplicação do teste nestes tipos de casos; e) no curso do desenvolvimento da teoria ela foi expandida para incluir outros fatores, além do impacto causado pela expressão e a provocação de uma ação. Assim, tais elementos, tais como a natureza e a gravidade do dano estariam sujeitas à prevenção abrindo-se alternativas ao Estado, e o valor da expressão em relação ao dano atingido seria levado em consideração e, assim o fazendo, equipara-se este teste ao do balanceamento, visto a seguir; O teste foi revisado por ocasião do caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, (1951). Neste caso a Corte assentou a constitucionalidade do *Smith Act*, que proscovia a advocacia da derrubada pela força e violência do governo norte-americano, e condenou os acusados com base nisso. Neste julgamento, constatou-se que nos julgados em que foi negativedo o *clear and present danger* não houve suas anulações. E em que pese

seja um teste com assento constitucional não deveria ser levado de uma maneira rígida e inflexível, sem atentar-se para cada caso. Ainda, que nos casos em que foi usado para reverter condenações, baseou-se no fato que os interesses estatais tutelados não eram tão substanciais de modo a se restringir o uso da palavra. No julgado se assentou que a derrubada do próprio governo por si já seria um bem tutelado suficiente para limitação do discurso, não havendo necessidade de que o governo aguarde os atos civis (AÇÃO). (E.U.A., 2017, pp.1164/1165). Trazemos excerto do julgado contido na obra supra, nas palavras do magistrado Learned Hand, que escreveu o voto pela maioria: “ Em cada caso (em julgamento) deve-se perguntar até onde se dá a gravidade do mal, descontada de sua improbabilidade, justifica tal invasão à liberdade de expressão de modo a ser necessária para evitar o dano”<sup>29</sup>. (EUA, 2017, p.1165). Cass Sunstein cita que o juiz Learned Hand tinha outra fórmula, e teria rejeitado o *clear and present danger* por que era melhor, pois considerava que a mera agitação por mudança o exercício da liberdade de expressão estaria tutelado, mas acaso a incitação fosse para o cometimento de um crime como o assassinato então não haveria a proteção, contudo a Suprema Corte a ignorou (SUNSTEIN, 2017, p.250). Em seguida, o *Balancing*, o qual sobreveio um ano depois do caso Dennis no chamado caso *American Communicattions Ass ´n vs. Douds*, em que o juiz Vinson afastou o *clear and present danger*.

Quando uma conduta particular é regulada no interesse da ordem pública, e o regulamento resulta em uma forma indireta, condicional, parcial, cerceamento da liberdade de expressão, o dever da Corte é determinar qual desses dois interesses em conflito necessita maior proteção em face das circunstâncias particulares apresentadas.<sup>30</sup> (EUA, 2017, p.1166)

Emerson discorrendo sobre este teste afirma que o mesmo veio como uma forma de amenizar os efeitos indiretos ocorridos em profundidade a partir da 2ª Guerra Mundial com a edição de normas que afetam a liberdade de expressão. Assim atos que tinham um efeito secundário, incidental e indireto buscavam limitar o exercício da liberdade de expressão, de uma forma tão significativa quanto a restrição expressa.

<sup>29</sup> No original: “In each case [courts] must ask whether the gravity of the “evil,” discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”

<sup>30</sup>No original: “When particular conduct is regulated in the interest of public order, and the regulation results in an indirect, conditional, partial abridgement of speech, the duty of the courts is to determine which of these two conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented”.

Contudo, afirmou que o teste era defeituoso e não conseguia na prática cumprir sua função. Ainda, como forma de analisa-lo, diz que o problema se situa em definir a área de expressão e, em quanto é atingida indiretamente pela regulamentação, provocando por parte da Corte a definição e conteúdo ao cerceamento. (EMERSON, 1963, p.940). Acrescenta que o entendimento varia de acordo com diversas situações nas quais a liberdade de expressão pode ser abordada de forma indireta, tais como na regulação econômica; qualificações pessoas (títulos) ou benefícios vinculados a posições públicas ou mesmo privadas; comissões parlamentares de investigação; estrangeiros relacionadas a deportação, naturalização (EMERSON, 1963, pp.941/1946). Tal como no teste anterior, o autor também realiza críticas ao dizer que: a) não há um núcleo de guia doutrinário para guiar a Corte à uma decisão, havendo uma imensidão de possibilidades a serem apreciadas de forma a realizar o balanceamento de forma a trazer a melhor solução, sendo o resultado dificilmente decorrente de regras imparciais; b) se levado a sério o teste, os fatos relacionados consomem maior apreciação de forma quase desmedida para um processo judicial; c) e o teste não permite, de fato, a um julgamento realmente independente. Haveria a tendência em apoiar o ato legislativo, de forma a se evitar a superposição do tribunal em detrimento do legislativo. A decisão seria vinculada mais em termos políticos ou sabedoria, do que em termos de limitação de poder; d) o teste não dá o real significado da Primeira Emenda. Diz que o juiz Black alertou que o Legislativo pode restringir a expressão sempre que entenda razoável e a corte não restringiria o Legislativo salvo se aferida a irrazoabilidade da norma; e) o teste não provê a polícia, procuradores ou outros órgãos oficiais de dados de quais direitos são essenciais em serem promovidos; conclui afirmando que o teste é uma teoria de reconciliação, ilusória. (EMERSON, 1963, pp.913/914). Temos o “Teste Absoluto” que se originou da posição dos juízes Black e Douglas adotando posições chamadas absolutistas, de modo a impedir que houvesse por parte do governo cerceamento à liberdade de expressão. Em artigo sobre a atuação do juiz Hugo Black, a respeito de sua posição em face do *Bill of Rights*, em especial à primeira emenda, Patrick McBride descreve-o como ferrenho defensor da liberdade de expressão de modo que a Suprema Corte não deveria de modo algum admitir restrições, de modo que o sopesamento já fora levado a termo pelos redatores da primeira emenda, e assim a redigiram de forma a ser levada a efeito de forma a manter a sobrevivência de um governo democrático. Com seu entendimento refutava os demais testes. (MCBRIDE, 1969, pp.38/39). Emerson nos

explica que o teste possui dois componentes, sendo que um refere-se ao comando da primeira emenda como algo absoluto em seu viés protetivo em face de uma norma que cerceie a liberdade de expressão. As dificuldades são justamente aferir quando há esse cerceamento e quando se dá o exercício da expressão, devendo-se fazer o balanceamento em cada caso. O outro, trata-se de incluir dentro da esfera de proteção da Primeira Emenda uma área de proteção mais ampla, incluindo de maneira mais ampla a atividade governamental quanto à tutela da mesma, ou seja, oferecer maior proteção à liberdade e maior restrição à atividade governamental. Tal como os demais testes, aponta que não foi adotado integralmente pela corte em razão de sua imprecisão no que tange aos termos do que é protegido (tal como o que cerceia e mesmo o que seria o exercício da liberdade de expressão). (EMERSON, 1963, p.915). Muita citado pelo nosso STF a questão da *preferred position* ou “posição preferencial”, tem a ver com a visão absolutista da primeira emenda por parte dos juízes Black e Douglas, em oposição ao balanceamento, em que os preceitos estampados de liberdade de expressão possuem uma posição preferencial frente a outros casos (E.U.A. 2017, p.1171). Neste sentido, o juiz Black manifesta-se que o balanceamento a ser feito nesta área (liberdade de expressão) já teria sido feito pelos seus autores (da 1ª emenda). (E.U.A. idem). Feitos todos os percursos mencionados pelos testes, resulta que não há uma teoria que atenda a exaustão todas as formas possíveis de relacionamento entre a tutela da primeira emenda e a realidade, sendo que somente com a ocorrência efetiva do conflito é que se tem uma posição judicial, a qual pode adotar o teste que lhe aprouver, já que em sua maioria apresentam-se reservas. A despeito destas características da liberdade de expressão, a Suprema Corte não definiu o alcance ou como deve a liberdade de expressão ser aplicada aos casos, compreendendo a primeira emenda uma constelação de valores. Inclusive, reafirma-se que a utilização da expressão “*freedom of expression*” inexistente no texto legal, compreende todos os sentidos (reunião, imprensa, petição, associação) em virtude do alargamento do termo speech pela Suprema Corte (E.U.A. 2017. p.1146). Neste ponto, cabe trazer as observações de FISS de que a Suprema Corte ao longo de 25 anos acentuou o retorno ao princípio da NEUTRALIDADE DO CONTEÚDO (FISS, 2005, p.51). Com tal entendimento, o exercício da liberdade de expressão seria defendido irrestritamente independentemente do conteúdo da mensagem exarada. Portanto, por mais incoerente ou mesmo abjeta a mensagem, por força da primeira emenda não poderia o Estado opor-se ao exercício da ação. A adoção dessa posição

decorre da compreensão de que a liberdade de expressão não se limita a um atributo individual, mas antes de tudo coletivo. Mas...

A Liberdade de expressão assegurada pela Constituição não confere um direito absoluto de se expressar sem responsabilidade, qualquer assunto que escolhamos, ou uma irrestrita e desenfreada licença dando imunidade para qualquer tipo de uso da linguagem, de forma que impeça a punição daqueles que a abusarem; deste modo o Estado no seu exercício do seu poder de polícia poderá punir aqueles que abusarem de sua liberdade com declarações hostis ao bem-estar, com incitação ao crime, distúrbios na paz pública, ou colocando em perigo as fundações do governo, ameaçando com sua derrubada por meio ilegais, não estando em aberto tais questões (*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 , 668 S., 45 S. Ct. 625)<sup>31</sup>.

Assim, pelo direito comparado verificamos que o tratamento da liberdade de expressão encontra similitudes com o direito brasileiro, sendo que pela sistemática adotada pelos norte-americanos a decisão em caso de confronto não encontra resguardo em posições pré-definidas em termos de teoria, mas sim de posicionamento consequencial dos atos empregados. Também é possível constatar que cada uma das situações comentadas neste capítulo de uma forma ou outra encontram em especial no STF certo espelhamento, muito mais por instrução de hermenêutica do que por prevalência de uma tese.

---

<sup>31</sup> No original: That the freedom of speech which is secured by the Constitution does not confer an absolute right to speak, without responsibility, whatever one may choose, or an unrestricted and unbridled license giving immunity for every possible use of language and preventing the punishment of those who abuse this freedom; and that a State in the exercise of its police power may punish those who abuse this freedom by utterances inimical to the public welfare, tending to incite to crime, disturb the public peace, or endanger the foundations of organized government and threaten its overthrow by unlawful means, is not open to question. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/274/357.html>>. Acesso em 18.12.2018.

## **6. Limitações à liberdade de expressão**

A liberdade de expressão considerada como um direito mãe do qual decorrem múltiplos outros direitos, tais como de informação, reunião, manifestação, associação, sendo um dos direitos inerentes ao homem por compor o rol dos direitos da personalidade possui ampla área de incidência. A considerar sua natureza de direito humano incidente em tratados universais, sua constitucionalização, seus fundamentos pessoais de autorrealização, e coletivos de fomento à democracia, ensejam por parte da legislação e seu intérprete a análise dos preceitos como forma de conformá-los ou mesmo sopesar eventual desrespeito e conflito normativo. Neste capítulo iremos, a partir das dimensões dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva) e seu relacionamento com o próprio Estado, aferir os meios pelos quais é possível configurar os direitos fundamentais. Para tanto, é necessário entender-se qual seu âmbito de proteção, seu conteúdo essencial e a definição de seu núcleo, ou seu mínimo social. Uma das formas que empregaremos passara pelos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva cuja obra trata sobre limitações aos mesmos.

### **6.1 Dimensões dos direitos fundamentais.**

Com o fenômeno da constitucionalização mundial, cujo marco histórico remonta ao pós-guerra, com a incorporação dos direitos fundamentais e a evolução de sua concepção de normas programáticas para normas de executoriedade imediata, o estudo da matéria avançou de modo a ser reinterpretada a teoria jurídica até então existente. Rememoramos a evolução da doutrina nacional que após 1988 falava na constitucionalização do direito civil como fenômeno inovador, passando a ideia que os direitos privados ali regulados passassem a ser constitucionalizados da lei ordinária para a constituição. Ao contrário, admitindo-se a força normativa constitucional, o direito privado passou a subordinar-se à ela face seus efeitos irradiantes. Essa irradiação reflete-se em vários âmbitos, tanto normativo como político, tanto que Perez Luño ensina que os direitos fundamentais possuem relevo de modo a determinar a significação do Poder Público, pois o orienta e o organiza a tal ponto de influir no exercício das funções estatais, assinalando que eles são a principal garantia dos

cidadãos no estado de direito e de promoção da pessoa humana. Assim, segundo o mesmo, há uma significação axiológica objetiva correspondendo à legitimação das formas constitucionais do Estado de Direito, por constituir os pressupostos de consenso sobre o que deve se edificar qualquer sociedade democrática. Com o avanço do dinamismo e da significação, os direitos fundamentais passam de uma função de garantia, ou mero limite, para formar um conjunto de valores diretivos da ação dos poderes públicos. (LUÑO, 2013, pp.16/17). Assim, considerando que a liberdade de expressão é considerada como um direito inato, com o avanço dos direitos fundamentais a tutela constitucional passa a garantir também a tutela legal de expressão, ocorrendo, por exemplo, através da lei reguladora das rádios comunitárias (Lei 9.612/98), considerado como grande marco comunicativo, e a Lei de Acesso a Informação - LAI (Lei 12.527/11), estas compreendendo as múltiplas facetas do preceito, em especial o direito de informar e ser informado. Acerca desse efeito, visando tutelar com viés de limitação foi editado o Decreto distrital 20.007/99 (DF) que vedava, apesar de seu título mencionar a regulamentação das manifestações públicas, a utilização de carros aparelhados e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes”, acabando por ser declarada inconstitucional em 2007, por afronta à liberdade de expressão. Em sua faceta subjetiva, os direitos fundamentais tutelam “la libertad, autonomia y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demas miembros del cuerpo social” (LUÑO, 2013, p.18). Essa segurança para o exercício do direito fundamental tem seus efeitos no âmbito vertical na relação Estado e cidadão, mas a doutrina aprimorou e ampliou sua incidência para compreender também a forma horizontal, é dizer entre particulares, conforme a expressão *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>32</sup> (LUÑO, 2013, p.19), cujos efeitos também já foram acolhidos em território brasileiro conforme RE nº 201819/RJ (Informativo do STF 405/2005<sup>33</sup>) em que se discutiu a exclusão de sócio de entidade privada por ato sumário sem defesa. Em aprofundamento da temática da esfera subjetiva Luiz Fernando Calil Freitas discorre sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais e o auxílio na sua compreensão a partir da obra de Georg Jellinek (Sistema dei *Diritti Pubblici Subiettivi*)

---

<sup>32</sup> Também referida no Capítulo IV.

<sup>33</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo405.htm> >. Acessado em 26.02.2019.

em que assenta as quatro posições a que o indivíduo pode assumir frente ao estado: *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activus*.

Mais detidamente, o *status subjectionis* é aquele em que o indivíduo está submetido a determinações ou proibições formuladas pelo Estado, condicionado seu agir. O *status civitatis*, de outro lado, correspondente a significativa parcela dos direitos fundamentais a prestações positivas, detém o cidadão a quem o Estado *reconhece a capacidade jurídica para reclamar para si o poder estatal, para utilizar as instituições estatais, é dizer, outorga ao indivíduo pretensões potestativas*. Diversamente o *status activus*, ou estado da cidadania ativa, que complementa o âmbito dos direitos a prestações positivas, caracteriza-se como sendo aquele em que ao cidadão são outorgadas capacidades que se encontram fora de sua liberdade natural e correspondem a competências estatais, de molde a que o exercício dos direitos nele enquadráveis configura uma modalidade de participação na formação da vontade estatal [...]. Tal como pensado originariamente pensado por Jellineck, o *status libertatis* corresponde aquela condição que possibilita ao cidadão uma atuação livre, não-protegida, não regulada pelo direito, vez que relativamente a ela não vigoram normas proibindo ou determinando comportamentos, já que os atos nesse âmbito compreendidos seriam juridicamente irrelevantes. Essa construção teórica, com bem alerta Sarlet, mereceu releituras contemporâneas e complementações, a fim de que seu vigor lógico-jurídico se mantivesse um nível apto à sua utilização (...). (FREITAS, 2007, p.60, itálico pelo autor)

Esta classificação, segundo Freitas, sofreu críticas por Robert Alexy por não possuir correspondência ao que se entende hoje por direitos fundamentais, para quem o *status libertatis* teria um conteúdo restrito e outro amplo, o primeiro referindo-se a liberdades não protegidas, e o amplo aos direitos fundamentais de defesa. (FREITAS, p.2007, p.61), o que nos permite vislumbrar a liberdade de expressão em seu aspecto deontológico.

## 6.2. A conformação dos direitos fundamentais

Vimos que a teoria dos direitos fundamentais se espalhou em forma de tornar-se um amálgama, não sendo possível pensar-se um estado sem os mesmos. Neste sentido, as dimensões objetivas e subjetivas demonstram o quanto um estado democrático vincula-se a ideia. A conformação vem ser a forma pela qual o Estado possibilita o uso de um direito. O uso desse direito por ser moldado, ou conduzido, de forma a que se dê plenitude. A conformação não significa necessariamente que haverá alguma limitação (no gozo do exercício) ou restrição (no sentido de acesso), mas é a via pela qual se liga o titular do direito dependente em algum momento da ação estatal. Essa ação estatal é dependente das disposições constitucionais que

pode impor condicionantes, seja elas procedimentais (como no caso da incorporação de tratados e convênios de direitos humanos, exigindo-se quórum qualificado pelo congresso); material (expropriação de terras usadas pelo tráfico de drogas), funcional (quanto as competências). Ledur alerta que:

Diversamente do que ocorre com os direitos à vida, a dignidade, a liberdade de emitir uma opinião ou pensamento, que preexistem às prescrições jurídicas, os direitos fundamentais com âmbito de proteção normativo carecem de desdobramentos em normas constitucionais ou infraconstitucionais nas quais o seu conteúdo obtenha conformação. (LEDUR, 2009, p.47)

Neste sentido a liberdade de expressão prescindiria de conformação, com o que não concordamos, já que haveria o absolutismo desses direitos de personalidade, impedindo-se eventual regulamentação (como no caso da liberdade de manifestação e o direito à saúde/vida, quando provocados em razão de uma manifestação no entorno de nosocômios). Ainda que tal regulamentação não seja em face do direito em si, não existem direitos isolados/desconectados de uma sociedade – todo e qualquer direito é relacionado a algo ou alguém no qual se qualifique como bem jurídico. Atento a tal observação, alerta Ledur que “O exercício de direitos fundamentais com âmbito de proteção não carente de conformação pelo legislador pode originar controvérsias entre os seus titulares ou conduzir a choques com interesses da comunidade” (2009, p.49), concluindo que estes direitos não são absolutos. Porém, em nota de rodapé na mesma página excetua a dignidade humana, asseverando que não há nenhuma possibilidade de limitação, nem por força de outros bens constitucionais, tais como liberdade de pensamento, associação, repouso entre outros. Situação que também não concordamos, pois, a dignidade humana pode ser atingida, por exemplo com adoção à pena de morte; a liberação de biografias não autorizadas, portanto com conteúdo irrestrito, em que o STF entendeu pela impossibilidade de limitação ou censura prévia.

### **6.3 Âmbito de proteção e intervenção**

Ledur ao tratar de intervenções como forma de resguardar o equilíbrio aos direitos fundamentais assevera a importância da questão da reserva legal, como sendo aquela em que decorre de autorização da própria constituição para intervenções, distinguindo-a da legalidade, já que a primeira se dirige ao legislador e

a segunda àquele que exerce a função administrativa. Essa reserva legal tem como parâmetro o chamado “âmbito de proteção” que seria, baseando-se nos autores alemães Pieroth/Schlink, uma esfera vital protegida jurídico-fundamentalmente. Assim para eles:

Intervenção é cada ação estatal que torna uma conduta, que recaia no âmbito de proteção de um direito fundamental, total ou parcialmente impossível ao particular, independente de esse efeito se realizar com finalidade ou sem intenção, direta ou indiretamente, normativa ou concretamente (fática, informalmente), com ou sem ordem ou imposição. (PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte- Staatsrecht II, cit.p.59, *apud* LEDUR, 2009, p.53)

Portanto, o âmbito de proteção possui relação direta com a intervenção, influenciando nas dimensões protegidas, como ensina Ledur, em geral nos casos de direitos de defesa, em que o aspecto subjetivo prepondera (mencionando que nos casos de direitos prestacionais haveria dificuldades em delimitá-los), de modo que no aspecto objetivo sua significação se mostra “centrada em valores e princípios jurídicos, a *função de proteção* dos direitos fundamentais assume relevância especial juntamente com a interpretação conforme aos direitos fundamentais (*grundrechtskonforme Auslegung*)”. (LEDUR, 2009, p.51, *itálico do autor*).

Robert Alexy esclarece que o âmbito de proteção em que pese seja utilizado como sinônimo de suporte fático para alguns, são conceitos distintos, possuindo em comum aquilo que a “norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições”. (ALEXY, 2011, p.302). Nas linhas abaixo veremos com mais vagar aspectos relativos ao âmbito de proteção.

#### **6.4. Mínimo existencial, conteúdo essencial e restrições**

Ao se falar em âmbito de proteção começamos a abordar alguns aspectos teóricos dos direitos fundamentais na esfera de limitações. Como veremos adiante, há distinções entre restrição, limitação, intervenção. Previamente a tais questões, o que há de comum é o emprego de várias facetas para a proteção ao direito fundamental. Vimos o chamado âmbito de proteção utilizado como forma de se aferir *prima facie* a incidência dos direitos fundamentais, para após incidir a ponderação, sendo seu emprego meio técnico a se chegar ao cerne do direito indo até o que se chama de conteúdo essencial. Dessa análise, também se fala em mínimo existencial. Portanto, passaremos a abordar as questões afetas ao objeto a ser protegido.

A origem da teoria do “mínimo existencial” é atribuída ao jurista alemão Otto Bachoff, ao referenciá-la em 1950 ao tratar da Lei Fundamental alemã (de 1949). Assim, ao comentar sobre a dignidade da pessoa humana naquele texto constitucional contida no art.1º, inc. I, onde estabelecida sua intangibilidade, apontou a necessidade de reconhecer-se a existência de um mínimo social. A partir de então e ao longo de décadas, o entendimento passou a ser adotado naquele país (tanto em órgãos de julgamento administrativo como judiciais), sendo que “a doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social do Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações” (SARLET e FIGUEIREDO, 2010, p.21). Desta ideia de mínimo social os alemães distinguiram mínimo vital do mínimo existencial. O primeiro compreende aquilo que é necessário para manter a vida, em seu sentido mais básico, o segundo é mais amplo, englobando todas as condições necessárias para uma vida digna. Reside aqui entendimento de suma importância: ambos não são equivalentes, ou mesmo sinônimos. O principal argumento para evitar-se a sinonímia seria o de impedir o esvaziamento do conceito do mínimo existencial, reduzir sua amplitude, e permitir que seja adotado a menor extensão desse direito fundamental, até mesmo de forma haver sua supressão, situação mencionada anteriormente nas linhas acima quando da abordagem dos meios indiretos ou limitadores ao exercício do direito. Assim, o mínimo existencial é aquilo que é necessário para que o indivíduo tenha condições para uma existência digna. Como sabido, a dignidade não se limita a isto, sendo um conceito jurídico aberto por compreender outros aspectos ou vários direitos fundamentais, e possuir relacionamentos com a cultura, a educação, o lazer, etc... Daí porque o mínimo existencial social, compreende outros mínimos, de acordo com a concepção da extensão dos direitos sociais. Sob o aspecto da liberdade de expressão, Alexandre Assunção e Silva cita que o mínimo existencial cultural é o parâmetro limitador a eventuais intervenções. A adoção do “mínimo” visa, portanto, a resguardar a liberdade de expressão e de reunião como forma de desenvolvimento intelectual livre de forma a alcançar-se o objetivo constitucional do bem de todos (SILVA. A, 2017, p.38). Como regra, os autores, tais como Silva, dão o caráter individualista, mas o mínimo cultural também poderia ter uma faceta coletiva, como exemplo os aspectos imemoriais das comunidades indígenas, sendo que o mínimo cultural varia de acordo com os povos com os quais possa ser identificada.

O conteúdo essencial, por sua vez, possui um matiz distinto, apesar de Virgílio Afonso da Silva reconhecer que a ideia remete imediatamente ao conceito de mínimo existencial. Contudo, recomenda cautela, já que o conceito de mínimo existencial possui vários sentidos: seja como aquilo que é garantido; aquilo que é justiciável (haveria uma parcela garantida através da justiça, mas seria possível haver mais benefícios através de políticas sociais); ou, o mesmo que conteúdo essencial (SILVA, 2010, p.205). O conteúdo essencial teria uma faceta objetiva e outra subjetiva. No aspecto objetivo compreenderia tudo aquilo a ser protegido de forma a que nenhuma forma de restrição o atingisse. Em termos subjetivos é apreciado nas formas absoluta ou relativa. A dimensão subjetiva absoluta compreende a existência do direito fundamental independentemente das situações que fossem enfrentadas. Contudo, como alerta Virgílio, o fato de ser absoluto não significa imutável, admitindo-se elasticidade ou aspecto dinâmico (idem, 2010, p.189), ou seja, de acordo com a situação, ou dinamismo social, a valoração do direito fundamental permite seja atenuado sua aplicação. Já, para a situação relativa o que se tem é a aplicação da proporcionalidade e formas de ponderação. O ponto de partida seria entender que não haveria pontos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental, dependendo das condições fáticas e das colisões entre os direitos/interesse para a situação fática (idem, 2010, p.196). Virgílio Afonso da Silva esclarece que por este enfoque (subjetivo), haveria questionamentos sobre a existência ou não de prejuízo ao direito fundamental, exemplificando com a pena de morte (em caso de guerra), a condenação criminal de reclusão. Arremata dizendo que na forma objetiva não se teria problemas, já que não afetaria a função para toda a vida social. (idem, 2010, p.187), motivo pelo qual entende que a dupla garantia de conteúdo essencial e proporcionalidade seria uma redundância (idem, 2010, p. 200).

O que resulta pacífico em termos de doutrina é que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial. O mínimo existencial, tal como alertado por Virgílio, depende da posição escolhida, mas não deixa de se situar dentro da linha teórica do conteúdo essencial, seja no aspecto objetivo, de que o direito fundamental preexiste e tem ampla proteção, e eventuais supressões estão de acordo se não afetarem a todos em sociedade. No viés subjetivo, o mínimo existencial também se adequa aos preceitos teóricos, seja na aceitação de uma esfera de proteção absoluta dinâmica, seja na aplicação da proporcionalidade. Cabe ressaltar que Virgílio ao tratar do conteúdo essencial não refere à teoria externa ou interna ou ao suporte fático, mas

referencia nas suas explicações aos elementos de ambas. Independentemente dessa acolhida teórica, a liberdade de expressão como um direito social, principalmente na forma daquela prevista no art.220 da Constituição Federal, tem na teoria relativa melhor recepção:

O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer a outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. (SILVA, 2010, p.205).

Portanto, ao se entender pela adoção da teoria relativa a uma situação hipotética de um pronunciamento cujos os meios fossem legalmente limitados, não se configuraria um desrespeito do direito fundamental da expressão. Veja-se que é distinto, sob nossa ótica, a liberdade comunicativa da liberdade de comunicação. Na liberdade comunicativa se tratam dos meios de massa cujo acesso não é público em geral, porém controlado pelo Estado, como no caso da televisão aberta e radiodifusão cujo espectro magnético é da União e por ela regulamentado. Ao admitir-se tal entendimento, conclui-se que adotamos uma posição de ponderação e, portanto, de restrição. A grande questão reside quando não se tem o conflito de princípios relacionados/derivados, já que a comunicação de massa necessita previamente que haja a comunicação individual. Não obstante a isso, cabe lembrar que o art.13 do Pacto de San José da Costa Rica veda restrição de meios.

Robert Alexy discorrendo sobre a restrição das restrições sobre o art.19, §2º, da Lei Fundamental alemã<sup>34</sup> afirma ser o conteúdo essencial um adicional, uma proteção àquelas restrições decorrentes de princípios. Nesta esteira, diz que o Tribunal Constitucional Federal alemão vislumbrou duas teorias que garantiriam a proteção: a objetiva e a subjetiva. Assim, debruçou-se sobre as teorias subjetivas, que podem ser relativas ou absolutas. As relativas são aquelas em que o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento.

---

<sup>34</sup> Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.  
§2º Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Diante da inquestionável vigência da proporcionalidade, o art.19, §2º, teria simplesmente um significado declaratório. Já, segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. (ALEXY, 2011, p.298).

No caso, cita que o tribunal adota em diversas posições a defesa de uma teoria absoluta, porém não ignora a relativa. Acerca deste artigo constitucional Alexy afirma que a ideia de direitos absolutos não é válida sob uma perspectiva constitucional, sendo possível a aceitabilidade da máxima da proporcionalidade (quando um princípio cede em favor de outro), fortalecendo ainda mais o princípio já que as “razões contrapostas tem que crescer de forma sobreproporcional” (ALEXY, 2011, p.300/301)

#### **6.5. As restrições a partir de Virgílio Afonso da Silva.**

Como mencionado, ao se analisar os contornos da tutela da liberdade de expressão é inegável que a restrição/limitação ao seu exercício vem como questionamento, quanto à forma e alcance. A resposta reside na abordagem de que se faça quanto à teoria dos direitos fundamentais. A temática possui enfoques diversos no sistema americano e sob as vestes do direito alemão. Para o sistema brasileiro verifica-se a ampla aceitação dos moldes da teoria dos princípios alemã, empregando-se de forma subsidiária os preceitos estadunidenses, isto porque o enfoque da liberdade de expressão em cada um desses países é diferente. Portanto, visando conciliar o embasamento teórico com o sistema brasileiro, buscamos na doutrina aqueles autores que forneciam os maiores elementos para compreensão do tema, evitando os casos de reducionismo de algumas obras que partem sua análise de que não havendo restrição constitucional não haveria qualquer tipo de restrição, em uma forma de tudo ou nada. Desta maneira, dois autores foram selecionados para a abordagem mais abrangente: Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva (tradutor da obra do primeiro). Alexy, com sua Teoria dos Direitos Fundamentais traz importantes colaborações para a temática, realizando e emprestando exemplos vinculados ao Tribunal Constitucional e à Lei Fundamental alemães. Virgílio, por sua vez, embasando-se nos ensinamentos de Alexy, propõe a análise com o cotejamento de

decisões do STF e legislação brasileira citando casos relacionados à liberdade de expressão dentre eles o HC nº 82.424/03-STF – conhecido como caso Ellwanger<sup>35</sup>e o HC nº 83.996/04-RJ – envolvendo Gerald Thomas, na obra *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia* (2010). Nela, trata com amplitude a temática, desenvolvendo sua tese com respaldo na Teoria dos Princípios de Robert Alexy, além de cotejá-la com outras teorias e diante da forma didática em que constrói seu raciocínio, trasladaremos os pontos que reputamos de interesse na matéria. Como marco introdutório cita o caso Ellwanger, onde assenta suas bases de pesquisa na “ (a) definição daquilo que é protegido pelas normas de direito fundamental; (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições”. (SILVA, 2010, p.28). De plano deixa assentado que sua tese se baseia em um modelo de suporte fático amplo, o que implicará na rejeição de teorias que defendem regulamentações, pois constituem restrição aos direitos fundamentais, não obstante ao admitir o sopesamento aceita que haja limitações e até mesmo, em determinados casos a supressão de um direito fundamental. Para construção de suas ideias parte da distinção entre regras e princípios, sendo que as primeiras garantem direitos definitivos e os princípios direitos *prima facie*, sem o traço da definitividade (SILVA, 2010, p.45). Discorre que a teoria de Alexy tem os princípios como mandamentos de otimização, de modo que “algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, 2010, p.46). Haveria a possibilidade de conflitos entre regras (regras com regras, regras e princípios); e princípios (princípios x princípios). Para os conflitos de princípios haverá sempre a fixação de uma relação de precedência, não invalidade, com base na concretude dos fatos (SILVA, 2010, p.51). Considera que a situação menos trabalhada na teoria dos princípios dá-se no caso do conflito entre princípios e regras, cuja solução teria sido extraída da nota de rodapé de dois trabalhos de Alexy em que se trabalha com o sopesamento, contudo, seria um conflito entre princípios em que um deles teria uma regra derivada, já que regras não são sopesáveis, imputando a solução como problemática:

Ela é problemática porque dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante

---

<sup>35</sup> Visto no capítulo IV.

que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica (SILVA, 2010, p.52).

Esclarece que a finalidade da regra, tendo o legislador como seu titular, é a expressão da restrição de um princípio, aplicando-se por subsunção, não negando que a mesma possa ser reputada inconstitucional. Virgílio consigna que o emprego teórico não é uma tarefa simples, reconhecendo a complexidade de casos. Um deles é o julgado no HC nº83.996 (DJU 26.08.2005), mencionando como episódio a peça teatral em que o diretor Gerald Thomas após ser vaiado e hostilizado pela plateia baixou as calças e exibiu as nádegas, sendo acusado penalmente pela prática de ato obsceno (art.233 do CP). Explica que ao se adotar a solução tradicional de subsunção do fato à regra, a consequência seria a aplicação da pena. Outra proposta aplicável seria suscitar-se o choque de princípios da liberdade de expressão e da proteção da ordem pública vinculada aos bons costumes da qual a regra penal deriva, mas tal seria admitir de que em determinadas situações haveria regras aplicáveis a um caso concreto que não poderiam sê-lo<sup>36</sup>. Nesta situação, o STF entendeu que o ato não se enquadrava como regra já que o ato seria atípico e o ato praticado estaria no contexto da liberdade de expressão. (SILVA, 2010, p.54). A respeito deste mesmo acórdão, Alexandre Assunção e Silva discorre que a Constituição não autoriza a proibição de manifestação obscena. Assevera que não cabe ao Estado dizer o que é moralmente correto, ou utilizar-se do direito penal para realizar projetos autoritários, além do que obscenidade é um conceito vago, indeterminado e que, portanto, haveria revogação tácita da norma penal, ou mesmo a perda do sentido do tipo penal em razão do princípio da adequação social (SILVA. A, 2012, pp.175 e 176) para ao final citar a prevalência da liberdade de expressão, conforme entendimento do STF, como no caso supra. Portanto, temos duas posições distintas para o mesmo fato. Virgílio mostra que ao se tangenciar a questão sobre o conflito de princípios, sequer houve o debate sobre a tipicidade constitucional, e mais, ao não se enfrentar, ao não se sopesarem os princípios envolvidos o STF tampouco consolidou a revogação tácita

---

<sup>36</sup> O carnaval brasileiro é fonte para estudo de casos. Em 2019 situação envolvendo bloco de rua em que a PM/MG teria “impedido” a manifestação política argumentando possível desordem pública, e MP e Defensoria Pública recomendando com base em tratados internacionais e outros a plena liberdade de expressão. Tal situação sempre remonta a questão de massas, desordens, e a segurança individual de participantes. Quem teria a expertise em definir (não decidir) qual o maior valor a preponderar? Qual princípio há preponderar?. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/carnaval/2019/03/03/ministerios-publicos-e-defensorias-da-uniao-e-de-mg-recomendam-que-pm-nao-proiba-manifestacoes-politicas-no-carnaval-de-bh.ghtml>> . Acesso em 03.03.2019.

do artigo penal. Já Alexandre reconhece a tipicidade criminal e procura esvaziá-la com emprego interpretação sistemática, adotando, curiosamente um outro princípio exclusivo do direito penal (adequação social). Neste ponto, reside o mesmo problema suscitado por Virgílio, em que a situação não envolve a regra do Código Penal, mas sim o conflito de princípios – bons costumes- e a adequação social. Como defender tal posição e ignorar que há uma regra de aplicação de princípios, no caso o Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1943 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB) que estabelece em seu artigo 4 que na omissão da lei se aplica a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e em seu artigo 17 reconhece a aplicabilidade dos bons costumes no Brasil como norma de ineficácia de leis, atos e sentenças de outro país? Ao se mencionar a falta de restrição por parte da Constituição, o que ensejaria a total liberdade, (sendo esta uma forma de estabelecer a adoção de um suporte fático restrito - a ser visto nas páginas adiante), não podemos concordar com a posição de Silva, até porque o STF condiciona a prevalência da liberdade de expressão no julgamento do HC 83.996/RJ ao contexto. Outra situação de possível conflito mencionada por Virgílio, adveio com a possibilidade de saque do FGTS nos casos em que o titular da conta fosse portador de HIV, situação não prevista na Lei nº 7.670/188, o que seria uma colisão entre o direito à vida e a regra legal, que não previa tal condição, decidindo os juízes contra *legem*. Mas com o entendimento consolidado em um sentido, não haveria mais o sopesamento, já que aplicado de caso em caso, havendo para esta ocorrência, uma regra que instituiu uma exceção à regra proibitiva, regra criada pela jurisprudência, para somente com a Lei nº 8.036/90 haver a previsão legislativa.

Se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação. Uma vez criada a exceção, vale para ela também o raciocínio de *direito ou dever definitivo*, típico das regras (AFONSO DA SILVA, 2010, p.56, itálico do autor).

A tese de Virgílio, tem como base o suporte fático. O suporte fático possui no direito penal e tributário melhor desenvolvimento doutrinário, mas adota-se no âmbito constitucional, esclarecendo ser a previsão hipotética na qual os fatos se adequam, aqui compreendidos o abstrato e o concreto. Neste ponto, ressalta:

A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático [amplo ou

restrito]; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; (...). (SILVA, 2010, p.68)

Para a composição do suporte fático, ele se baseia em Robert Alexy e Martin Borowski, no atinente ao âmbito de proteção - AP (tudo aquilo que é resguardado, sendo vários estados ou posições jurídicas) e a intervenção estatal- IE (SILVA, 2010, p.73) incluindo o autor a ausência de fundamentação estatal- APx. Fixadas as linhas, temos então AP x IE + APx cuja fórmula se aplica para a face negativa das liberdades (SILVA, 2010,p.75). No que tange aos direitos prestacionais, tais como os direitos sociais, ao contrário da intervenção, trabalha com *omissão ou prestação insuficiente*. Assim:

Em outras palavras: o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? A resposta somente pode ser: há um direito definitivo à realização dessa ação. (SILVA, 2010, p.78, itálico do autor).

O tratamento do suporte fático começa pela distinção entre amplo, defendido pelo autor, com base em Alexy com sutis diferenças, e o restrito. No amplo, “ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, “há uma concentração da argumentação no *momento da fundamentação da intervenção*” (SILVA, 2010, p. 94, itálico do autor). O restrito, por sua vez, se refere as correntes tradicionais de interpretação sistemático-histórico cuja dificuldade reside em dizer quais critérios condutas seriam excluídas em que pese poderiam ser garantidas *prima facie*. Virgílio cita John Rawls, e sua tese distinguindo regulação (que seria aceitável para Rawls) de restrição, refutando-a, pois para ele o ato administrativo mais inofensivo pode se travestir de forma a restringir de forma contundente um direito, citando como exemplo a ADI 1.969 em que se discutiu sobre a constitucionalidade acerca da mera regulamentação do direito de reunião no Distrito Federal quanto aos aspectos de local e horário (SILVA, 2010, p.103), onde o julgamento no STF concluiu que independente do nome que se dê ao ato normativo, restrição/regulamentação, seriam formas de limitar os direitos fundamentais.

Trazemos a síntese do autor quanto aos suportes fáticos:

(...) suporte restrito é em geral, a própria definição daquilo que é definitivamente protegido; no segundo caso – suporte amplo -, definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela sua proteção definitiva, ou não. (SILVA, 2010, p.109)

Todavia, havendo uma restrição faz-se necessário aferir sua constitucionalidade, sendo sugerida por Virgílio a tabela que segue, de modo que se vislumbre se o ato é constitucionalmente aceito ou se constitui uma violação inconstitucional (SILVA, 2010, p.112)<sup>37</sup>.

	Âmbito de proteção	Intervenção	Constitucionalidade da intervenção
1	Amplio	Amplio	Depende de fundamentação
2	Amplio	Restrito	Constitucionalidade (sem fundamentação)
3	Restrito	Amplio	Constitucionalidade (sem fundamentação)
4	Restrito	Restrito	Constitucionalidade (sem fundamentação)

Com base nas linhas acima é possível depreender-se como se dá análise quanto a possível intervenção. Assim, as situações pontuadas nas linhas 2, 3, 4 são aquelas que o ônus de fundamentação são os menores, sendo que na situação da linha 2 o que se teria, na forma empregada por Rawls, seria apenas regulamentação e não efetivamente uma intervenção. O entendimento para tomar-se como intervenção constitucionalmente justificável é a análise dos princípios em colisão e das circunstâncias do caso concreto (SILVA, 2010, p.119).

Assentadas as linhas utilizadas para obtenção do âmbito de proteção, há que se verificar as teorias que as empregam. Isto quer dizer que o simples fato de se adotar o suporte fático amplo, não implica que seja o mesmo a forma definitiva quanto a análise das restrições (ou não) dos direitos fundamentais. Assim, menciona as teorias interna e externa.

A teoria interna tem como enfoque os direitos definidos em estruturas de regras e, portanto, como característica de tudo-ou-nada o que impede o sopesamento. Assim, a teoria interna relaciona-se com os limites imanentes, o que afasta a adoção do entendimento dos direitos garantidos *prima facie*. Virgílio aponta que o STF adota a teoria dos limites imanentes, contudo, em outras situações adota o sopesamento, o que demonstra não haver uma unificação de entendimento. Para tal assertiva, menciona o caso Ellwanger (cujas posições foram vistas no capítulo III). Nele, diz que o Min. Maurício Corrêa faz menção aos limites imanentes quando referiu a existência

---

<sup>37</sup> Virgílio aponta que esta tabela se inspirou na elaborada por Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais .p.308

dos limites traçados pela CF (SILVA, 2010, p.131). Uma vez realizado quadro sinótico nas decisões emanadas pelo STF que compreendem a liberdade de expressão, tal constatação procede, não havendo taxatividade dogmática por parte dos ministros do tribunal. Daí a importância em se destacar a diferença entre limites imanentes e restrições a direitos fundamentais:

Com isso, a diferença entre os *limites imanentes* e as *restrições a direitos fundamentais* decorrentes de colisões é facilmente perceptível, e pode ser traduzida pelo binômio declarar/constituir. Enquanto nos casos de colisões se *constituem* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes o que a interpretação constitucional faz é apenas *declarar* limites previamente existentes. (SILVA, 2010. p.132, itálico do autor)

Pela teoria externa, Virgílio ensina que as restrições podem afetar o exercício do direito e não seu conteúdo, e que havendo colisões entre princípios um pode ceder a favor do outro sem que se afete a validade, ou sua extensão *prima facie*. A considerar que os princípios são mandados de otimização e que apesar da característica expansiva negam-se direitos absolutos, já se tem que há a possibilidade de princípios colidentes, o que faz a distinção entre os direitos *prima facie* e os direitos definitivos. (SILVA, 2010, p.140). Atento as críticas à teoria externa, enumera-as passando a refutar argumento por argumento, sendo eles: possível contradição lógica; ilusão desonesta; falta de racionalidade e falta de segurança jurídica. A todas elas Virgílio responde. Refuta contradição lógica de que seja possível um direito ser garantido em sua inteireza e o exercício limitado ou mesmo proibido. A este respeito afirma residir o pressuposto teórico da teoria ao se distinguir entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. (SILVA, 2010, p.144). No que tange à ilusão de que o que se garante *prima facie* quase nunca o é em definitivo, afirma que a pretensão reside em um sopesamento entre princípios. (SILVA, 2010, p.146). Refuta o argumento da falta de racionalidade, de que se trata de um decisionismo disfarçado, sustentando que o que se busca é a fixação de “*alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação.*” (SILVA, 2010, p.148, itálico no original). Já a segurança jurídica decorre “a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional<sup>38</sup>. *Tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica*”. SILVA,

<sup>38</sup> A crítica expressada pessoalmente a um ministro do STF pode gerar um delito? Haveria uma restrição em se dirigir a um membro do Poder Judiciário e dizer sentir vergonha da instituição? Tal situação ocorreu em 04.12.18, sendo requerido pelo Ministro do STF Ricardo Lewandowski a retirada de um

2010, p.149). Consoante exposto, Virgílio posiciona-se pela teoria externa baseada no suporte fático amplo, ressaltando que um não é consequência do outro. Essa diferença, não se mostrou tão clara em sua obra, mas o que se assenta é a adoção da teoria dos princípios de Robert Alexy com alguns temperamentos. Não obstante seu posicionamento, não deixa de colacionar outras posições teóricas, que dada sua importância mencionamos também já que intrinsecamente relacionadas com a temática. Neste sentido, cita os autores Bodo Pieroth e Bernard Schlink os quais não aderem à posição de Alexy, entendendo que a teoria do suporte fático amplo ampliaria e provocaria uma banalização dos direitos fundamentais fazendo-se necessário uma “justificação constitucional para qualquer ação estatal, já que qualquer ação poderia ser considerada um intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental.”(SILVA, 2010, p.161) Para eles a definição da proteção dependeria da interpretação jurídica através da interpretação gramatical, histórica, genética e sistemática.

#### **6.6. As restrições a partir de Robert Alexy.**

Passamos a tratar da posição de Robert Alexy, contudo, como a obra de Virgílio tem seu embasamento na Teoria dos Direitos Fundamentais, de forma a evitar-se a repetição da base teórica que *mutatis mutandis* é a mesma, trazemos alguns aspectos pontuais da referida. Robert Alexy trabalha com a restrição na forma das teorias externa e interna da seguinte forma. Há um direito e uma restrição e assim, existe o direito pleno e o direito que resulta da restrição, ou seja, o direito restringido, concepção decorrente da teoria externa. Pela teoria interna haveria um limite ao conteúdo, o que se denomina limite imanente (ALEXY, 2011, pp.277/278). Cabe então verificar-se qual a opção teórica, já que a visão de “uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna” (ALEXY, 2011, p.278). Para ele o conceito de restrição é de normas que restringem uma posição *prima facie*, em adoção à teoria externa. Mas é interessante ver abrangência dessa limitação quando estipula que:

---

passageiro de avião de carreira que havia lhe dirigido a palavra. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-12/passageiro-diz-lewandowski-ter-vergonha-de-stf-e-e-retido-pela-pf>>. Acesso em 07.01.2019.

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. (ALEXY, 2011, p.281)

A norma somente poderá ser uma restrição se for compatível com a Constituição, caso contrário poderá ser uma intervenção, mas não uma restrição (ALEXY, 2011.p.281). Neste passo, Alexy distingue as normas de competência, estabelecidas pela Constituição por meio das reservas legais, havendo aquelas que de cunho indireto dão ao legislador a edição de decretos e outros atos administrativos. As normas legais no caso não são restrições, são fundamentos de restrições (ALEXY, 2011, p.282). Assim, temos restrições diretamente constitucionais e as restrições infraconstitucionais, ou indiretamente constitucionais. Ressalta a dificuldade de classificação de cláusulas que, de um lado, não contêm autorização expressa para fixar restrições, mas fazem referência a normas que possuem caráter infraconstitucional para tanto (ALEXY, 2011, p.288). Um exemplo mencionado é a proteção à honra, em que no seu entender a revogação de normas protetivas não configuraria a exclusão da esfera protetiva exigida pela Constituição, sendo que o dever ainda permanece (ALEXY, 2011, p.290). No caso das restrições indiretas, há também aquela situação em que se atribui ao legislador a execução de uma restrição, contudo essa restrição não é desmedida, ainda que a norma que a faculte não estabeleça claramente o seu conteúdo. Há no caso uma autorização, mas essa autorização parte do pressuposto que ao se permiti-la já se tenha cogitado da colidência de princípios e havido seu sopesamento. Pensar diferente seria alterar a própria regra permissiva (ALEXY, 2011, p.294). Alexy aborda o papel das normas de direito ordinário, citando como exemplo aquelas de direito civil, narrando que nem tudo que tenha como conteúdo o objeto de um direito fundamental é considerado uma restrição, havendo diversas classificações, mencionando as de Peter Lerche, em “interventoras, esclarecedoras, conformadoras, protetoras de abuso e solucionadoras de conflitos”. (ALEXY, 2011, p.332). Esclarece que se a norma contém o objeto do direito fundamental, ela é conformadora (ALEXY, 2011, p.333), residindo também o aspecto de restrição, isto quando relacionadas à normas mandatárias ou proibitivas, pois expressam deveres e proibições (ALEXY, 2011, p.335). Analisando as normas de direito civil as classifica como de competência, de forma a realizarem o direito

fundamental da qual se espelham, contudo enxerga nelas problemas enquanto normas conformadoras, já que estas também estatuem direitos e obrigações, portanto:

Sempre que a eliminação de uma competência iniba a realização de um princípio de direito fundamental não se trata de uma simples configuração, mas de uma restrição, que, enquanto tal, necessita ser justificada. (ALEXY, 2011, p.339).

## 6.7. Limitações na ótica constitucional brasileira

Vimos que a análise de restrições aos direitos fundamentais não são uma tarefa simples e dependendo da linha teórica as consequências podem variar. Como ressaltado a adoção da teoria interna (limites imanentes) ou teoria externa produzem resultados assemelhados, mas para determinadas situações podem produzir resultados incongruentes com os fundamentos teóricos adotados. As dificuldades residem quanto a limitação de um direito fundamental de forma que em determinadas situações sua plenitude se mostre contrária a outros direitos fundamentais (não à políticas de governo) e seja aceita e compreendida em termos de ciência jurídica e não de vontade exclusiva dos operadores do direito, sejam eles de qualquer esfera dos Poderes existentes. Neste sentido a liberdade de expressão tem encontrado como regra em doutrina e jurisprudência uma amplitude ampla, e apesar do próprio STF afirmar não haver direitos absolutos, não assenta bases gerais de forma que possa ser restringida. Em que pese tal atuação judicial, mas referido por ela e nas próprias teorias, há um elemento comum, pacífico: a previsão em norma constitucional de eventual limitação.

A liberdade de expressão encontra previsão na CF/88 no artigo 5º:

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;  
(...);
- VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;  
(...);
- 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;  
(...);
- XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra

reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (BRASIL, 1988);

Tal como aferido no primeiro capítulo, a liberdade de expressão como direito mãe, ou direito multidimensional, encontra previsão em diversos artigos da constituição. Vemos, então, a liberdade de pensamento, também conhecida como de opinião, de consciência, religiosa, de informação, cultural, de reunião. Pode-se observar a partir da constituição que seu texto traz algumas formas de conformação, senão vejamos: A expressão do pensamento é livre, porém sem o anonimato. Há liberdade de reunião em espaços públicos, desde que seja pacífica e sem armas. Quanto ao anonimato um dos elementos interessantes é a discussão sobre denúncia anônima, sobre a possibilidade de provocar-se o poder público sem consequências em caso da inveracidade do comunicado, situação que serve para discussões maiores em outra esfera. Com relação a reunião pacífica e sem armas também se revela o texto de uma inocuidade óbvia, até porque contraria a própria manutenção do Estado uma reunião armada ou sem fins pacíficos, ou mesmo alguém valer-se de tal direito para provocar confusão ou uma rebelião<sup>39</sup>. O único elemento importante é a consignação da desnecessidade de autorização. De qualquer maneira serve como referência que o texto constitucional faz ressalvas à plenitude do direito. Como elemento fundamental em forma de hierarquia constitucional e visando alertar sobre conflitos futuros de direitos fundamentais o inciso X, do art.5º, da CF assenta:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988);

Desta maneira, ao se estatuir a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas é colocado em nível de igualdade dois princípios fundamentais, prevendo de antemão o ressarcimento civil em decorrência da violação. A grande questão reside sobre meios preventivos de violação desses preceitos pessoais, qual seja, se o Estado pode regular de antemão.

Pois bem, já mencionamos a possibilidade de restrição a qual pode se dar, conforme Ledur baseando-se na obra alemã de Pieroth/Schlink, em (a) reserva legal simples, (b) reserva legal qualificada, (c) sem reserva legal (Ledur, 2009, p.55). Farias,

---

<sup>39</sup> Não se ignora que se escreveram artigos e livros enfocando tal artigo, sendo que seu texto enseja diversas elucubrações, dentre elas se as armas brancas estariam incluídas no conceito de armas da constituição, entre outros detalhes.

classifica em: (a.1) estabelecidas diretamente pela constituição; (b.1) estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e (c.1.) estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas). (FARIAS, 1996, p.75).

Assim, a situação de reserva legal simples é aquela na qual eventual restrição deve ser baseada em lei elaborada pela autoridade competente, e conforme Ledur, tem o problema em deixar sem resposta quanto ao conteúdo e o grau de liberdade pode ser utilizado em seu exercício, tanto que menciona que o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu a chamada “teoria da essencialidade” em que o legislador deve tomar todas as decisões essenciais ao exercício dos direitos fundamentais na medida de suas possibilidades. Contudo, diferentemente do sistema brasileiro a Lei Fundamental permite que a administração se utilize de regulamentos autônomos baseados em lei quanto ao conteúdo, finalidade e extensão (Ledur, 2009, p.57). A reserva legal qualificada é aquela que decorre do próprio texto constitucional, tal como previsto no art.220, §1º, da CF/88, em que se prevê restrições à liberdade de informação jornalística em determinadas situações. Ou seja, as diretrizes já provem da norma constitucional. A falta de reserva legal decorre da situação que se origina da liberdade de conformar ou restringir e é aquela na qual devem ser apuradas as circunstâncias que o originam ou mesmo que macule a norma porventura editada. Para este último caso, Farias embasado em José Gomes Canotilho menciona um passo metódico de aferição:

- a) cuida-se de efetiva restrição do âmbito de proteção (bens jurídicos protegidos e a extensão de proteção) de norma consagradora de direito fundamental?
- b) a constituição autoriza a restrição?
- c) a restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?
- d) a lei restritiva cumpriu os requisitos prescritos expressamente pela constituição (o autor refere-se à Constituição Portuguesa em vigor, que estabelece os seguintes requisitos: necessidade, proporcionalidade, generalidade, abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial)? (FARIAS, 1996, p.75).

Desta maneira, seguindo tais perguntas, Farias assenta que a liberdade de expressão deve compatibilizar-se “com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pela opiniões e informações, bem como ainda com outros bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade pública, segurança pública, integridade territorial”. (FARIAS, 1996, p.136). Uma das formas estatuídas apontada

como reserva legal, conforme acima mencionado, e utilizada como fundamento para situações individuais como coletivas é a previsão do art.220 e seguintes da CF/88:

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

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

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

Feitas observações sobre os aspectos teóricos dos direitos fundamentais e sua correlação com a liberdade de expressão, denota-se uma supremacia da liberdade de expressão e, segundo analisamos nas posições do STF, posição preferencial ao princípio. Em segundo lugar, a vedação a qualquer censura política, ideológica e artística, tem servido de fundamento em obstar a regulamentação de matérias relacionadas à liberdade de expressão, pois dada a natureza indeterminada dos conceitos há o enquadramento em aspectos políticos, ideológicos e artísticos, proibindo-se de plano eventuais restrições, sejam legais, sejam administrativas, e por vezes judiciais de primeira instância. E mais, há uma opção jurisprudencial do STF em que ao se atribuir essa posição preferencial como premissa básica, acolhe-se e induz à política judicial em se admitir o dano, pois qualquer ato preventivo qualifica-se como censura, vedados tanto pela CF/88 como pelos preceitos do Pacto de San José da Costa Rica, quando estatui em seu art.13º responsabilidade posterior por não se admitir censura prévia. Neste passo, o que se observa é uma proteção quase que absoluta ao preceito e cujas as esferas de limitação reduzem-se também com a incorporação de tratados internacionais, principalmente naqueles incorporados na forma de emendas constitucionais. Veja-se que anteriormente à 1988 não havia a tutela constitucional nos moldes do inciso X, do art.5º da CF/88 (honra, vida privada, imagem), apenas em norma infralegal pelo Código Penal, ao dispor dos delitos contra a honra. Assim, não houvesse a menção a esses bens jurídicos como reserva qualificada, a supremacia da liberdade de expressão seria tanta, que dificilmente uma construção teórica nos moldes do que se estatuiu no momento poderia superar e caracterizar o abuso da liberdade de expressão. Tal observação atinge especial relevo no caso de seu emprego em manifestações de massa. Neste tipo de situação, em que sempre se atribuiu a análise à conceitos jurídicos, com muita abstração e pouca

facticidade, as observações de Gabriel Tarde vêm à tona. Ao trabalhar com a questão de público e multidões, realiza comparações hidráulicas “Pois nada é menos comparável a um organismo que uma multidão, a não ser um público. Eles são muito mais, cursos d’água de um regime mal definido”. (TARDE,2005, p.6). Tarde então narra os elementos que distinguem um publicista de uma multidão, para em relação ao primeiro entender que sua esfera de influência é muito maior pois passa a exercer a opinião e formar grupos de apoiadores. As multidões, segundo o autor, têm seu espírito acelerado pelas correntes de circulação mental e o sentimento de ponderação se perde, com exaltamentos e depreciação (TARDE, 2005, p.35). Relativamente às multidões, situação assemelhadas aquelas do carnaval de rua, onde o que se exprime em regra não possui filtragem, surge o conflito de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e a ordem pública (para alguns poderia ser também em relação à moralidade pública, mas nos focamos naquele, pois tutela a vida e a segurança) se impõe ao Estado o papel passivo de observador, mas exige do mesmo ação quando o exercício (repito, em forma de massa) transforma-se em turba, como se o detentor de uma insígnia detivesse superpoderes, quando nada mais é tão humano quanto aquele que realiza a contravenção, e inevitavelmente os danos ocorrem. Para tais casos, adequa-se construção jurisprudencial americana admitindo-se a intervenção como *clear and present danger*.

A título de ilustração reportagem mostrando os posicionamentos:

— **Não há problema nenhum em fazer manifestações, como ocorreram nos movimentos pro e contra impeachment. Mas aí precisamos de outro tipo de policiamento.** Por isso, pedimos para os blocos para que os vocalistas não incitassem tais manifestações. As informações que recebemos dos policiais que estavam no local é que os vocalistas estavam incitando palavras de ordem e houve um aumento de pontos de tensão no bloco por foliões contra a posição dos vocalistas. O que poderia ter gerado grande confronto — afirmou major Flávio Santiago. Assim de acordo com o porta-voz, a interferência do capitão Sodré não foi para inibir ou censurar a liberdade de expressão do bloco Tchanzinho Zona Norte, mas para **evitar que uma briga generalizada acontecesse.** Já os organizadores do bloco afirmam que nada específico sobre isso foi tratado nas reuniões pré-carnaval. —**Não foi dito nada sobre isso. E se tivessem dito, seria inconstitucional.** Como fizemos isso por sete anos e agora isso virou um problema? — afirma um organizador do bloco, enfatizando que **deixou claro em postagem em rede social para chamar para o desfile qual era o viés político do bloco.** (O GLOBO, 02.03.2019, grifos nossos)

Cabe destacar que os fatos se condensam em poucas linhas, não se podendo, sob nossa ótica, firmar um posicionamento definitivo sobre o ocorrido, até porque não se tem conhecimento de detalhes da mencionada reunião/pedidos aos representantes

de blocos, mas serve para se obter alguns elementos sobre os quais descrevíamos, identificando-se vários elementos circunstanciais e jurídicos, tais como: técnica de segurança, incitação às massas, mas também o sentimento de constituição, o uso de plataformas comunicativas e sobre a própria liberdade de expressão. Mas no caso, consoante a impossibilidade de regulamentação ou mesmo de assunção prévia de responsabilidade civil, somente com a judicialização se teria uma solução, situação que o STF já avocou para si, como titular positivo da esfera da expressão.

## **7. Considerações finais**

Diante dos cinco capítulos chega-se ao encerramento. Como primeira conclusão, temos que a liberdade de expressão é muito mais que um direito individual, ela é a própria base do processo democrático. Através dela é que a democracia se implanta, se sustenta e evolui. Pela liberdade de expressão os homens na sua individualidade se realizam, e na sua coletividade se complementam. A liberdade de expressão é mãe de outras liberdades, é formadora de princípios e direitos, consolidando-se em um termo: direito humano fundamental. Analogicamente é como um guarda-chuvas, situando-se no centro, e seus raios portadores de outros direitos correlatos, protegendo àqueles a quem se atribui o direito. Como tal, também é uma liberdade pública, uma liberdade refreadora de impulsos de coação estatal. Como direito fundamental de 3ª geração meio pelo qual se amplia seu espectro para as situações de proposição estatal, ampliando suas formas de difusão, verdadeiro direito social e como de quarta geração abrangendo as comunicações de massa de caráter universalizante. Dada a natureza da liberdade de expressão, dificilmente pode-se conceitua-la com precisão, mas alguns parâmetros podem ser estabelecidos. Por outro lado, há que se distinguir entre a liberdade de expressão e suas plataformas, estas últimas podendo sofrer algum tipo de restrição, desde que não sonogado seu conteúdo.

Os fundamentos da liberdade de expressão acolhidos neste trabalho são os deontológicos e consequencialistas. Os deontológicos vinculam-se ao indivíduo, relacionados à sua autorrealização, a possibilidade de conectar-se ao mundo, pelas diversas formas que podem ser decorrentes da simples opinião, da cultura, da ciência. Já os fundamentos consequencialistas lastreados nas ideias consagradas no sistema norte-americano tem a sua importância principalmente pela possibilidade de um mercado de ideias e a busca pela verdade, sendo que também a liberdade de expressão permite uma democracia inclusiva ao se atentar às minorias, mantendo um equilíbrio ao se evitar a ditadura da maioria. Um dos efeitos temerários com a tranquilidade social em uma democracia plena reside pela ampliação e complexidade de sistemas de governo que passam a exigir a representação e diante do comodismo e de um sistema de outorga, deixar aos representantes decidam tudo aquilo que lhes

apraz em um distanciamento que crie uma ruptura entre a administração e os administrados. No aspecto da representação também apreciamos e concluimos que a expertise não significa que a liberdade de expressão esteja mais protegida, sendo que uma das formas de limitá-la é o argumento da autoridade, ou mesmo o uso dos sistemas de governo como forma de restrição.

Não é possível falar em liberdade de expressão sem falar no guardião da constituição. O STF em sua função de intérprete da lei maior apreciou casos paradigmáticos que tem embasado outras ações presentes. Os votos em sua maioria extensos consagram teorias estrangeiras ao tratamento do tema, destacando-se a norte-americana, contudo, somente absorvidos os elementos que consagram o direito à liberdade de expressão. Os aspectos de eventual balanceamento decorrente de risco à ordem pública não se tornaram realidade, apenas objeto de eventuais comentários. Em que pese admitido, como regra geral de que não há um direito absoluto, assentam que somente a Constituição é quem pode permitir eventual limitação, não abordando os casos que os tratados de direitos humanos quando assimilados como emendas constitucionais tornam-se péticos restringindo a esfera de atuação do próprio Estado de Direito. Igualmente, o STF declarou inconstitucionais a antiga Lei de Imprensa e o arts.20 e 21 do Código Civil, os quais abordavam também os aspectos limitadores da liberdade de expressão assentados na Constituição em seu art.5º, X, sendo que avocou ao Poder Judiciário o papel principal na avaliação dos casos em que a liberdade de expressão possa ser restringida, ainda que consigne que ao Congresso assista legislar a respeito. Não se encontrou nos votos citados o emprego metodológico na análise das restrições apontadas, havendo referência apenas superficial a Teoria dos Princípios de Robert Alexy expressando a garantia dos direitos fundamentais *prima facie*, sem que houvesse os demais aspectos esquadrihados, seja pela delimitação do suporte fático, seja pela ponderação, configurando-se muito mais uma escolha embasada em valores (consequencialistas/deontológicos) do que um procedimento científico.

Pelo direito comparado é possível notar que as disposições referentes aos direitos fundamentais se assemelham àquelas da constituição brasileira, sendo que a constituição espanhola e alemã se aprofunda. A primeira, em seu texto há viabilidade de apreensão de plataformas físicas de difusão, situação que em termos brasileiros poderia ser atribuído pelas vias normais em procedimentos que houve a necessidade de cautela geral. Por sua vez, a constituição alemã tutela a dignidade como princípio

maior, mas admite-se sua ponderação, sendo que seu texto constitucional prevê a perda do direito fundamental em decorrência de seu abuso, quando em termos de Brasil o que excede a liberdade deve ser apurado pelo arbítrio do julgador não havendo um parâmetro tal como nessas normas citadas. Já pelo direito americano, compreende-se que as decisões que servem de precedentes possuem muito mais uma carga de valores do que uma técnica ou metodologia de emprego, e tal compreende-se pela adoção de diversos tipos de testes de aferição que se mostraram inaptos na maioria das vezes. Por outro lado, os fundamentos protetivos e limitadores, mostram-se claros, sendo que a proteção está vinculada à democracia. Tal afirmação não significa que a democracia norte-americana seja a melhor delas, mas que se trata de uma forma de se ampliar o preceito, sendo que as hipóteses limitativas somente fenecem nas questões de segurança interna. Ressalto, que segurança interna é distinto de ordem pública, pois ela visa resguardar a existência do Estado, e a segunda o seu controle embasado em motivos dos mais diversos, tanto é assim que pela admissão do discurso, por mais abjeto, ou preconceituoso, entendem que há um resguardo não só ao indivíduo, ou a coletividade, mas ao conceito de nação livre, admitindo-se intervenção quando o discurso transcende a fase de ideação para ação. Portanto, percebe-se que ainda estamos a caminhar na temática da liberdade de expressão como conceito geral e como conceito jurídico de forma que haja um compasso entre a legislação de forma que se possa de uma forma concreta estabelecer parâmetros moduladores do direito fundamental não constituintes de uma forma de censura, mas como meio de se garantir a coexistência de discursos sejam eles majoritários ou contramajoritários respaldados na licitude (seja civil, seja criminal) de conteúdo.

Quando se trata da conformação, ou seja, viabilização de um exercício de um direito, limitação (esta decorrente de norma constitucional, hipótese admitida como regra em território brasileiro), a doutrina e a jurisprudência é assente. As divergências começam nos aspectos tomados quando a norma é silente ou inexistente. Verificou-se que adotando aspectos metodológicos é possível eventuais restrições preservando o núcleo essencial da liberdade de expressão, de forma que nenhum direito se afigure como absoluto. Contudo, diante das posições tomadas pelos precedentes do STF até mesmo as normas editadas pós-constituição têm sido declaradas inconstitucionais, o que cria um vácuo legislativo, não se aclarando se por um projeto de fixação de poder

na forma da tripartição<sup>40</sup>, ou se por conceito puramente jurídico, avocando-se ao Judiciário a definição e eventual “ponderação” sujeita ao loongo escalonamento processual, quando o caso.

Feitas tais considerações, temos como atingidos os objetivos almejados quando da fase de elaboração para compreender que a posição jurídica da liberdade de expressão é de um direito especial, ou como o STF o diz, um direito preferencial, o qual tem importância para os indivíduos e à sociedade democrática, sendo que não se verifica no direito brasileiro situações de limitação que não aquelas referidas no art.220, §1º, da CF/88. Tal situação cria de certa forma uma insegurança jurídica, uma vez que os conceitos previstos no próprio texto constitucional são indeterminados ou abertos e, ainda que fossem claros, a proposição da ADPF nº187 demonstra a dificuldade aos demais operadores, já que o próprio fiscal da lei (MPF) proponente da ação sustenta que a clareza de um texto conduz erroneamente à hegemonia de sentido, impedindo-se sua fluidez, o que acaba ensejando a judicialização para que somente com o Poder Judiciário se tenha a palavra final, o que acaba enfraquecendo a estrutura legiferante e mesmo evitando que espaços de reserva de lei (tanto quando a promulgação e edição) venham a ser exercidos.

---

<sup>40</sup> Em sentido contrário quanto à judicialização, o ministro Dias Toffoli, reclama do inchamento do texto constitucional. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/03/29/se-tudo-vai-parar-no-stf-e-o-fracasso-das-outras-instituicoes-diz-toffoli-em-sp.ghtml>. Acesso em: 29/03/2019.

## 8. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Liberdade de Reunião**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, Imperialismo, e Autoritarismo**. São Paulo: Ed. Companhia do Bolso, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito - BFD** n.81.Coimbra, p.233-289, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista da Emerj**, v. nº23, p.360-380, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão e Direito à Honra: uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Joinville: Bildung, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 01 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso 25 jul. de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) . Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 595/ES , Relator. Ministro. Celso de Mello, Informativo do STF 258/2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo258.htm>> . Acesso em 15 dez 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.815/15-STF. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento em 10/06/2015, publicação em 01/02/2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>

Acesso em: 15 jan. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº187/09. Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 15/06/2011, Dje. 102, publicação em 28/05/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>

Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. Relator Ministro Carlos Britto, julgamento em 30/04/2009, DJe n. 208, publicação em 06/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403. Ministro Ricardo Lewandowski, decisão em 19/07/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>

Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 548. Ministra Cármen Lúcia, decisão em 27/10/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338951141&ext=.pdf>>

Acesso em: 10 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 82.424/03. Relator Ministro Maurício Correa, julgamento em 17/09/2009, publicação em 19/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>

Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo do STF n.583 de 19 a 23 de abril de 2010. HC 93870/SP, 2ª Turma. Relator Joaquim Barbosa, julgamento em 20.04.2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo583.htm>>. Acesso em: 24 de jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 115.137/PI, 1ª Turma, Relator Luiz Fux, julgamento em 17.12.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5270323>>.

Acesso em: 25 de jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias – A marcha da maconha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182124>>.

Acesso em 25 fev. 2017.

BRITTOS, Valério Cruz; COLLAR, Marcelo Schmitz. Direito à comunicação e democratização no Brasil. In PIERANTI, Otávio Penna; SARAVIA, Enrique (Org). **Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, p.71-89, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição, ALMEDINA, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança – Movimentos sociais na era da internet**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

CANOTILHO, José Gomes, MACHADO, Jonatas E. M. et al. **Biografia não autorizada versus Liberdade de Expressão**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA NETO, João. **Liberdade de Expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2017.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)> . Acesso em: 15 jan. 2019

DENQUIN, Jean-Marie. **Des droits fondamentaux à l'obsession sécuritaire... conclusion du colloque**. Disponível em: <<http://juspoliticum.com/article/Des-droits-fondamentaux-a-l-obsession-securitaire-conclusion-du-colloque-292.html>>. Acesso em: 15 nov. 2018

DESPLAT, Veronique Champeil. **Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination**. Disponível em: <<http://juspoliticum.com/article/Des-libertes-publiques-aux-droits-fondamentaux-effets-et-enjeux-d-un-changement-de-denomination-290.html>> Acesso em: 15 nov. 2018.

EMERSON, Thomas I., "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963). Faculty Scholarship Series. Paper 2796. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2796](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2796) . Acesso em 12 dez. 2017.

ESPAÑA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> . Acesso em: 12 fev. 2019.

E.U.A. **The Constitution of the United States of America: Analysis and interpretation. Centennial Edition. Interim edition: Analysis of case decided by the Supreme Court of the United States to august 26, 2017.** Preparado pelo Congressional Research Service, Lybrary of Congress. USS. Government Publishing Office. Washington: 2017. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/details/GPO-CONAN-2017>>. Acesso em: 12 dez 2017.

E.U.A. **The Constitution of the United States of America As Amended – Unratified Amendments – Analytical Index. Presented by MR Brady of Pennsylvania. United States Printing Office. Washington. 2007.** Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Acesso em: 27.01.18.

FISS, Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública.** Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos, a Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação.** FABRIS, Porto Alegre, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Tradução Alfredo Copetti Netto et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Foliões reclamam de censura em carnaval de Minas Gerais. **O Globo.** Rio de Janeiro, 02 mar. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/folioes-reclamam-de-censura-em-carnaval-de-minas-gerais-23495079>. Acesso em: 07.03.2019.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **O Discurso de ódio na Jurisprudência – série IDP.** São Paulo: Saraiva. 2018.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais – Limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado,

GARCIA, Emerson. A Liberdade e o seu fundamento existencial (estudo introdutório). CONSTANT, Benjamin. **A Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos –** São Paulo: Atlas, 2015.

GARGARELLA, Roberto. Justicia dialógica y derechos sociales. **Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional.** Org. MONTEROS, Javier Espinoza de los; ODÓÑEZ, Jorge. Valencia:Tirant Lo Blanch, 2013.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GAMEIRO, Ian P.; PORTO, Saulo F. M. Uma Prática Continental da Democracia? Liberdade de Expressão e Informação na Jurisprudência Comunitária – TEDH.

**Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol.98, 2016, p.141-159.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição.** FABRIS, Porto Alegre, 1991.

Juízes e promotores entram com mais de 30 ações contra jornalistas no Paraná. **Zero Hora.** Porto Alegre, 07 jun. 2016. Disponível em; <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2016/06/juizes-e-promotores-entram-com-mais-de-30-aco-es-contra-jornalistas-no-parana-5876841.html>> Acesso em: 27 de jul. de 2018.

LANDA, César. La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, **en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales – Fuerza Normativa de la Constitución.** In: BAZÁN, Victor; NASCH, Claudio(eds.) Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, p.17-42, 2010.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no âmbito da democracia participativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LINERA, Migual Ángel Presno e LOZANO, Germán M. Teruel. **La libertad de expression. en América y Europa – Teoría y Práctica.** Curitiba: Juruá, 2017.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**, v. 16, n. 3, pp. 227- 255, 2014.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales.** 11ª edição. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim *in* Direito e Política na Emergência Penal: Flexibilização de Direitos Fundamentais no Discurso do Direito Penal do Inimigo,; **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre-RS: Editora Notadez. Abr/Jun. V.9, nº34, p.69-92, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. *in* SARLET. Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação – algumas aproximações.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p.104

MCBRIDE, Patrick. **Mr. Justice Black and His Qualified Absolutes**, 2 Loy. L.A. L. Rev. 37 (1969). Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ljr/vol2/iss1/3>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

MILL, John Stuart, 1806-1873. **Sobre a Liberdade.** Trad. Denise Bottmann – Porto Alegre, RS: L&PM, 2015.

MILTON, John. **Aeropagítica – Discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra.** Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a.47, nº188, p.23-36, out./dez.2010

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Lei fundamental Alemã. 1949**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia. In Schreiber, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.09-26.

SCORSIM, Ericson Meister. Os direitos fundamentais e os serviços de televisão por radiodifusão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 46 n. 182, p.17-40, abr./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. São Paulo. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol.30.1999.p.97-124; **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. São Paulo. Vol.3. 2011. P.639-675. RT ONLINE Acesso em: 29 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Alexandre Assunção. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**. São Paulo: Atlas, 2012

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011

SUSTEIN, Cass. #republic. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

STRECK, Lênio e BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHWABE, Jürgen (Col.Orig.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

TARDE, Gabriel, **A opinião e as massas**, tradução de Eduardo Brandão, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

THOMSON, Judith Jarvis, **The Realm of Rights**, Cambridge, Mass., 1990.

TRINDADE FILHO, João Cavalcante. **O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão.** São Paulo: Saraiva educação, 2018.

VASAK, Karel. **Revisiter la Troisième Génération des Droits de L'Homme avant leur Codification.** Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12244.pdf>> Acesso em: 11 dez 2017.

VIGO, Rodolfo. Presente de los derechos humanos y algunos desafios – com motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P.216.

WARBURTON, Nigel. **Free Speech – A very short introduction.** New York: Oxford Press University. 2009.