

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Gisela Barroso Istamati

Liberdade de Expressão: humor e política

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Gisela Barroso Istamati

Liberdade de Expressão: humor e política

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

---

---

---

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

Aos meus pais, Laura e Jacques Istamati,  
com muito amor. Sem o apoio de vocês  
nada disso seria possível.

Aos meus sobrinhos Beatriz Istamati e  
Vittório Istamati, para que vocês possam  
sempre rir.

## **AGRADECIMENTO**

Sou grata, antes de tudo, a meu orientador. O Prof. Roberto Baptista Dias da Silva foi quem primeiro confiou em mim, aceitando-me, ainda na graduação, como monitora em sua disciplina de Direito Constitucional, o que fez acentuar o meu gosto pela matéria. Em seguida, no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, teve a paciência de corrigir meus erros e de nortear meu trabalho, o que brilhantemente continuou a fazer durante minha carreira acadêmica e em todo o processo de desenvolvimento de minha monografia de conclusão de curso. Perante este novo desafio a que me propus, aceitou novamente trilhar comigo esta jornada e com maestria me orientou na elaboração desta dissertação, sugerindo caminhos, ideias, e o mais importante, estimulando meu caráter contestatário. Não tenho dúvidas que a sua ajuda, supervisão, confiança e amizade foram essenciais para a existência deste trabalho. Além de marcar minha formação acadêmica, ainda influenciou em mim o gosto por temas instigantes.

Ainda, das coisas boas que a PUC me trouxe, o meu agradecimento especial à Aline Akemi Freitas, exemplo de amiga, profissional e acadêmica. O relato da sua experiência foi uma influência extremamente positiva nesta minha jornada. E a minha grande amiga de alma Gabriela Pauletti, que mesmo à distância sempre esteve presente para dividir as angústias e me ajudar. O caminho seria muito mais difícil sem vocês.

Agradeço imensamente à minha família, que sempre esteve ao meu lado dando suporte e amor, com carinho especial aos meus irmãos Felipe Istamati e Gustavo Istamati, por quem guardo um amor incondicional; suas mulheres, Fernanda Pehrsson Istamati e

Juliana Levy Istamati, verdadeiras amigas; aos meus lindos sobrinhos Beatriz e Vittório; e à minha avó Francy Barroso.

Às grandes amigas Ana Beatriz Amorim, Bruna Salomão e Carla Marchese, que me deram tranquilidade, apoio e compreensão, mesmo quando declinava inúmeros convites para estarmos junta. Meu sincero muito obrigada!

À Janice Rechulski, que pelo melhor método Leminskiano – repara bem no que não digo –, me falava: escrever é um ato de coragem. Obrigada pelo suporte ao longo desses anos que se não me transformou em alguém melhor (não porque lhe falta competência, mas por minha teimosia), pelo menos me fez mais consciente.

À Juliana Trench e Maria Rita Drummond, que compreenderam e apoiaram o projeto, em conjunto com a maravilhosa equipe do jurídico consultivo da Cosan: Ana Clara Machado, Fernanda Azevedo, Jefferson Molero, Joyce Rocha, Juliana Carvalho, Juliana Ferraz, Karina Oliveira, Leticia Kyono, Marcela Coelho e Theodoro Kastrup, que representam o companheirismo de todos os dias.

Aos meus pais, sou grata por absolutamente tudo (e por que não, pela paciência também).

## RESUMO

O debate sobre os limites da liberdade de expressão sempre esteve presente em diversos âmbitos de discussão (políticos, sociais ou acadêmicos). Não obstante, o que se propõe é a análise da manifestação humorística deste direito quando se volta a políticos, representantes legais do povo, assim problematizado: o humor direcionado a políticos tem limites constitucionais? Neste sentido, a hipótese deste trabalho é que deve haver uma maior tolerância em relação aos excessos comunicativos do humor quando concentrado aos políticos e candidatos.

Para verificar se esta hipótese de trabalho é passível de ser concretizada, desenvolveu-se o exame de sólida base teórica para compreender o conceito acerca do direito à liberdade de expressão a partir, essencialmente, de quatro enfoques: a) liberdade negativa e positiva; b) justificação instrumental e construtiva; c) posição preferencial *prima facie*; e d) teoria interna e externa aos limites dos direitos fundamentais. Ainda, verifica-se qual interpretação o Supremo Tribunal Federal confere a este direito. Em seguida, estes aspectos examinados foram aplicados à análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 (“caso humor jornalístico sobre candidaturas”).

Com isso, em conjunto com a base teórica desenvolvida, busco fornecer uma resposta adequada ao problema proposto neste trabalho e verificar, assim, se a hipótese se concretiza frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Liberdade de Expressão. Limite a direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal. Humor.

## ABSTRACT

The debate regarding the limits of expression have always been present in several scopes of discussion, whether political, social or academic. Notwithstanding, the analysis of the humoristic manifestation of this right is proposed when it concerns politicians, the people's legal representatives, thus questioned: does humor directed to politicians have constitutional limits? In this sense, the hypothesis of this work is that it shall have a greater tolerance in relation to the communicative excesses of humor when concentrated to politicians and candidates.

To verify if this work theory is subject to being concrete, the solid theoretical base exam was developed to comprehend the concept regarding the right to freedom of expression considering, essentially, of four focuses: a) negative and positive freedom; b) instrumental and constructive justification; c) *prima facie* preferential position; and d) internal and external theory to the limits of the fundamental rights. Furthermore, it is verified to which interpretation the Supreme Federal Court grants this right.

Subsequently, these aspects examined were confronted with being applied to the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality No. 4.451 ("journalistic humor on candidature case"). With this, in conjunction with the theoretical base developed, I seek to provide an adequate answer to the problem proposed in this work and, thus, verifying if the hypotheses becomes concrete in face of the Brazilian judicial order.

**Key Words:** Constitutional Law. Freedom of Speech. Limitation to fundamental rights. Federal Supreme Court. Humour.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. LIBERDADES</b> .....	13
1.1. LIBERDADE POSITIVA E NEGATIVA .....	13
1.2. LIBERDADE RELIGIOSA .....	22
1.3. LIBERDADE ARTÍSTICA .....	26
1.4. LIBERDADE DE OPINIÃO .....	30
1.5. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E DE IMPRENSA.....	33
<b>2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO</b> .....	38
2.1. JUSTIFICAÇÃO INSTRUMENTAL E CONSTRUTIVA .....	40
2.2. TEORIA DA POSIÇÃO PREFERENCIAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	45
2.3. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: TEORIAS INTERNA E EXTERNA.....	58
2.4. O STF E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	66
<b>3. HUMOR DIRECIONADO A POLÍTICOS</b> .....	78
3.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HUMOR: O CASO DAS ELEIÇÕES (ADI 4451) .....	80
3.2. LIMITES CONSTITUCIONAIS DO HUMOR NA POLÍTICA .....	95
<b>4. CONCLUSÃO</b> .....	102
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	104



## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, junto com a redemocratização do país, ampla proteção aos direitos fundamentais, garantindo especial destaque à liberdade de expressão, impulsionada, em boa parte, pelas mazelas que abateram o Brasil durante o Regime Militar, em que a censura recaía sobre qualquer tipo de manifestação que o Governo considerasse perigosa ou ofensiva aos seus próprios interesses. Isso incluía desde notícias jornalísticas que denunciavam os abusos do regime às expressões artísticas. As consequências eram as piores possíveis: censura prévia de conteúdos produzidos, privação da liberdade de ir e vir, risco à integridade física e, às vezes, à própria vida.

Conforme bem pontua Daniel Sarmiento, a situação era terrível, mas, sob o prisma do ordenamento jurídico, não havia “casos difíceis”. “Aquelas restrições à liberdade de expressão eram simplesmente erradas e ponto final.”<sup>1</sup>

Hoje, no Brasil, a situação é completamente oposta: a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu papel de controle sobre os atos do Estado, e os artistas podem produzir suas obras sem os temores de outrora. Por outro lado, o cenário atual fez que os Tribunais enfrentassem questões difíceis, tais como: é possível limitar a liberdade de expressão pelo conteúdo do livro? Ato obsceno, racismo e incitação ao ódio estão protegidos pela liberdade de expressão? O Estado pode proibir determinada manifestação artística em época eleitoral?

Nesse contexto, em que os limites à liberdade de expressão são colocados a prova, proponho investigar apenas esta última questão apresentada, problematizando-a da

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, pp.243.

seguinte forma: humor direcionado a políticos, representantes legais do povo, tem limites constitucionais?

Para tanto, o presente trabalho é estruturado em três capítulos. Após esta introdução, o capítulo 1 é uma breve exposição de duas análises sobre o fenômeno da Liberdade, em seu sentido negativo e positivo. Entender as distintas concepções da Liberdade pode nos levar a diferentes maneiras de encarar o Estado e a uma reflexão melhor sobre questões inerentes à vida social contemporânea, o que é essencial para o propósito deste trabalho. O capítulo 2, por sua vez, é dedicado a uma das bases teóricas da investigação, que é a compreensão do conceito de Liberdade de Expressão.

O capítulo 3 dedica-se a examinar os limites constitucionais do humor direcionado a questões políticas. Para tanto, será analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 (“caso humor jornalístico sobre candidaturas”), por se tratar de caso emblemático no Supremo Tribunal Federal (“STF”) e guardar relação com este trabalho. Com isso, pretende-se não apenas descrever o caso, mas elaborar uma crítica à decisão da Corte. A partir da análise deste acórdão e do exame da doutrina sobre a liberdade de expressão, objetiva-se fornecer uma resposta adequada ao problema enfrentado.

## 1. LIBERDADES

O tema da liberdade é inegavelmente importante para pensar questões fundamentais à teoria política contemporânea e, estudar seu conceito, pode nos levar a diferentes maneiras de encarar o Estado e a uma reflexão mais profunda sobre questões inerentes à vida social contemporânea em uma democracia.

Todavia, entender o debate em torno desse tema não é uma tarefa simples, pois o conceito de liberdade possui diferentes significados e é objeto de disputa entre diferentes teóricos. Não obstante, como o objetivo deste trabalho não é fazer um tratado sobre a liberdade e seus diferentes significados, e sim, realizar uma discussão no campo do Direito Constitucional, serão adotadas as elaborações de Isaiah Berlin sobre a liberdade<sup>2</sup> e, em seguida retomadas algumas ponderações elaboradas por Ronald Dworkin.

### 1.1. Liberdade positiva e negativa

A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito à liberdade, a qual comporta duas acepções, a negativa e positiva; no entender de Isaiah Berlin, a primeira é caracterizada como “não interferência”<sup>3</sup> sobre a ação humana, ao passo que a segunda é caracterizada como "autodomínio" (ser o seu próprio senhor)<sup>4</sup>, possibilidade de agir.

---

<sup>2</sup> A escolha por adotar o conceito elaborado por Berlin se justifica na medida em que entendo se tratar do autor mais expressivo sobre este tema, sendo citado em todos os textos que examinei sobre o assunto. Neste sentido, vale mencionar Philip Pettit que corrobora esta afirmação: “o debate contemporâneo sobre a liberdade é, em grande parte, definido pela distinção que Isaiah Berlin estabeleceu entre liberdade negativa e liberdade positiva, distinção que aprofunda e generalizava aquela que Benjamin Constant propôs entre a liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos” [PETTIT, Philip. Liberalismos. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pp. 56].

<sup>3</sup> “Ou, de uma forma ainda mais direta: a defesa da liberdade consiste na meta ‘negativa’ de evitar interferência” (Berlin, 1999, p. 234).

<sup>4</sup> “O sentido ‘positivo’ da palavra ‘liberdade’ provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor” (Berlin, 1999, p. 236).

As duas acepções apresentadas por Berlin são corroboradas por Norberto Bobbio, de acordo com quem a liberdade negativa compreende a “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”<sup>5</sup>. A liberdade positiva, por sua vez, é a “situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros”<sup>6</sup>.

Assim, enquanto a noção positiva preocupa-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício do poder, a noção negativa está preocupada em evitar interferência nas ações dos indivíduos. Nesse aspecto, ainda, destaco que essa classificação se aproxima de “*liberdade para*” (freedom to), em oposição à “*liberdade de*” (freedom from), em que a primeira é a liberdade positiva e a segunda, a negativa.

Nesse contexto, um exemplo colhido no texto de Daniel Sarmiento, e atribuído a Ernst Tugendhat, ilustra bem essa diferença: “um alpinista que caiu na fenda de uma rocha está, no sentido negativo, livre para sair porque ninguém impede isto, enquanto no sentido positivo ele não está livre, porque não tem as condições para tal”<sup>7</sup>.

Em *Dois conceitos de liberdade*<sup>8</sup>, Isaiah Berlin, ao partir da distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa para retomar a defesa do liberalismo<sup>9</sup>, faz uma importante observação ao afirmar que, embora a liberdade positiva (desejo de ser o

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 96.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.100.

<sup>7</sup> TUGENDHAT, Ernst, apud SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Seção IV: Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. Brasília: s/d, 2005, p. 175.

<sup>8</sup> BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

<sup>9</sup> O liberalismo, nas palavras de Nicola Abbagnano é a doutrina que tinha por missão a defesa e a realização da liberdade no campo político. Trata-se de uma teoria de inspiração econômica, que defendia ideias como a livre iniciativa e a minimização de interferência estatal em todas as esferas da atividade humana. [ABBAGNANO, Nicola. *Liberalismo*. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2ª ed, São Paulo: Mestre Jou, 2000, pp. 1130120].

senhor de si mesmo) e a liberdade negativa (o não impedimento de uma ação) possam parecer, a princípio, duas formas de dizer a mesma coisa, não o são:

A liberdade que consiste em ser o seu próprio senhor e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros homens de escolher como agir podem parecer, diante das circunstâncias, conceitos não tão distintos entre si do ponto de vista lógico – nada mais do que as formas negativas e positivas de dizer a mesma coisa. No entanto, as noções ‘positiva’ e ‘negativa’ de liberdade desenvolveram-se historicamente em direções divergentes, nem sempre por passos logicamente respeitáveis, até entrarem por fim em conflito direto uma com a outra.<sup>10</sup>

Conforme se observa da leitura dessa citação, Berlin afirma que, com o passar do tempo, a liberdade positiva sofreu distorção e hoje está em direção oposta à da liberdade negativa. Este trecho reflete o início com o que o autor passa a contestar, com veemência, a noção de liberdade positiva, a qual analiso:

### 1.1.1 Liberdade positiva

Para Berlin, conforme dito acima, a noção de liberdade positiva sofreu distorções com o passar do tempo, não sendo mais associada ao indivíduo, e sim à coletividade. Assim, a corrupção da noção de liberdade positiva começou com a ideia de que a verdadeira liberdade da pessoa está em que ela se submeta ao controle do seu elemento racional e não do seu elemento empírico, ou seja, conforme explica Dworkin, passou de um elemento que busca realizar objetivos outros, que não os reconhecidos pela própria pessoa<sup>11</sup>.

Dworkin, ainda, ajuda-nos a compreender esse argumento de Berlin ao dizer que, segundo essa concepção, a liberdade só é possível quando as pessoas são governadas,

---

<sup>10</sup> BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, pp. 237.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Capítulo 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

tiranicamente se necessário, por um soberano que conheça a verdadeira vontade delas<sup>12</sup>. Assim, adotada essa perspectiva positiva da liberdade, o Estado ou a comunidade poderiam, segundo Berlin, “obrigar o indivíduo a ser livre”.

Neste sentido, para Berlin, a ideia de liberdade positiva justifica que as autoridades públicas ajam no sentido da realização de projetos coletivos do bem comum, supostamente em benefício dos indivíduos, mesmo que à revelia das suas vontades. Neste ponto de vista, cumpre transcrever observação a este raciocínio: “Essa cadeia de argumentos, cuja força não é menor pelo fato de ser confusa e perigosa, chegou em muitas partes do mundo a transformar a liberdade positiva na mais terrível tirania.”<sup>13</sup>

Um exemplo que caberia bem para ilustrar o conceito de liberdade positiva seria a questão do tráfico de drogas no Brasil. Embora se trate de uma opção do indivíduo fazer ou não uso de substâncias tóxicas, o Estado proíbe o comércio legal destes materiais por entender que seu consumo traria danos à saúde do indivíduo. Trata-se de uma tentativa do Estado de evitar, de impor barreiras ao indivíduo que opte por utilizar tais entorpecentes. Por entender que sabe o que é melhor para o sujeito, o Estado adota medidas coercitivas, visando dificultar para o indivíduo o exercício de sua liberdade de escolha de usar drogas, transformando a venda destes produtos em crime e punindo quem o faz.

Tomando por base esse exemplo, torna-se compreensível a preocupação de Berlin no sentido de que a concepção positiva da liberdade avança sobre os direitos individuais e ameaça a autonomia individual. Assim, a liberdade positiva não consiste em escolha pessoal, mas na obediência a uma vontade racional, coletiva, de outros indivíduos que não ele mesmo, e isto tornaria propícia a imposição de um “regime totalitarista”. Nesse

---

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Capítulo 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

<sup>13</sup> Ibidem.

sentido “estou assim afirmando que sei, mais do que eles próprios, do que eles verdadeiramente precisam”<sup>14</sup>

Para além deste ponto, segundo Berlin, a corrupção da liberdade positiva também perpassava as lutas pelas grandes verdades religiosas, ideológicas ou filosóficas que, por sua vez, também nutriam aqueles projetos coletivos identificados como liberdade positiva. Isto fez que fosse o altar em que a própria liberdade acabou sacrificada:

... Kant pode objetar que a essência da liberdade do sujeito é que ele, e apenas ele, deu a si mesmo a ordem para obedecer. Mas isso é um ideal de perfeição. Se a pessoa não consegue se disciplinar, devo fazer isso por ela; e ela não pode se queixar de falta de liberdade ... Se isso leva ao despotismo, ainda que dos melhores ou dos mais sábios – ao templo de Sarastro em *A flauta mágica* –, mas ainda um despotismo, que se revela idêntico à liberdade, será que há algo errado nas premissas do argumento?<sup>15</sup>

Portanto, para Berlin, as formulações de liberdade positiva fazem uma perigosa confusão entre o ideal de liberdade e outros valores importantes para a pessoa. Ademais, as liberdades positivas ameaçam as liberdades individuais, e isto abre possibilidades a governos tirânicos e totalitários, nos quais os indivíduos são suprimidos em favor de um “bem maior”. Assim, a liberdade positiva é caracterizada, a seu ver, como um ideal altamente intervencionista.

Sem embargo, isto não faz que Berlin defenda a primazia absoluta da liberdade negativa. Ao contrário, o autor admite restrições às liberdades negativas, até certo ponto, conforme descrito a seguir.

---

<sup>14</sup> BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 238.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 256.

### 1.1.2 Liberdade negativa

O conceito de liberdade negativa é utilizado, segundo Berlin, para responder à questão: “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?”<sup>16</sup>.

Assim, Berlin está primordialmente interessado no nível em que os indivíduos (ou grupos) sofrem interferência dos meios externos. Nesse sentido, a liberdade negativa é liberdade em que há ausência de obstáculos ou barreiras, em que um homem pode agir sem ser obstruído por outros.

Nesse contexto, a liberdade de expressão é classificada como liberdade negativa, pois para que ela exista, basta que ninguém impeça o indivíduo de falar.

Nesse sentido, importante considerar a tese de Owen Fiss<sup>17</sup> sobre o “efeito silenciador”, inerente ao fenômeno da liberdade de expressão nas sociedades liberais. Sustenta-se que o regime do *laissez-faire* não é suficiente para permitir a todos a efetiva fruição desta importante liberdade. O argumento é o de que, por conta de fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por “abafar” aquelas emanadas de classes menos favorecidas, “condenadas à invisibilidade e ao silêncio no grande debate”<sup>18</sup>. Como consequência prática, produz-se o reforço do poder dos ricos na esfera comunicativa, o

---

<sup>16</sup> BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 229.

<sup>17</sup> FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Capítulos 1 – O efeito silenciador do discurso, p. 33-65.

<sup>18</sup> Idem, p. 12.

empobrecimento dos debates públicos e a manutenção de uma estrutura social não igualitária e opressiva<sup>19</sup>.

... o medo é de que o discurso tornará impossível para esses grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão. Nesse contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio. Aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo<sup>20</sup>.

Assim, Berlin, ao contrário de alguns liberais radicais<sup>21</sup>, não defende a absoluta primazia da liberdade negativa em relação a outros valores importantes, como a igualdade ou a segurança. Antes, admite restrições às liberdades negativas, na medida em que o Estado deve conceber condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente desfrutar da liberdade:

(...) De fato, oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento de liberdade.<sup>22</sup>

Ademais, Berlin diz que é preciso traçar uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública; todavia, o limite desta fronteira é a grande questão a ser discutida. Para o autor, é evidente que nenhum homem é capaz de agir de forma tão completamente privada, a ponto de nunca interferir na vida de outros. “Liberdade para o peixe graúdo significa morte para o peixe miúdo”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico. N.º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil. Pág. 2.

<sup>20</sup> FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47.

<sup>21</sup> Berlin menciona, nesse sentido, Locke, Mill, Constant e Tocqueville (Berlin, 1999, p. 230-231).

<sup>22</sup> BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 231.

<sup>23</sup> *Ibidem* p. 234.

Assim, conforme pontua Dworkin, Berlin nunca alegou que a liberdade negativa era uma bênção pura e simples e que, portanto, deveria ser protegida em todas as formas e situações, nem a qualquer preço.

[Berlin] Mais tarde disse que, pelo contrário, os vícios de uma liberdade negativa excessiva e indiscriminada eram tão evidentes, sobretudo na forma de selvagens desigualdades econômicas, que ele não acharia necessário descrevê-los de modo muito detalhado<sup>24</sup>.

Sendo estas as considerações finais sobre a liberdade negativa, cumpre agora destacar os perigos em confundir estes conceitos e mesclá-los. Para tanto, socorro-me desta passagem abaixo de Dworkin que, ao abordar a questão da pornografia, se mostra emblemática. Vejamos:

Os liberais eram a favor da liberdade, exceto, em determinadas circunstâncias, da liberdade negativa dos agentes econômicos independentes. Os conservadores eram a favor dessa liberdade, mas eram contrários às outras formas de liberdade quando entravam em choque com a segurança ou com as ideias que eles tinha acerca da decência e da moralidade. Porém, a essa altura, os mapas políticos se modificaram radicalmente (...) As formas de expressões que vinculam o ódio racial ou uma atitude de menosprezo em relação ao sexo feminino passaram a afigurar-se intoleráveis aos olhos de certas pessoas cujas convicções, sob outro aspecto, são tradicionalmente liberais. Não surpreende, portanto, que essas pessoas procurem mitigar o conflito entre seus velhos ideias e sua nova aceitação da censura. Para tanto, adotam uma nova definição de o que é liberdade. Isso não surpreende, mas o resultado é uma perigosa confusão; e as advertências de Berlin ... se encaixam aqui como uma luva.<sup>25</sup> (grifos meus)

Um exemplo sobre essa incoerência é o que acontece no Brasil com relação à liberdade de expressão. A sociedade brasileira defende a liberdade de expressar ideias acerca de um universo completo de assuntos, fato que torna possível que surjam trabalhos de cunho “politicamente incorretos”, que vão contra os valores tidos como “bons”, contra a “moral coletiva”. Portanto, para evitar problemas dessa natureza, o Congresso Nacional

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Capítulo 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 348.

estabeleceu regras à liberdade de expressão, objetivando o “bem comum”, mas com isso entra em conflito claro contra as liberdades individuais – e, conseqüentemente, contra os princípios básicos defendidos pela própria sociedade<sup>26</sup>.

Neste aspecto, Dworkin é contundente, ainda sobre esse tema, e diz: “A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto”<sup>27</sup>.

Com relação à liberdade de expressão e, no caso deste trabalho, o humor direcionado a políticos, tendo a concordar com Dworkin: a liberdade negativa também abrange, *a priori*, a liberdade de ofender e as expressões de mau gosto.

Entretanto, é justamente aqui que reside uma questão importante a este trabalho: haveria uma impunidade do humor? Compreendo que a liberdade de expressão não comporta apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos. Isto faz que ela possa não sofrer qualquer restrição em seu exercício?

No entanto, antes de adentrar a essas nuances da liberdade de expressão, e para se definir a extensão da proteção conferida a este direito no ordenamento pátrio, é importante verificar, primeiramente, a proteção outorgada à liberdade de pensamentos<sup>28</sup> em seus mais variados aspectos, tais como: liberdade religiosa, liberdade artística, liberdade de opinião e liberdade de informação e de imprensa.

---

<sup>26</sup> Nesse sentido, a Lei Federal nº 9.504/1997, artigo 45, inciso II e III, que vedava aos meios de comunicação produzir ou veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Capítulo 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

<sup>28</sup> Existem inúmeras classificações propostas para relacionar em grupos as liberdades dispostas em nossa Constituição Federal. Utilizo a classificação proposta por José Afonso da Silva em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, por ser didática e compreender, dentro do grupo “*liberdade de pensamento*”, as quatro liberdades que são importantes analisar neste capítulo: liberdade religiosa, liberdade artística, liberdade de opinião e liberdade de informação e de imprensa.

Para tanto, e por se tratar de direitos humanos, parto de um sistema jurídico de análise multinível, em que será apontado o sistema global de proteção, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>29</sup> e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>30</sup>, bem como o sistema regional interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>31</sup>, para depois adentrar à análise de nossa Constituição Federal.

Por fim, ressalto que a escolha por estudar estes tratados de direito internacional e excluir outros, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, justifica-se na medida em que, deliberadamente, quis analisar apenas aqueles de que o Brasil é signatário, pois eles, na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal<sup>32</sup>, fazem parte do seu sistema jurídico de proteção.

## **1.2. Liberdade Religiosa**

A liberdade religiosa também é uma das facetas da liberdade de pensamento e está intrinsecamente ligada à liberdade de opinião e à ideia de tolerância, pois implica necessidade de respeito à existência de inúmeras religiões e liberdade de opinião na tolerância da convivência de ideias e opiniões diversas de forma pacífica dentro de uma mesma sociedade.

---

<sup>29</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da [Resolução 217 A \(III\) da Assembleia Geral](#). Assinada pelo Brasil na mesma data.

Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

<sup>30</sup> O Brasil aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992, e o ratificou por meio do Decreto nº 592, em 6 de julho de 1992.

<sup>31</sup> Conhecida também como “Pacto de São José da Costa Rica”, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

<sup>32</sup> Op. Cit.; Art. 5º, § 2º: “...os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

No âmbito normativo, o direito à liberdade religiosa é objeto de proteção global, marcado pelas Declarações internacionais e regionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>33</sup>, em seu artigo 18, versa que:

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este 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 e pela observância, em público ou em particular.

Em termos bastante semelhante ao caput do artigo 18 da DUDH, a liberdade religiosa está prevista também no artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, porém amplia um pouco mais o rol de proteção:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.<sup>34</sup>

Em âmbito regional, igualmente protegido, e sem trazer qualquer inovação ao texto apresentado no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, está o artigo 12<sup>35</sup> – Liberdade de Consciência e Religiosa –, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>33</sup> Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

<sup>34</sup> Artigo 18, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

<sup>35</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião:

Nacionalmente, a Constituição Federal de 1988 positivou a liberdade de consciência e de crença em seu artigo 5º, VI, nos exatos termos: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantido, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Ao interpretar todas essas normas e, em especial, este artigo da Constituição Federal, é possível chegar a três conclusões: (i) a liberdade religiosa e de consciência é um direito público subjetivo e, como tal, a sua proteção é exigível frente ao Estado e particulares; (ii) a Constituição veda qualquer tipo de discriminação, ou tratamento jurídico diverso, dedicado ao cidadão, tendo como fundamento apenas a sua convicção religiosa<sup>36</sup>; e (iii) todo o indivíduo tem direito de optar pela religião que mais se coadune com os seus valores, sem sofrer restrição por parte do Estado.

No que tange a Estado e Igreja, o artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, prevê:

é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

---

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado; 2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças; 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas; 4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”.

<sup>36</sup> Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro, e MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e crença. Revista de Direito Constitucional e Internacional 36/108. São Paulo: Ed. RT, ano 9, 2001.

Nesse sentido, ao passo que a Constituição assegura a pluralidade religiosa e tem o dever de garantir que os cidadãos exerçam sua religiosidade livremente, determina que o Estado brasileiro não pode eleger uma religião oficial, pois é laico. Portanto, existe uma nítida separação dentro do sistema constitucional entre Estado e Religião.

Assim, conforme explica Roberto Dias, com esta laicidade estatal, as religiões podem, no máximo, impor sanções religiosas a seus seguidores. Contudo, não se pode exigir a mesma conduta do Estado, que deve garantir o exercício da liberdade constitucional de crença e de culto – incluindo a liberdade de não crer –, além de permitir que as pessoas ajam ou se omitam segundo suas crenças ou com base na absoluta ausência delas<sup>37</sup>.

A liberdade de crença, ora mencionada, é outra característica importante da liberdade religiosa que envolve o direito de acreditar em algo, tal como de não acreditar em nada, ou seja, de ter uma religião e de não ter nenhuma, como ocorre com os agnósticos e os ateus<sup>38</sup>. Portanto, é garantido o direito de escolher uma religião, bem como o direito de não ter religião alguma.

Assim, o pluralismo inerente a um Estado Democrático, e previsto na Carta Maior pátria, não admite a imposição de uma única forma de pensar ou agir, mesmo porque há em nossa Constituição a previsão da liberdade de expressão e de pensamento, da inviolabilidade de consciência e de crença, bem como da proteção à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra das pessoas (artigo 5º, incisos IV a X).

---

<sup>37</sup> DIAS, ROBERTO. “O Direito Fundamental à Morte Digna – Uma Visão Constitucional da Eutanásia”. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 100.

<sup>38</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e Discurso do Ódio. Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 37.

### 1.3. Liberdade Artística

Tendo em vista a fatalidade que se seguiu à publicação da charge de Maomé no jornal satírico francês “*Charlie Hebdo*” e, no Brasil, o canal humorístico do *YouTube* “*Porta dos Fundos*”, que, com certa recorrência, se vê envolvido em algumas discussões sobre o conteúdo de suas esquetes humorísticas e a Igreja Católica<sup>39</sup>, observa-se a tendência de querer impor restrições à liberdade artística, tanto nos casos em que as obras de arte contrariam opiniões das religiões dominantes, como quando se referem a crenças minoritárias<sup>40</sup>.

Ao analisar as normas de direito internacional, nota-se que a liberdade artística não está consagrada em um dispositivo próprio, o que não significa que ela não esteja garantida, pois este direito decorre diretamente da liberdade de pensamento e de expressão que, por sua vez, estão amplamente assegurados nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como nos sistemas internacionais regionais e em nossa Constituição Federal.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é um exemplo de como estes direitos estão interligados ao expressar, em seu artigo 19.2<sup>41</sup>, que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão, verbal ou por escrito, em forma

---

<sup>39</sup> O vídeo “Especial de Natal Porta dos Fundos”, veiculado no canal humorístico Porta dos Fundos no site YouTube, em 23/12/2013, gerou grande discussão e desencadeou reações fortes de alguns grupos católicos que consideraram como blasfêmia a paródia com o nascimento de Jesus. Cf. <http://oglobo.globo.com/cultura/megazine/humor-sem-censura-do-porta-dos-fundos-provoca-revolta-em-cristaos-11240059>. (acessado em 15/11/2015)

<sup>40</sup> DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística”. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, p. 49-65, abr./jun. 2009.

<sup>41</sup> Artigo 19.2.: “Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha”.

impressa ou artística. Nesse mesmo sentido, e com redação muito semelhante, está assim disciplinado na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13.1<sup>42</sup>.

Assim, as manifestações artísticas estão protegidas pela liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão, embora não possam ser reduzidas a elas, pois a arte reivindica formas e justificações de exercício diferentes destas, conforme será analisado.

A Constituição Federal, artigo 5º, inciso IX, determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O conteúdo desse dispositivo envolve todas as formas de expressão do conhecimento. Trata-se, segundo José Afonso da Silva, de liberdade de expressão daquelas atividades ali indicadas, que abrange todos os campos do saber conceptual e intuitivo<sup>43</sup>. Todavia, é interessante notar o esforço do constituinte brasileiro em assegurar a liberdade artística, sem que a desvincule da liberdade de expressão, o que segue a tendência dos tratados internacionais.

Assim, sendo esse o arcabouço jurídico que assegura a liberdade artística, além de outros dispositivos que se destinam a garantir proteção aos direitos autorais decorrentes destas manifestações, os quais não nos cabe analisar, resta-nos ainda compreender o que é a arte, para fins jurídicos, e, em seguida, refletir sobre os limites de sua atividade.

Em primeiro lugar, a liberdade artística não pode ser reduzida à manifestação do pensamento e à liberdade de expressão, embora seja tratada em conjunto nas normas jurídicas, pois o seu conteúdo é muito mais amplo e requer formas e justificativas de

---

<sup>42</sup> Art. 13.1, “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”.

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. Ordenação Constitucional da Cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 58.

exercício diferentes dessas espécies. Assim, um gesto que “em condições normais seria ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro”<sup>44</sup> (como se pode observar na discussão do caso “Gerald Thomas”, a ser analisado no tópico 2.4.), bem como uma peça humorística reivindica uma liberdade de expressão cuja amplitude seria impensável para um jornalista ou cientista.

A partir dessas reflexões, é correto afirmar que a arte é definida conforme o público que ela atinge? Qual é a referência para definir o que é arte? Conforme Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos<sup>45</sup>, a doutrina e a jurisprudência internacional<sup>46</sup> empregam quatro critérios de referência para definir o que é a arte:

*Material.* A arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão.

*Formal.* Possibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.).

*Significado.* A obra permite várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos.

*Reconhecimento.* Atribuição do predicado "arte" a certa obra por terceiros que têm conhecimentos na área<sup>47</sup>

Fato é, conforme pontuam os autores<sup>48</sup>, a liberdade de expressão artística não objetiva tutelar obras inócuas, pois ninguém necessita de tutela jurídica para expor naturezas mortas e animais no pasto verde. Esta liberdade só adquire relevância a partir do momento em que alguém questiona o nosso direito de nos expressar, desejando proibir certas manifestações que repute ofensiva de seus direitos e valores. Justamente esse é o

---

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística”. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, pp. 53.

<sup>45</sup> DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística”. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, pp. 53.

<sup>46</sup> A doutrina e jurisprudência brasileira não apresentam reflexões específicas sobre a liberdade de arte, apenas se limitando a análise genérica da liberdade de expressão. Por tal motivo, as referências apresentadas pelos autores e expostas por mim, apenas consideram a doutrina e jurisprudência internacional.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Ibidem.

objeto de preocupação deste trabalho, sobretudo porque o humor também pode se manifestar por meio da arte.

A liberdade de expressão artística não é negociável, pois é um elemento necessário de qualquer sociedade que pretende ser democrática, todavia, também não é absoluta, nem privilegiada em relação aos demais. Assim, “os limites desse direito devem ser buscados no instituto do dano moral, no sofrimento ou na dor que o exercício desta liberdade possa causar a pessoas reais”,<sup>49</sup>

Conforme pontua Agnaldo Cuócco Portugal o importante é que a liberdade artística seja preservada. “O que a gente tem que evitar ao máximo é que o Estado se torne uma tutela daquilo que as pessoas devem ou não ver e apreciar. Isto tem que ficar realmente ao gosto da pessoa. Isto faz uma sociedade mais madura, mais diversa, mais interessante, mais justa”<sup>50</sup>. Todavia, cumpre ao Estado, quando lhe couber, atribuir a classificação indicativa<sup>51</sup> ao conteúdo produzido, conforme determinam a Constituição Federal<sup>52</sup> o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística”. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, nº 10.

<sup>50</sup> Esta citação foi transcrita do programa televisivo “Artigo 5º”, elaborado e desenvolvido pela “Tv Justiça”, veiculado no dia 18 de setembro de 2013, que pode ser assistido por meio do link: <https://www.youtube.com/watch?v=bru3CHd17mA>.

<sup>51</sup> Para um estudo aprofundado sobre o tema da classificação indicativa, recomenda-se a leitura da dissertação de mestrado: ZYLBERSZTAJN, Joana. Regulação de mídia e colisão entre direitos fundamentais. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Orientador: Luís Virgílio Afonso da Silva.

<sup>52</sup> Artigo 21, inciso XVI: “exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;”.

<sup>53</sup> Capítulo II - Das Infrações Administrativas, artigo 253: “Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem: Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente, à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.”.

#### 1.4. Liberdade de Opinião

A liberdade de opinião nada mais é do que a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que crê verdadeiro<sup>54</sup>. Portanto, esta liberdade decorre diretamente da liberdade de pensamento.

Ademais, a liberdade de opinião é constitutiva do princípio democrático e pressupõe o controle democrático dos órgãos do Estado, uma vez que o cumprimento do “caráter moral” (éthos) do funcionário e das regras convencionais têm que ser vigiados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública:

... o controle democrático dos órgãos de Estado pressupõe liberdade de opinião. Em especial, o cumprimento do *ethos* do funcionário e das regras convencionais têm que ser vigiados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública. Em sexto lugar, a liberdade de opinião reforça também a legitimidade, porque possibilita ter esperança de que as injustiças serão eliminadas no futuro e porque justifica a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas ao exame crítico<sup>55</sup>

Além do que, a liberdade de opinião promove também a autonomia individual e forma o ambiente plural de participação democrático<sup>56</sup>.

No âmbito do sistema jurídico global de proteção a esse direito, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual proclama, em seu artigo 19, que todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, sem sofrer

---

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 89.

<sup>55</sup> KRIELE, Martin. Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático. Trad. por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980. pp. 474.

<sup>56</sup> BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: \_\_\_\_. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, pp. 78.

constrangimento, bem como garante o direito correspondente de investigar e receber informações e opiniões e divulgá-las sem limitação de fronteira<sup>57</sup>.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no artigo 19, § 1º, determina que toda pessoa tem o direito a não ser molestada por suas opiniões<sup>58</sup>. No âmbito regional, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, 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.

(...)

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. (grifos meus)

A Constituição Federal, expressamente, refere-se à liberdade de opinião em duas situações: (i) quando afirma que não será concedida extradição de estrangeiro em decorrência de suas opiniões (art. 5º, LII); e (ii) com relação a imunidades parlamentares em decorrência de suas opiniões (art. 29, VIII e art. 53).

Com relação à primeira hipótese, é emblemático o caso em que o ex-Presidente Lula decidiu expulsar do país Larry Rohter, correspondente do New York Times, porque o jornalista estrangeiro, em uma matéria, sugeriu que o ex-Presidente tivesse problemas com o álcool. Contudo, o STJ concedeu liminar suspendendo imediatamente o ato, e o próprio Governo, duramente criticado, justamente, pela opinião pública, acabou

---

<sup>57</sup> DUDH, artigo 19: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.”

<sup>58</sup> PIDCP, artigo 19, §1º: “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões”.

retrocedendo e, conseqüentemente, não recorrendo contra a citada decisão. Como pontuou Miguel Reale Júnior à época: "Se, por um lado, a notícia foi maldosa, a reação [do Governo] foi burra. E muitas vezes a burrice é pior que a maldade"<sup>59</sup>.

No tocante à imunidade parlamentar, trata-se de prerrogativas irrenunciáveis por meio de que a Constituição impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional por suas palavras, opiniões e votos, emitidos em atividades relacionadas ao mandato, no recinto do Parlamento ou fora dele. Assim, os parlamentares podem exercer suas funções inerentes ao cargo com autonomia e independência, sem o receio de sofrer qualquer processo por isso.

Agora, vamos pensar na seguinte hipótese: um deputado federal sustenta que a homossexualidade seja pecaminosa e um mal à sociedade, opondo-se a qualquer tentativa de proteção pelo Estado das relações homoafetivas, e suas manifestações são exemplos típicos de homofobia e intolerância. Podemos censurá-las? Esse deputado não pode sofrer qualquer tipo de responsabilização?

Tal como ocorre com o direito fundamental à liberdade de expressão, as imunidades parlamentares materiais não podem ser consideradas como prerrogativas absolutas e que não admitam ponderação. A inviolabilidade parlamentar deve ser limitada em razão da colisão com outros princípios igualmente assegurados pela ordem constitucional (limites externos). A solução jurídica para essa colisão deverá considerar as circunstâncias fáticas e o peso de cada um desses princípios no caso concreto, conforme explica Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Notícia publicada no Jornal Folha de São Paulo, em 13/05/2004:  
< <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/noticias/gd130504e.htm> > Acessado em 10/09/2015.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit.. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p.92.

Nesse sentido, é possível afirmar, conforme o fazem Roberto Dias e Lucas Laurentiis, que, se o parlamentar, sem qualquer razão ou fundamento, ofender gravemente minorias étnicas ou culturais, defender doutrinas nazistas ou xenófobas, pregar o genocídio ou incitar a prática de terrorismo, “é provável e admissível que as circunstâncias e o peso dos princípios envolvidos levem o julgador a afastar a regra constitucional insculpida no art. 53 da CF.”<sup>61</sup>.

### **1.5. Liberdade de informação e de imprensa**

A liberdade de informação foi reconhecida, inicialmente, em 1946, ocasião em que a Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 59 (1), que afirmava: “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”<sup>62</sup>. Ainda, consoante esta Resolução, a liberdade de informação implica o direito de coletar, transmitir e publicar notícias em todo e qualquer lugar, sem amarras.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, fazem referência, em termos bem semelhantes, à liberdade de informação:

Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas Catib de . Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. BDA (São Paulo), v. 3, p. 16, 2014.

<sup>62</sup> Assembleia Geral da ONU, Resolução 59 (I), 14 de dezembro de 1946 – Calling of an International Conference on Freedom of Information:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/10/IMG/NR003310.pdf?OpenElement>

“Freedom of information is a fundamental human rights and is the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated”.

<sup>63</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19.

No sistema regional interamericano de direitos humanos, por seu turno, reconhece-se, formalmente, o direito à informação. É o caso do artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que garante a liberdade de expressão, em termos semelhantes aos instrumentos da DUDH, e até mais fortemente:

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

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, assegura o direito à informação, que consiste no direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado<sup>64</sup>, ou seja, compreende a liberdade de informar e de ser informado.

CF, 5º, XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

CF, 5º, XXXII: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Assim, consoante todo o arcabouço normativo acima exposto, este direito pressupõe a liberdade de buscar e receber informações de todo o tipo. É a liberdade de poder divulgar as informações, fatos ou notícias e, de outra parte, de ter acesso a essas informações.

Ainda, a liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública<sup>65</sup>, sendo este um limite a sua atuação. Segundo Barroso, “a informação

---

<sup>64</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18.

<sup>65</sup>FERRIZ, Remedio Sánchez. *Delimitación de las libertades informativas. Fijación de criterios para la resolución de conflictos em sede jurisdiccional.* Valencia: Universitat de Valencia, 2004. pp. 46.

não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la”<sup>66</sup>. Desse modo, mesmo a informação veiculada sendo falsa, mas subjetivamente verdadeira, ela pode prevalecer face ao direito de intimidade<sup>67</sup>. Esta preocupação com a verdade deve ser observada tanto para divulgar como para receber informações públicas.

Com relação ao direito de receber informações, fundamental para o desenvolvimento contínuo da democracia, existe uma especial preocupação, pois “uma sociedade que não está bem informada, não é uma sociedade plenamente livre”<sup>68</sup>.

Nesse sentido, a transparência estatal e o acesso à informação são alicerces do Estado Democrático de Direito contemporâneo, visto que um indivíduo só participa efetivamente de uma coletividade se puder ser informado acerca dos acontecimentos e fenômenos sociais que o circundam e, assim, refletir sobre o que acontece ali. Sem acesso às informações que o Estado detém, não podemos dizer que vivemos em uma democracia completa. Portanto, a regra deve ser o acesso às informações públicas ou privadas (no caso, por exemplo, de instituições financeiras de crédito) e a exceção a restrição limitadas a esta garantia, como nos casos em que a informação está atrelada a segurança nacional.

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18.

<sup>67</sup> Neste sentido, existe um importante julgado da Suprema Corte norte-americana, *New York Times Co. vs. Sullivan* (1964). Com base na Primeira Emenda, ficou decidido que os funcionários públicos ou ocupantes de cargos públicos não poderiam ganhar uma ação contra a imprensa nos casos em que as publicações fossem abertamente relacionadas à conduta oficial dos mesmos. No entanto, se provasse a falsidade da acusação ou que o órgão de imprensa ‘fez essa acusação com malícia efetiva’, ou seja, que publicaram a matéria sabendo que ela era ‘falsa ou com temerária desconsideração (reckless disregard) pela veracidade ou falsidade das informações’, somente neste caso os funcionários públicos teriam a razão de dizer que foram ofendidos e caluniados.”

<sup>68</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-05/85, nota supra 1§ 70. Sobre essa nota, verificar: GROSSMAN, Claudio. *Desafíos de la Libertad de Expresión dentro del sistema interamericanos: un análisis jurisprudencial*. Revista Peruana de Derecho Público. Peru: Idemsa, ano 14, nº 26, jan-jun. 2013.

Para além disso, trata-se de um direito fundamental de todos os cidadãos e instrumento necessário para que a imprensa e os profissionais do jornalismo possam tornar públicas informações anteriormente restritas.

Para tanto, é necessário ter acesso a informações completas, verídicas e de qualidade. Nesse sentido, a Lei nº. 12.527/11, denominada Lei de Acesso à Informação, apresenta em seu artigo 4º, inciso I, o conceito de informação: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

Em qualquer que seja sua característica ou finalidade, conforme pontua relatório da ONG *Article 19*<sup>69</sup>, é certo que o acesso à informação requer, efetivamente, que tais informações estejam organizadas, sistematizadas e disponíveis em tempo razoável, sempre se utilizando de linguagem adequada e acessível, sob pena de o acesso tornar-se de todo inócuo e ineficaz para os fins esperados.

A liberdade de imprensa, por sua vez, é uma das formas de exteriorização da liberdade de informação (fatos) e da liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos e etc.). Assim, abrange o direito-dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões. Nesse sentido, “a liberdade de imprensa está umbilicalmente ligada às liberdades de informação e de expressão em sentido estrito, na medida em que serve de veículo para a divulgação de pensamentos ideias e opiniões”<sup>70</sup>

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, assim a define:

---

<sup>69</sup> Article 19, Relatório “Acesso à informação e tráfico de pessoas: considerações sobre a metodologia integrada de coleta e análise de dados e informações”, disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/07/Relat%C3%B3rio-ARTIGO-19-Tr%C3%A1fico-de-pessoas-e-acesso-%C3%A0-informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

<sup>70</sup> KOATZ, Rafael. As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel, e SARLET, Ingo (Coord.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

A **liberdade de imprensa**, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, entre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar, e o direito de criticar<sup>71</sup>. (grifos meus)

Observa-se, com essa passagem, que a liberdade de imprensa designa a liberdade reconhecida (e conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão. A distinção essencial no tratamento destes conceitos reside no fato de que a liberdade de imprensa não se refere a um direito individual, mas sim ao interesse eminentemente público na livre circulação de ideias.

Diante de tudo o que foi dito, nota-se que o direito à informação e a liberdade de imprensa guardam estrita relação com o direito à liberdade de expressão, mas com ele não se confundem. Assim, faz-se imperioso analisá-los no capítulo a seguir, dedicado ao tema da liberdade de expressão.

---

<sup>71</sup> **AI 705.630-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 6-4-2011.) **No mesmo sentido: AI 690.841-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 5-8-2011; **AI 505.595**, Rel. Min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, *DJE* de 23-11-2009.

## 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após análise das liberdades decorrentes da manifestação do pensamento, é possível depreender que a Constituição Federal protege e garante: a livre manifestação do pensamento em todos os seus desdobramentos, inclusive artísticos, científicos, religiosos e políticos (art. 5º, IV, VI e IX); o direito de resposta (art. 5º, V); a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI); o amplo acesso à informação, com as garantias que lhe são inerentes (art. 5º, XIV, XXXIII e LVII); a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, como princípio reitor do ensino (art. 206, II); a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220); a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (art. 220, §1º); e veda: toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (art. 220, §2º)<sup>72</sup>.

Todos esses direitos compõem o sistema constitucional da liberdade de expressão e são essenciais para o Estado democrático brasileiro. Todavia, cumpre fazer algumas observações.

O direito à liberdade de expressão contempla tanto a *liberdade de expressão em sentido estrito* quanto a *liberdade de informação*<sup>73</sup>. A doutrina faz essa distinção por uma questão de praticidade, tendo em vista que cada uma apresenta requisitos e limitações diferentes, embora ambas façam parte da liberdade de expressão em sentido amplo.

---

<sup>72</sup> Vale ressaltar, ademais, que não se trata de rol taxativo, pois na forma do §2º do art. 5º da Constituição, “...os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, também fazem parte do sistema constitucional da liberdade de expressão diversos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário, dentre os quais merecem destaque: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19); (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19); e (iii) a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

<sup>73</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 21.

A liberdade de informação, conforme pontuado acima, diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A liberdade de expressão em sentido estrito, por seu turno, viabiliza externar qualquer manifestação do pensamento humano, como as ideias, opiniões, juízos de valor<sup>74</sup>, por qualquer meio, seja pela criação artística ou literária, “que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo”<sup>75</sup>.

De acordo com essa concepção dual (diferenciadora), a exigência de prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação são elementos exclusivos da liberdade de imprensa, já que se refere a fatos. A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada à verdade<sup>76</sup>.

Assim, segundo Chequer, a verdade representa um limite apenas do direito fundamental à liberdade de informação, não produzindo o mesmo efeito no que diz respeito à liberdade de expressão em sentido estrito<sup>77</sup>.

A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível [...] – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18.

<sup>75</sup> CARVALO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 25.

<sup>76</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 22.

<sup>77</sup> Como ficou estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Keeton v. Hustler Magazine* (485 US 770 (1984)): “[...] declarações falsas de fato injuriam tanto o sujeito da falsidade quanto os leitores da declaração.”

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 235: 1-36, pp. 18/19.

Cumprer ressaltar que a liberdade de imprensa, por sua vez, é uma das formas de exteriorização da liberdade de informação (fatos) e da liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos e etc.).

Destaco que, ao utilizar a expressão “liberdade de expressão” ou “liberdade de expressão em sentido amplo”, refiro-me à definição que abrange tanto a liberdade de expressão em sentido estrito, quanto à liberdade de informação (direito de informar, direito de se informar e direito de ser informado) e a liberdade de imprensa (direito dos jornalistas e radiodifusão), conforme defendem Canotilho e Vital Moreira<sup>79</sup>.

Passo agora a analisar os fundamentos que justificam a liberdade de expressão como um direito fundamental.

## **2.1. Justificação instrumental e construtiva**

*“liberdade de expressão é preciosa como um fim e como um meio”<sup>80</sup>*

Dworkin, ao discorrer sobre o caso *New York Times vs. Sullivan*<sup>81</sup>, relevante julgado na jurisprudência americana, afirma que os juristas constitucionais propuserem muitas justificativas diferentes para o dispositivo da liberdade de expressão; todavia, a

---

<sup>79</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 224.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 321, frase atribuída a Brandeis no seu parecer sobre o caso *Whitney*.

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 311: “Na decisão Sullivan, a Corte afirmou que, a partir desse dispositivo constitucional, se conclui que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público pode ganhar uma ação contra a imprensa, a menos que prove não só que a acusação feita contra ele era falsa e nociva, mas também que o órgão de imprensa fez essa acusação com ‘malícia efetiva’ – que o jornalista não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem”.

maioria delas enquadra-se em uma ou em outra destas duas grandes categorias: (i) instrumental e (ii) construtiva<sup>82</sup>.

Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância instrumental; em outras palavras, ela não é importante porque as pessoas tenham o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade<sup>83</sup>.

Nesse sentido, a livre manifestação do pensamento é também fundamental porque, por seu intermédio, é mais provável que se chegue à verdade, que se corrijam erros ou, ainda, que se produzam boas políticas<sup>84</sup>.

De acordo com a visão instrumental, portanto, o compromisso com a liberdade de expressão funda-se na premissa de que, ao longo do tempo, a liberdade produzirá resultados melhores para a sociedade do que qualquer benefício que se possa alcançar por meio de sua supressão. “O melhor remédio para uma eventual patologia do discurso é uma dose maior de liberdade discursiva”<sup>85</sup>.

Segundo perspectiva diversa, chamada construtiva, pressupõe-se que a liberdade de expressão seja importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial de uma sociedade política justa.

---

<sup>82</sup> Na doutrina brasileira, a justificação construtiva é denominada de “substantiva” ou “libertária”, ao passo que a justificação instrumental também pode ser referenciada como “democrática”. Todavia, aqui utilizo as expressões encontradas no livro de DWORKIN, Ronald. Op.Cit., p. 311.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 321.

<sup>84</sup> Parafrazeando James Madison, a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder do povo de governar a si mesmo. Apud GOULD, Jon B. Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation. Chicago: The University of Chicago Press, 2005, pp. 45-46.

<sup>85</sup> Petição inicial proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, no âmbito da ADI nº 4451. Autoria: Gustavo Binenbojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff. pp.6.

Neste aspecto, é possível dizer: as pessoas são moralmente responsáveis para tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na fé. Assim, “o Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou desagradáveis”<sup>86</sup>.

Segundo o autor, ainda, a responsabilidade moral também tem um aspecto ativo: é a responsabilidade não só de construir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, por mais odiosas que sejam as opiniões que elas decidam ponderar ou propagar.

Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político (...) os cidadãos têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético.<sup>87</sup>

Nota-se que as justificações instrumental e construtiva da liberdade de expressão não são excludentes e apresentam muitos pontos em comum: nenhuma delas atribui um caráter absoluto à liberdade de expressão, ao passo que ambas admitem que os valores por elas invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais, ao se decidir, por exemplo, até que ponto se devem censurar as informações militares.

Não obstante, conforme nos ensina Dworkin, as duas justificações são essencialmente diferentes<sup>88</sup>, pois a justificação instrumental é mais frágil e mais limitada, uma vez que trata, principalmente, da proteção da expressão política, ao passo que a

---

<sup>86</sup> Ibidem. pp. 319.

<sup>87</sup> Ibidem. pp. 320.

<sup>88</sup> DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 321.

justificação construtiva abrange, em princípio, todos os aspectos da expressão ou do pensamento cuja independência é exigida pela responsabilidade moral.

Por exemplo, se adotarmos apenas a justificação instrumental, é possível afirmar que o objetivo da liberdade de expressão é o de simplesmente garantir que a democracia funcione bem – que as pessoas tenham as informações de que precisam para votar, para proteger a própria democracia dos tirânicos ou para garantir que o governo não seja nem corrupto nem incompetente – e até aqui, estou de acordo e aprovo essas características. Porém, apenas considerar o caráter instrumental é dizer, a contrário senso, que a liberdade de expressão é muito menos importante quando diz respeito à arte, ao humor, a decisões pessoais, sociais. E com isso não concordo. Apenas para ilustrar, ainda que de forma forçada e fácil de derrubar, se levarmos a justificação instrumental ao extremo, é possível afirmar que um show cujo único objetivo é entreter não está protegido pela liberdade de expressão, pois não é essencial que eu lhe assista para que se possa, por exemplo, votar de forma consciente.

Por tais motivos, neste trabalho defendo ambas, pois são necessários os dois tipos de justificações, sobrepostas, para uma compreensão plena do direito à liberdade de expressão<sup>89</sup>. Não se pode negar o caráter intrínseco da democracia, mas também é de suma importância a responsabilidade moral, um aspecto da auto realização do homem e essencial ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Sem uma delas, a proteção à liberdade de expressão não seria completa.

Em suma, defendo que a liberdade de expressão possui duas justificações, instrumental e construtiva, complementares, que asseguram ao mesmo tempo o

---

<sup>89</sup> Este entendimento, que defende as duas justificações sobrepostas, também apresenta defensores na doutrina. Cf. MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Capítulo II, p. 27-84.

desenvolvimento da personalidade moral dos cidadãos (justificação construtiva), além de condições mínimas para o exercício de outros direitos fundamentais e para a consecução de outros objetivos coletivos (justificação instrumental), relacionadas ao funcionamento da democracia.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”) sustenta posição semelhante, acentuando a justificação instrumental da liberdade de expressão, sem, contudo, descuidar da justificação construtiva, como ilustrado nas passagens abaixo:

**“... a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contempla a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação de consciência e de vontade popular.”<sup>90</sup>**

**““(...) 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.’. (...)”<sup>91</sup> (grifos meus)**

No plano normativo, é possível concluir que a Constituição Federal acolheu ambas as justificações da liberdade de expressão<sup>92</sup>, ora mais relacionada à faceta construtiva, ora à instrumental, em que se garante a cada brasileiro tanto a tutela da livre

<sup>90</sup> STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2013, citação extraída do voto: Min. Gilmar Mendes, p. 324; grifou-se.

<sup>91</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009; grifou-se.

<sup>92</sup> Oscar Vilhena Vieira sustenta posição semelhante quando afirma que “Nossa Constituição (...) buscou conciliar dois conceitos fundamentais de liberdade. O emprego da expressão ‘Estado Democrático de Direito’ não é fortuito, mas uma representação de que há pelo menos dois princípios de liberdade inspiradores de nossa ordem constitucional, que são a autonomia e a liberdade negativa”. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146. Na mesma linha, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 397.

manifestação de opiniões e ideias por parte dos indivíduos (justificação construtiva), quanto a faculdade de participar dos processos de deliberação coletiva atuando na formação da opinião pública (justificação instrumental).

Ademais, tamanha é a importância e destaque da liberdade de expressão na Constituição, que há quem sustente tratar-se de um direito que ocupa *posição preferencial* no confronto com outros direitos, o que passo a analisar.

## **2.2. Teoria da posição preferencial à liberdade de expressão**

Mas, afinal, em que consiste a *posição preferencial* da liberdade de expressão? Trata-se de uma doutrina na qual se entende que a solução das colisões envolvendo a liberdade de expressão e outros bens, direitos e valores constitucionais se resolvam, em princípio, em favor daquela. Explico melhor:

Existem duas vertentes, a primeira é a teoria norte-americana e segunda é a doutrina que propõe os direitos humanos como ordem de valores. Passo a análise.

Para a doutrina dos direitos fundamentais preferenciais, originária da Suprema Corte dos Estados Unidos, a preferência concedida a determinados direitos fundamentais não supõe uma prevalência absoluta de um direito fundamental quando comparado com outros direitos da mesma natureza, mas simplesmente lhes confere uma posição mais forte ou uma maior eficácia na hora de proceder ao *balancing*, à ponderação dos interesses em conflito<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 103.

Em suma, havendo colisão entre direitos fundamentais e sendo um dos princípios envolvidos considerado preferencial, a solução se dará pela ponderação de princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); todavia, no momento de fazer a ponderação, a balança inicial confere mais peso ao direito fundamental preferencial. Situação essa que pode ser perfeitamente invertida diante das circunstâncias do caso concreto. Em verdade, trata-se de uma preferência *prima facie*, mas não de uma preferência absoluta entre os direitos fundamentais. Claudio Chequer faz o interessante exercício:

Representando em números, poderíamos afirmar que, havendo um conflito entre um direito fundamental preferencial e um direito fundamental que não é preferencial, o primeiro entra com peso 2 e o último com peso 1 na balança da ponderação. Isso não significa dizer que o direito fundamental que entra com mais peso vai sempre ser preferido. As circunstâncias do caso concreto podem inverter o prato da balança, fazendo prevalecer, no caso, o princípio fundamental não preferencial.<sup>94</sup>

Essa ideia é resumida, em verdade, por aquilo que Alexy chama de “relações condicionadas de precedência”. Esse conceito é expresso da seguinte forma: “( $P_1 \mathbf{P} P_2$ ) C”<sup>95</sup>. Isso significa que nos casos de colisão entre dois princípios –  $P_1$  e  $P_2$  – o princípio  $P_1$  prevalece sobre o princípio  $P_2$  apenas nas condições daquele caso. É possível, contudo, que em uma situação  $C_1$  seja o princípio  $P_2$  que prevaleça sobre o princípio  $P_1$ , ou seja: “( $P_2 \mathbf{P} P_1$ )  $C_1$ ”<sup>96</sup>. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta<sup>97</sup>.

Em outras palavras, quando um princípio  $P_1$  prevalece *prima facie* sobre um outro princípio  $P_2$ , isso se traduz na ideia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>95</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 97-99.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>97</sup> Cf. Ibidem, p. 99. Essa ideia é aquilo que Alexy chama de “lei de colisão”, que tem a seguinte redação: “Se o princípio  $P_1$  tem precedência em face do princípio  $P_2$  sob as condições  $C$ : ( $P_1 \mathbf{P} P_2$ )  $C$ ), e se do princípio  $P_1$ , sob as condições  $C$ , decorre a consequência jurídica  $R$ , então, vale uma regra que contém  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ ”.

argumentativo para justificar a realização de  $P_2$  em detrimento de  $P_1$  é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de  $P_1$  em detrimento de  $P_2$ .

A preferência concedida à liberdade de expressão estaria justificada, basicamente em razão do fato de ela ser vista como um meio para alcançar a efetivação da democracia<sup>98</sup>. Todavia, é possível apontar outros fundamentos, tais como: a) a importância da liberdade de expressão para a descoberta da verdade; b) a liberdade de expressão vista como um aspecto de autossatisfação (*self-fulfilment*); e c) suspeita do governo, já que os governos têm fortes razões para ter medo dos impactos das ideias, sendo, pois, naturalmente tentados a reprimi-las<sup>99</sup>.

Com esse tipo de raciocínio, ficou estabelecida, ao menos implicitamente, uma hierarquia entre os Direitos Fundamentais. Não se trata de uma hierarquia rígida ou definitiva entre os princípios constitucionais, pois a liberdade de expressão não é absoluta e poderá ceder lugar a outros princípios.

Todavia, existe vertente diversa. Trata-se da doutrina que propõe uma hierarquia entre os direitos fundamentais, segundo a qual:

... em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele será resolvido, independentemente das circunstâncias fáticas que envolvem o caso concreto, em favor do direito fundamental de hierarquia superior, portanto, embasando-se em um critério prévio e rígido de hierarquização. Aqui não há, entre os direitos fundamentais, apenas uma preferência *prima facie*, mas sim uma preferência definitiva e absoluta.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. O Direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 311.

<sup>99</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial *Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 104.

<sup>100</sup> Idem, *ibidem*

Consoante Chequer<sup>101</sup>, alguns autores<sup>102</sup> entendem que os direitos fundamentais são simples projeções de valores e, portanto, apenas representam um meio para oferecer proteção jurídica a um valor que, por definição, é um fim em si mesmo. Assim, se toda teoria de valores supõe uma ordem hierárquica entre eles, conclui-se que os direitos também se encontrem ordenados hierarquicamente<sup>103</sup>.

Nesse sentido, Miguel Ekmekdjian<sup>104</sup> parece adotar esse entendimento ao propor a classificação dos direitos fundamentais em uma ordem hierárquica abstratamente estabelecida, fixando primeiramente os direitos fundamentais mais relevantes em uma escala decrescente de importância, nos seguintes termos:

1. direito à dignidade humana e seus derivados (liberdade de consciência, a privacidade, a proibição de assédio e humilhação, tortura, mutilação e etc.);
2. direito à vida e seus derivados (direito à preservação da saúde, integridade física e psicológica, etc.);
3. direito à liberdade física;
4. o direito à honra;
5. os direitos personalíssimos (identidade, nome, imagem, domicílio, etc.);
6. o direito à informação;
7. direito de associação;
8. os outros direitos pessoais;
9. os direitos patrimoniais<sup>105</sup>

Para Habermas, essa doutrina constitucional que propõe ordem de valores aos direitos fundamentais é completamente equivocada, pois eles não podem ser considerados nem tratados como valores. Em razão de estarem tipificados na Constituição e possuírem

---

<sup>101</sup> Idem, ibidem.

<sup>102</sup> O autor cita Juan Carlos Gavara de Cara em *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*; José Souto Maior Borge em *Pro-Dogmática: Por uma hierarquização dos princípios constitucionais*; e Diogo de Figueiredo Moreira Neto em *A ordem Econômica na Constituição de 1988*.

<sup>103</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 104.

<sup>104</sup> EKMEKDJIAN, Miguel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985). pp. 487.

<sup>105</sup> EKMEKDJIAN, Miguel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985). pp. 487.

força normativa, estão revestidos de um caráter deontológico, que é radicalmente diverso do – e incompatível com o – caráter teológico dos valores<sup>106</sup>.

Ademais, a hierarquização proposta por esse tipo de doutrina, ainda que goze de algum tipo de justificativa em termos constitucionais, encontra-se fortemente marcada por condicionamentos ideológicos<sup>107</sup>, o que faz que se entenda pelo afastamento dessa vertente.

### 2.2.1. Direitos fundamentais preferenciais no direito comparado

A teoria da posição preferencial da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais foi adotada inicialmente pela jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana e, posteriormente, também começou a ser aplicada por outros tribunais de nações democráticas pelo mundo<sup>108</sup>. Assim, é necessário dedicar algumas páginas a um estudo do direito comparado, analisando como outras democracias constitucionais vêm enfrentando a mesma questão.

De início, será abordada a doutrina da posição preferencial nos EUA, país onde foi inicialmente desenvolvida, em seguida, será verificado se foi aceita por outros tribunais. Em um primeiro momento, pensou-se em abordar a questão no plano dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

---

<sup>106</sup> HABERMAS, Jürgen: *Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, pp.314.

<sup>107</sup> Nesse sentido: SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 7.

<sup>108</sup> Nesse sentido, Cf.: SARMENTO, Daniel. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro, 2015; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

pois o Brasil é signatário; e a Corte Europeia de Direitos Humanos, por representar algumas das democracias constitucionais mais avançadas, como é o caso da Alemanha e Espanha. Todavia, a pesquisa com relação a Corte Interamericana não logrou em êxito<sup>109</sup>.

Deste modo, serão analisados casos emblemáticos da Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como das cortes constitucionais dos seguintes países: Alemanha, Espanha e Colômbia. A escolha por esses três países se justifica na medida em que são democracias constitucionais importantes e que contribuíram, significativamente, para o desenvolvimento da teoria da posição preferencial. Em seguida, passo à análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar se a Suprema Corte do Brasil também adota esta teoria.

#### 2.2.1.1. Direitos fundamentais preferenciais em cortes constitucionais internacionais

A ideia de que certos direitos desfrutam de posição preferencial é originária da jurisprudência constitucional norte-americana. Consoante Daniel Sarmento<sup>110</sup>, a doutrina da posição preferencial começou a se desenvolver a partir da célebre nota de rodapé nº 4 aposta pelo *Justice Harlan Stone* na decisão do caso *United States v. Carolene Products*<sup>111</sup>, julgado em 1938<sup>112</sup>, que tratava da regulação econômica pelo Estado. Sobre essa decisão:

---

<sup>109</sup> Após uma pesquisa nos mecanismos de busca do site do Tribunal, não obtivemos qualquer resultado. Isto não significa que a Corte Interamericana não adote esta doutrina, para fazer tal afirmação é necessário uma análise detalhada de toda a sua jurisprudência, o que não se justifica aqui fazer, pois não é o escopo da presente dissertação de mestrado.

Sítio: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es) (acessado em 11/12/2015).

<sup>110</sup> SARMENTO, Daniel. *Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>111</sup> 304 U.S. 144 (1938).

“... Naquele feito, decidiu-se que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas, no que tange a alguns *direitos preferenciais* e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas. Com o tempo, definiu-se que o *standard* que rege este escrutínio jurisdicional rigoroso (*strict scrutiny*) envolve verificar se a norma restritiva promove um interesse público excepcionalmente importante (*compelling interest*), e se ela é talhada de modo estreito e preciso (*narrowly tailored*), para favorecer dito interesse. O escrutínio estrito – diz um conhecido ditado - é quase sempre fatal. Em outras palavras, poucas normas conseguem sobreviver ao controle jurisdicional efetuado com base neste *standard*.” (grifos meus).

Segundo Chequer<sup>113</sup>, vários outros julgados contribuíram para reafirmar a nota de rodapé número 4 e firmar os direitos fundamentais previstos na Primeira Emenda da Constituição Americana como direitos preferenciais, destacando-se os casos *Jones v. Opelika*<sup>114</sup>, *Prince v. Massachusetts*<sup>115</sup>, *Kavacs v. Cooper*<sup>116</sup>.

Todavia, a doutrina foi articulada mais claramente em relação à liberdade de expressão, em 1943, com o julgamento *Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania*<sup>117</sup>. Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana afirmou, expressamente, que a liberdade de expressão e religião ocupam uma posição preferencial: “*A liberdade de imprensa, a liberdade de expressão e a liberdade de religião estão em uma posição preferencial*”<sup>118</sup>.

A posição preferencial da liberdade de expressão foi reafirmada novamente em 1945, no julgamento do caso *Thomas v. Collins*<sup>119 120</sup>. Na ocasião, a corte decidiu que “a

---

<sup>112</sup> Lá se decidiu que o Judiciário deveria ser deferente em relação às decisões legislativas em questões econômicas, mas no que tange a alguns direitos preferenciais e à proteção de minorias impopulares, poderia exercer um escrutínio mais rigoroso sobre normas restritivas.

<sup>113</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 122.

<sup>114</sup> 319 U.S. 103 (1943).

<sup>115</sup> 319 U.S. 158 (1944).

<sup>116</sup> 336 U.S. 77 (1949).

<sup>117</sup> 319 U.S. 105 (1943).

<sup>118</sup> Tradução livre. Texto original: “*Freedom of press, freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position*”.

<sup>119</sup> 323 U.S. 516 (1945).

<sup>120</sup> Informação retirada da nota de rodapé nº11 da Petição inicial proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, no âmbito da ADI nº 4451. Autoria: Gustavo Binbenojm, Rafael Koatz e Alice Voronoff. pp.10.

usual presunção sustentando a legislação é ponderada com a posição preferencial conferida no nosso sistema para as grandes, as indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. Essa prioridade confere a estas liberdades uma santidade e uma posição que não admitem intrusões dúbias (...). Por estas razões, qualquer tentativa de restringir essas liberdades deve ser justificada por interesse público claro, não ameaça de dúvida, mas por perigo claro e presente”.<sup>121</sup>

Com base em tais julgados, a doutrina da posição preferencial foi sedimentada na década de 1940. Portanto, diante deste cenário, cabe fazer duas indagações: a) atualmente a Corte Constitucional Norte Americana continua entendendo a liberdade de expressão como um direito preferencial?; e b) a doutrina da posição preferencial, elaborada pela Suprema Corte dos EUA, encontra aprovação nas Cortes Constitucionais de outros países?

Com relação à primeira questão, após pesquisa no site da Suprema Corte Americana<sup>122</sup>, na qual não se obteve êxito, tendo encontrado apenas os casos mencionados acima, recorri mais uma vez ao trabalho de Chequer<sup>123</sup>, o qual afirma, com base no trabalho desenvolvido por Elizabeth J. Wallmeyer, que a liberdade de expressão continua a ocupar uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais:

“Para a autora, mesmo que a doutrina não encerre uma questão tranquila a respeito do tema, as ideias e valores promovidos pelas decisões concernentes à Primeira Emenda durante o período da *preferred position* continua a vigorar ainda hoje, havendo, entretanto, uma tendência atual de conferir menos proteção a certos discursos, como por exemplo, discurso de ódio (*hate speech*), discurso pornográfico e

---

<sup>121</sup> Texto original: “...usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable, democratic freedoms secured by the First Amendment. That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions. (...) For these reasons, any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger”.

<sup>122</sup> Pesquisa realizada em 12/06/2015 no site: <http://www.supremecourt.gov/>.

<sup>123</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 128.

incidências na Internet, não podendo esses tipos de discurso ser expedidos com base em uma teoria estática sobre o papel da Primeira Emenda.”<sup>124</sup>

No tocante à segunda indagação afirmo que, atualmente, a liberdade de expressão como direito preferencial encontra respaldo na jurisprudência comparada, em que é possível encontrá-la nas cortes constitucionais da Alemanha<sup>125</sup>, Espanha<sup>126</sup> e Colômbia<sup>127</sup>, bem como no Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>128</sup>.

Para Eric Barendt, a Corte Europeia considera que a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais apenas quando estiver em conflito com matérias de interesse geral ou político<sup>129</sup>. Nesse sentido, no caso *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, julgado pela Corte Europeia de Direitos do Homem:

“A proteção conferida pelo artigo 10<sup>130</sup> da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é essencial; esta foi sempre a abordagem do Tribunal Europeu nos seus acórdãos: *Sunday Times I*, *Barthold*, *Lingens*.

A defesa da democracia não pode ser alcançada sem liberdade de expressão. Os países da Europa Oriental que têm jogado fora o julgo do Estado totalitário entenderam bem isso. **O Tribunal Europeu, através**

---

<sup>124</sup> Idem, ibidem.

<sup>125</sup> E.g., BverfGE 7, 198; E.g., BverfGE 93, 266, dj em 10/10/1995; E.g., 12 BverfGE 113; E.g., BverfGE 256.

<sup>126</sup> E.g., STC 104/ 1986, 159/1988, 151/2004.

<sup>127</sup> E.g., Sentencias C-010/00, T 391/07 e C 442-11.

<sup>128</sup> Essa Corte (European Court of Human Rights) também é conhecida como Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e Corte de Estrasburgo. Citamos o caso *Observer and Guardian v. The United Kingdom*, julgado pelo Plenário da Corte em 24/10/1991. Outros casos importantes são: (1976) EHRR 737; (1979) EHRR 245;

<sup>129</sup> BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 159.

<sup>130</sup> Convenção: artigo 10º - Liberdade de Expressão: “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”.

**de todas as suas anteriores decisões, demonstrou o seu apego à proteção da liberdade de expressão e da prioridade que é conferida a esse direito fundamental.**"<sup>131</sup> (grifos meus)

Por esse ângulo, a Corte Constitucional da Alemanha, no julgado conhecido como o caso Soldados Assassinos ("Soldaten sind Mörder")<sup>132</sup>, BverfGE 93, 266, datado de 10 de outubro de 1995, reitera este posicionamento:

"... Por outro lado, faz diferença se o direito fundamental da liberdade de expressão foi usado no contexto de uma discussão particular, onde se perseguem interesses pessoais, ou no contexto de uma questão que toque essencialmente a opinião pública. Se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública, **vale uma presunção a favor da liberdade do discurso, segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal** (BverfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Caminhos divergentes deste necessitam conseqüentemente de uma fundamentação que considere a importância constitutiva da liberdade de expressão para a democracia, na qual se enraíza a regra da presunção."<sup>133</sup> (grifos meus).

Na Espanha, também prevalece o entendimento que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados, conforme nos ensina Luis de Carrera Serra:

"A jurisprudência constitucional outorga à liberdade de expressão e de informação um **caráter preferencial sobre os demais direitos fundamentais**, tais como o direito a honra, a intimidade e a própria imagem. Desse modo, se a liberdade de expressão é praticada legalmente – em que não se utiliza expressões de injúria –, o direito a honra cede perante ela. Assim, se a liberdade de informação é exercida com informações em que o conteúdo é de interesse público ou que se referiram a uma pessoa de relevância pública, se deve proteger a liberdade frente o direito a honra."<sup>134</sup> (grifos meus)

---

<sup>131</sup> Julgado em 26 November 1991 e pode ser localizado no endereço: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57705>

<sup>132</sup> Trata-se de um interessante caso em que envolvia pessoas acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartazes e folhetos com afirmações de que "soldados são assassinos" ou "soldados são assassinos em potencial".

<sup>133</sup> Caso BverfGE 93, 266, reunido na coletânea de SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, < [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_7738-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf)>.

<sup>134</sup> SERRA, Lluís de Carrera. *Régimen jurídico de la Información*, 1996, apud Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998, p. 48. Tradução livre. Trecho original: "La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un **carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales**, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. De manera que si la libertad de expresión se practica

Deste modo também é a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia:

“A este respeito, a Corte explicou no acórdão SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) **que o direito à informação tem preferência *prima facie* sobre os direitos fundamentais que protegem a privacidade das pessoas**, pois entre o dano que pode causar um exercício errôneo da liberdade de informação, com os danos que podem gerar uma restrição à liberdade de informação para evitar tal dano, o ordenamento constitucional assume o primeiro risco como preferível: ‘a jurisprudência constitucional é clara ao assinalar que entre os possíveis danos causado por informações erradas (consequência da liberdade de informação) e a restrição para evitar isso, é preferível assumir o primeiro risco’”<sup>135</sup> (grifos meus).

#### 2.2.1.2. Direitos fundamentais preferenciais no Brasil

No Brasil, o STF também reconhece a posição preferencial da liberdade de expressão e imprensa em nosso sistema constitucional, conforme se observa em diversas manifestações:

“(…) o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém **adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.**”<sup>136</sup> (grifos meus)

Com efeito, em seu voto na ADPF 130, o ministro Carlos Britto:

---

legítimamente – porque no se utilizan expresiones formalmente injuriosas –, el derecho al honor cede ante ella. O si la libertad de información se ejerce con noticias que son de interés público por su contenido o por referirse a una persona de relevancia pública, ha de protegerse frente al derecho al honor

<sup>135</sup> Tribunal Constitucional Colombiano, Sentença T-391/07, que pode ser encontrado no endereço: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>. Tradução livre. Trecho original: “En tal sentido, la Corte explicó en la sentencia SU-1723 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) **que el derecho a la información tiene preferencia prima facie sobre los derechos fundamentales que protegen la esfera privada de los individuos**, ya que entre el daño que puede causar un ejercicio erróneo de la libertad de informar, y el daño que puede generar una restricción a la libertad de información para evitar tal daño, el ordenamiento constitucional asume el primer riesgo como preferible: “Ha sido clara la jurisprudencia constitucional al señalar que entre el eventual daño ocasionado por una información errada (consecuencia de la libertad de informar) y la restricción a esta para evitarlo, es preferible asumir el riesgo primero”.

<sup>136</sup> STF, Pet. 3.486, Rel. Min. Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgada em 22/08/2005.

“a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: **a das liberdades de pensamento e de expressão lato senso.**”<sup>137</sup> (grifos meus).

Na mesma linha, o ministro Luiz Fux consignou, em voto proferido na ADPF 187, que:

“a liberdade de expressão (...) merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso *prima facie maior*”, em razão da sua “preeminência axiológica” sobre outras normas e direitos.”<sup>138</sup>

O Ministro Luís Roberto Barroso, também assentou, em recente decisão, que:

“as liberdades de expressão, informação e imprensa (...) são tratadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”<sup>139</sup>.

Na doutrina, a vertente da posição preferencial também aparece, em que Luiz Roberto Barroso faz frente ao afirmar que tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados<sup>140</sup>. Afirma ainda que este entendimento foi “consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão”<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

<sup>138</sup> ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011.

<sup>139</sup> Rcl 18638/MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 17/09/2014.

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 82-83.

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação*. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 82-83.

No mesmo sentido, Edilsom Pereira de Farias, ao discorrer sobre a liberdade de expressão e comunicação, afirma que tais direitos como são um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Como consequência, no embate com outros direitos fundamentais ou bens de estatura constitucional, “os tribunais constitucionais têm decidido que, *prima facie*, a liberdade de expressão e comunicação goza de *preferred position* [...]”<sup>142</sup>.

Em síntese, na linha do que é verificado em diversos outros ordenamentos jurídicos democráticos, de modo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível extrair uma ascendência axiológica da liberdade de expressão com base na doutrina da *preferred position*, desenvolvida nos EUA.

Além disso, a posição preferencial envolve o reconhecimento de uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais. As liberdades de expressão e imprensa não são direitos absolutos, mas, pelo seu elevadíssimo peso na ordem dos valores constitucionais, tendem a prevalecer nos processos ponderativos<sup>143</sup>, situação que pode ser invertida diante das circunstâncias do caso concreto.

Existe um interessante caso na jurisprudência pátria, o Habeas Corpus nº 82.424 (caso Ellwanger)<sup>144</sup>, em que essas liberdades, apesar de deterem uma posição mais forte na hora de proceder com a ponderação dos interesses em conflito, não prevaleceram no caso concreto. Na ocasião, o STF decidiu que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa não estão acima, ou seja, não comportam manifestações de cunho antissemita.

---

<sup>142</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 175.

<sup>143</sup> Letícia de Campos Velho Martel. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana*. *Revista Síntese*, nº 48, 2004, pp. 91-117.

<sup>144</sup> Este caso será analisado no tópico 2.4.

Diante do exposto, tendo a concordar com a teoria da posição preferencial da liberdade de expressão e adotá-la, *a priori*, e apenas como ônus argumentativo, sem que, com isso, implique-se uma hierarquização das normas constitucionais.

Neste sentido, e por fim, ainda que não seja o escopo deste trabalho, cumpre fazer uma ressalva: a adoção da doutrina constitucional preferencial não significa uma hierarquização das normas constitucionais lesivas ao princípio da unidade da Constituição. Conforme nos ensina Letícia Martel, uma norma enunciativa de um direito preferencial não conduz à presunção de inconstitucionalidade (*judicial notice*) da norma cerceadora de Direitos Fundamentais – invertendo o ônus probatório, mas tão-somente à elevação do rigor no exame da constitucionalidade. Assim, a hierarquia normativa permanece intocada<sup>145</sup>.

### 2.3. Limites à liberdade de expressão: teorias interna e externa

Predomina o entendimento, na doutrina e em jurisprudência<sup>146</sup>, de que nenhum direito fundamental é absoluto ou ilimitado. Como ensina Fernández Segado, “[...] o caráter limitado dos direitos é hoje uma evidência que não admite constatação alguma”<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Para uma análise mais detida, veja-se Letícia de Campos Velho Martel. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana*. *Revista Síntese*, nº 48, 2004, pp. 92-114.

<sup>146</sup> Nesse sentido, diversos autores: VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, Capítulo VIII, pp. 283; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, Capítulo V, pp. 569; PERRY, Michael J. Are human rights absolute? In: *The idea of human rights: four inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 87-106.

A jurisprudência do STF também aponta nesse sentido: “**Não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis...**” (STF, ADI 2.566/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2002, pp.601); e “**Liberdade de expressão**. Garantia Constitucional que **não se tem como absoluta**. Limites morais e jurídicos.” (STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003. Ementa.); são alguns exemplos.

<sup>147</sup> SEGADO, Francisco Fernández, apud CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 51.

A característica dos direitos fundamentais como direitos limitados decorre do caráter universal e geral (atribuído a todas as pessoas) desses direitos, bem como da coexistência destes com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>148</sup>.

Assim, superado esse fato, a discussão contemporânea volta-se a um tema correlato: a limitação do direito fundamental é intrínseca ao próprio direito previsto como fundamental ou decorre de fatores externos, como outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente previstos?

Nesse aspecto, duas são as principais teorias desenvolvidas sobre a possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais: a) teoria interna (ou concepção estrita) dos limites dos Direitos Fundamentais; e, b) a teoria externa (ou concepção ampla) dos limites dos Direitos Fundamentais<sup>149</sup>.

Conforme observa Chequer, ambas as teorias estão relacionadas diretamente com as diferenciações feitas entre regras e princípios e com a possibilidade ou não de ponderação dos princípios fundamentais, tema importante no campo da interpretação judicial<sup>150</sup>.

### 2.3.1 Teoria interna dos limites a direitos fundamentais:

Para essa teoria, em síntese, é inadmissível a ideia de restrições ou limitações externas aos direitos fundamentais. A Constituição já determina, previamente e de maneira definitiva, o conteúdo de todos eles, fixando ainda todos os seus limites.

---

<sup>148</sup>ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, nº 71, p. 98, ene./mar. 1991.

<sup>149</sup>Recomenda-se a obra de Jane Reis que trata em profundidade este assunto, sobretudo o capítulo III. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131 et seq.

<sup>150</sup>CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53/54.

Dessa forma, apenas nos casos em que o texto constitucional prevê a possibilidade de interferência do Poder Legislativo, sua atuação consistirá em verdadeira e autorizada limitação ao direito fundamental.<sup>151</sup>

Um exemplo, reside no artigo 9º da Constituição Federal, que assegura o direito à greve. O artigo 37, inciso VII, autoriza expressamente o legislador a limitar este direito, nos seguintes termos “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Para esta corrente, é legítima a lei que vier a regular a greve.

Assim, para essa vertente, os direitos fundamentais têm um conteúdo definitivo e previamente determinado pela Constituição e, apenas nos casos em que houver autorização expressa do constituinte, é que o legislador infraconstitucional poderá fazer uma verdadeira e autorizada restrição a um direito fundamental. Nas demais situações, “caberá ao legislador ordinário apenas delimitar o direito fundamental com a finalidade de revelá-lo”<sup>152</sup>. Assim, “a legislação reguladora dos direitos circunscreve-se a concretizar e configurar os direitos internamente, detalhando suas formas de exercício dentro do âmbito de seu conteúdo constitucionalmente previsto”<sup>153</sup>.

No plano da interpretação judicial, a teoria interna refuta a existência de conflitos entre os direitos e, conseqüentemente, a ponderação de princípios<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, capítulo III, item 3.2.

<sup>152</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53/54.

<sup>153</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, capítulo III, item 3.2.

<sup>154</sup> Ponderação de princípios: doutrina essa que tem como diretriz norteadora a possibilidade de dois direitos fundamentais entrarem em colisão real diante de uma situação concreta, não cumpre com um mínimo de racionalidade metodológica, tratando-se de um critério subjetivo e extremamente racional. Para uma análise profunda sobre o tema consultar: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

Para os defensores da teoria interna, a ideia de ponderação de princípios prende-se a uma ideia equivocada: os direitos fundamentais constituem uma ordem concreta de valores que entram frequentemente em rota de colisão<sup>155</sup>. Ademais, conforme considera Müller, o recurso ao método ponderativo acarreta a supervalorização da lei e das normas infraconstitucionais, que são sopesadas diretamente com as normas constitucionais<sup>156</sup>.

Diante de uma situação concreta, a tarefa do intérprete consistirá em ater-se à identificação do conteúdo constitucionalmente estabelecido e verificar qual o direito fundamental que se aplica ao caso, “não lhe competindo estabelecer restrições recíprocas a direitos e bens supostamente antagônicos”<sup>157</sup>. Em outras palavras, apenas um direito fundamental será adequadamente aplicável à hipótese, não mais.

Isso se justifica, também, na medida em que o direito fundamental, segundo a teoria interna, já tenha um conteúdo bastante reduzido, de forma que muitas situações não estejam contempladas pelo direito fundamental em análise. Nesse sentido, segundo Chequer:

um discurso obsceno (*obscene speech*) ou um discurso publicitário ou comercial (*commercial speech*), por exemplo, estariam fora desse contorno de proteção. Por isso, não se pode admitir um conflito entre a liberdade de expressão nesse caso e outro direito fundamental em razão simplesmente de a liberdade de expressão não ser aplicada adequadamente ao caso.<sup>158</sup>

Diante de tudo isso, para os adeptos da teoria interna, em resumo: (i) não existe a possibilidade de limitações externas ao direito fundamental; (ii) afirmam que a identificação dos casos em que o direito deve incidir há de ser feita mediante a análise de

---

<sup>155</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 55.

<sup>156</sup> MÜLLER, Friederich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais, 4ª ed., ano 2010.

<sup>157</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, capítulo III, item 3.2.

<sup>158</sup> CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

seu conteúdo constitucionalmente estabelecido; e (iii) recusam a hipótese de colisão de direitos. Essa teoria, na verdade, substitui o conceito de restrição pelo de limite<sup>159</sup>.

### 2.3.2 Teoria externa dos limites a direitos fundamentais

A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, por sua vez, estabelece com clareza a diferença entre *delimitação de conteúdo* e *restrição* dos direitos fundamentais.

Segundo essa teoria, o conceito de restrição a um direito pressupõe a existência de duas categorias jurídicas: “primeiro, o *direito em si*, que não está restringido e, segundo, o que sobra quando se colocam as restrições, quer dizer, o *direito restringido*”<sup>160</sup>.

De acordo com essa concepção, a tarefa de interpretação constitucional para determinar as situações protegidas pelos direitos fundamentais, exige duas etapas, que consistem em: (i) identificar o conteúdo protegido pelo direito fundamental, de forma mais ampla possível (com seus contornos máximos), e (ii) precisar os limites externos que decorrem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos<sup>161</sup>. Aqui, haverá a necessidade de promover uma harmonização do amplo conteúdo desse direito fundamental identificado na etapa 1, *prima facie*, com os demais direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, chegando-se, então, ao conteúdo definitivo do direito fundamental<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

<sup>160</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>161</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, capítulo III, item 3.2.

<sup>162</sup> BOROWSKI, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, a. 20, n. 59, p.31, mayo/ago. 2000. p. 67.

Assim, em um determinado caso concreto, o direito fundamental existe *prima facie*, mas por algum fator externo – outros direitos fundamentais, a ordem pública, a moral pública, o bem comum –, torna-se necessário reduzir (restringir) o seu alcance.

Para a teoria externa, qualquer restrição a um direito fundamental é uma restrição externa ao direito, tornando-se necessário, para que essa restrição seja admitida pelo ordenamento jurídico, que ela se submeta ao conjunto de garantias que a Constituição prevê para qualquer atividade limitadora de um direito fundamental: autorização constitucional, generalidade da lei que restringe o direito fundamental, observância da regra da proporcionalidade, respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido.<sup>163</sup>

Em verdade, conforme pontua Chequer, a teoria externa defende a regra da proporcionalidade como um critério capaz de desvelar o conteúdo do direito fundamental de uma forma definitiva diante das circunstancias concretas<sup>164</sup>.

Apresento um exemplo para demonstrar as diferenças entre estas duas teorias, com base no emblemático caso Ellwanger<sup>165</sup>. Na ocasião, sucintamente, havia uma discussão no STF se um editor poderia publicar livros e revistas de conteúdo antissemita e que incitaria o ódio contra judeus. Na ótica da *teoria interna*, não haveria direito à liberdade de expressão a ser tutelado, porquanto a referida ação não estaria inserida do âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Embora publicar livros seja uma ação protegida pela liberdade de expressão, publicar aquele tipo de conteúdo (antissemita e odioso) não corresponde a uma “possibilidade específica de ação” compreendida da

---

<sup>163</sup> MÜLLER, Friederich. Metodologia do Direito Constitucional. Revista dos Tribunais, 4ª ed., ano 2010; SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. La interpretacion constitucional de los derechos fundamentales. Uma alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Ayres: La Ley, 2000, p. 19.

<sup>164</sup> CHEQUER, Cláudio. A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59.

<sup>165</sup> Este caso será analisado no tópico a seguir, 2.5.

esfera normativa do direito<sup>166</sup>. De forma diversa, apreciando-se o problema a partir das premissas que informam da *teoria externa*, o resultado é o mesmo – a liberdade de expressão não abrange o discurso do ódio (hate speech) e manifestações de cunho antissemitista –, conclusão essa a que o STF também chegou à época aplicando essa teoria externa. Todavia, a trajetória hermenêutica que conduz a essa conclusão seria distinta. Como publicar livros, independentemente do conteúdo, é uma ação da liberdade de expressão, haveria assim um direito *prima facie* de publicar tais livros. Entretanto, a existência de razões opostas – o direito dos outros, tolerância religiosa e ordem pública – justificar o afastamento do direito naquela situação específica<sup>167</sup>.

A corrente da teoria externa, de que os direitos fundamentais são restringíveis, tem como principal expoente Robert Alexy, sendo adotada por parte substancial da doutrina contemporânea<sup>168</sup>, embora seja possível observar que a teoria interna venha ganhando adeptos recentemente<sup>169</sup>.

Efetivamente, o debate em torno da adoção da teoria interna ou externa refere-se, essencialmente, ao modo de fundamentar as decisões judiciais. Não me oponho expressamente a uma corrente ou a outra, até porque, na maior parte das vezes, o

---

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 311-312.

<sup>167</sup> Alexy, também expõem um interessante exemplo para perceber a aplicação dessas duas teorias. Na ocasião, ele utiliza o caso hipotético de um artista que pretende pintar no cruzamento de duas vias congestionadas. *Ibidem*, p. 313-316.

<sup>168</sup> Confira-se, por exemplo, SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.50 e seguintes; BOROWSKI, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 20, n. 59, p.31, mayo/ago. 2000; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: tomo IV, direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 336; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

<sup>169</sup> SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000; e DOMINGO PEREZ, TOMAS. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

resultado final a que se chega não é diferente<sup>170</sup>. Nesse ponto, a crítica se destina à necessidade de que o intérprete deixe clara a trajetória interpretativa a ser percorrida, o que os Ministros do STF, por exemplo, insistem em não fazer, e que o sincretismo metodológico não permita confundir estes dois conceitos, o que eles repetidamente o fazem.

Todavia, particularmente, a teoria interna não me parece muito adequada, uma vez que exclui de antemão certas condutas e “liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo”<sup>171</sup>. A partir dela, em última análise, por exemplo, proibir um discurso obsceno é um ato que pode ser realizado sem a necessidade de fundamentação constitucional, visto que se nega, de antemão, a inclusão deste tipo de manifestação (discurso obsceno) da proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Particularmente, o método de ponderação parece-me o mais acertado para o equacionamento de conflitos entre princípios no caso concreto, em razão de apresentar uma metodologia que impõe a ponderação de todos os valores constitucionalmente aplicáveis, não ignorando nenhum deles, o que faz com que a Constituição seja preservada na maior medida possível. Nesse sentido, adoto a teoria externa.

---

<sup>170</sup> Essa ideia é aceita tanto pelos adeptos da teoria externa quanto pelos defensores da teoria interna. Vejam-se, por todos, SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 18 e SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y Libertades*, n.8, 2000, p. 464.

<sup>171</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. 4ª ed, ano 2006, p.23-51.

## 2.4. O STF e a liberdade de expressão

Para investigar qual interpretação o STF confere ao direito de Liberdade de Expressão, previsto nos artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal, foram selecionados cinco acórdãos, escolhidos estrategicamente, devido ao seu potencial de impacto e repercussão dentro da temática abordada neste trabalho, quais sejam: (a) Habeas Corpus nº 82.424<sup>172</sup> (“caso Ellwanger”); b) Habeas Corpus nº 83.996<sup>173</sup> (“caso Gerald Thomas”); c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130<sup>174</sup> (“caso da lei de imprensa”); d) Recurso Extraordinário nº 511.961<sup>175</sup> (“caso do diploma para jornalistas”); e e) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187<sup>176</sup> (“caso Marcha da Maconha”).

Ademais, a escolha por esses julgados justifica-se na medida em que hoje existe grande quantidade de julgados relacionados ao tema da liberdade de expressão. Ao utilizar o termo “liberdade de expressão”, na seção Pesquisa de Jurisprudência do sítio eletrônico do STF, foram encontradas 58 (cinquenta e oito) decisões<sup>177</sup>. Analisá-las transformaria esta dissertação em uma pesquisa quantitativa, ao passo que busco uma análise qualitativa das decisões e, por tal motivo, selecionei apenas os casos que entendo paradigmáticos sobre o assunto, por sua repercussão no meio jurídico ou porque foram citados em outras decisões como *leading case*. Tais casos serão resumidos a seguir.

O Habeas Corpus nº 82.424 (“Caso Ellwanger”) é um precedente excepcionalmente relevante no que se refere à proteção da liberdade de expressão e suas restrições. O pano de fundo deste caso era a discussão sobre o direito de um editor gaúcho

---

<sup>172</sup> STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003.

<sup>173</sup> STF, HC 83.996, Rel. Min. Carlos Veloso, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

<sup>174</sup> STF, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009.

<sup>175</sup> STF, RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.

<sup>176</sup> STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011.

<sup>177</sup> Pesquisa realizada em 12/04/2015 no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>

à publicação de livros e revistas de conteúdo antissemita e que incita o ódio contra judeus, de sua autoria e de terceiros.

Ao longo do acórdão, houve duas discussões centrais: (i) se o antissemitismo pode ser enquadrado no crime de racismo; e (ii) se é possível limitar a liberdade de expressão pelo conteúdo do livro. De forma não unânime, o STF concluiu que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo, cuja ementa se transcreve:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria CF (CF, art. 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à 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..

Esta posição do STF foi aplaudida de forma praticamente unânime, tanto no âmbito da sociedade civil como no meio acadêmico<sup>178</sup>. Houve sim críticas à metodologia empregada pela Corte, em especial ao recurso à ponderação de interesses<sup>179</sup>, mas não ao resultado alcançado de banimento e criminalização das manifestações de racismo.

Marco Aurélio Mello sobre esta decisão, na qual participou do julgamento, comenta:

---

<sup>178</sup> Cf. MARTINS, Leonardo. *Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo - Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, ano 1. nº4. Out./dez 2007; e Celso LAFER, Celso. *A boca e a língua do justo*. Artigo publicado no Jornal O Estado de S. Paulo, em 15/12/2013: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-boca-e-a-lingua-do-justo-imp-,1108797>.

<sup>179</sup> Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 167-170; e Marcelo Cattoni. *O Caso Ellwanger: Uma crítica à Ponderação de Valores na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Mimeo, 2006.

“Reputei, inclusive tendo em conta que o aludido livro apenas sinalizava uma revisão histórica de fatos, ser necessário proteger a liberdade de manifestação de pensamento do escritor ante o conflito normativo com a proteção da dignidade do povo judeu. A maioria, no entanto, seguindo o voto do Min. Maurício Corrêa, concluiu que a liberdade de expressão deveria ser restringida em virtude da impossibilidade de abranger “manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”. O autor do livro acabou condenado pelo crime imprescritível de racismo”<sup>180</sup>

Portanto, conforme pontua Daniel Sarmiento<sup>181</sup>, com essa decisão passa a existir um forte consenso contrário à proteção constitucional do *hate speech*, pelo menos em relação às expressões de intolerância racial. O autor não discorda deste posicionamento e engrossa o coro daqueles que aplaudem o mérito da decisão do STF. Todavia, entende que é necessário redobrar a cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas.

O Habeas Corpus nº 83.996 (“Caso Gerald Thomas”), com contornos mais cômicos, apenas do ponto de vista dos fatos que compõem o caso, trata da situação vivada por Gerald Thomas Sievers, diretor de teatro, que ao término da apresentação do espetáculo “Tristão e Isolda”, o qual dirigiu no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, após receber vaias e xingamentos, retribuiu a manifestação simulando uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os espectadores que ali se encontravam.

Diante deste fato, o STF se viu diante de uma situação nada engraçada, ao precisar enfrentar a seguinte questão: a conduta de ato obsceno praticada por Gerald Thomas está protegida pela liberdade de expressão? A Turma entendeu, após empate na votação, que, no contexto em que se verificou o ato incriminado, este está inserido na liberdade de expressão, “ainda que inadequada e deseducada”. Vejamos a ementa:

---

<sup>180</sup> MELLO, Marco Aurélio. Prefácio ao livro *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. FREIRE, ALEXANDRE, e CLÉVE, Merlin Clémerson (org.). Editora Revista dos Tribunais LTDA. São Paulo: 2014.

<sup>181</sup> SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. Rio de Janeiro: 2010, p.3.

EMENTA: Habeas corpus. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do habeas corpus. (grifos meus)

Virgílio Afonso da Silva discorda do método jurídico empregado pelo STF para chegar a essa decisão, pois entende que a solução para o caso era simplesmente afastar a tipicidade da conduta do agente<sup>182</sup>. Para o autor, bastava que os ministros, por meio de argumentação jurídica, concluíssem que o ato era, de fato, obsceno, mas que, apesar disso, a regra não seria aplicável, por ceder espaço ao princípio da liberdade de expressão. Inclusive, segundo Virgílio “poder-se-ia dizer também que um eventual sopesamento entre os princípios envolvidos deu mais peso à liberdade de expressão”<sup>183</sup> (teoria da posição preferencial). Mas não foi o que ocorreu, os ministros simplesmente decidiram que o ato não se enquadrava na descrição da regra, pois configuraria “apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público”<sup>184</sup>.

Todavia, independentemente desta crítica contundente ao método jurídico empregado pelo STF, a decisão me parece correta, opinião da qual também compartilha Rafael Koatz, ao afirmar que “não haveria, realmente, qualquer razão para avançar com a

---

<sup>182</sup> SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, pp. 54.

<sup>183</sup> Idem, ibidem.

<sup>184</sup> STF, HC 83.996, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

persecução criminal no caso. O contexto em que o ato foi praticado é relevante para o enquadramento do tipo penal”<sup>185</sup>.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (“caso da lei de imprensa”) constitui um importante marco no entendimento do STF acerca da liberdade de expressão e da ponderação de princípios em casos envolvendo garantias constitucionais. Trata-se de uma consequência evolutiva do que, aos poucos, já vinha sendo discutido no STF, no contexto dos julgados anteriores, casos Ellwanger e Gerald Thomas.

Esse julgado, de excepcional relevância, trata de ação que questiona a recepção da Lei nº 5.250/67 (“Lei de Imprensa”), editada no período da ditadura militar, pela Constituição Federal de 1988. O incômodo que essa lei representava era grande, afinal, o regime de exceção acabou, as liberdades e a democracia foram restauradas, mas a Lei de Imprensa perdurou. Assim, era natural saber o que a Suprema Corte do país pensava sobre o assunto, pois as feridas ainda não estavam cicatrizadas.

Com este panorama formulado, as questões de fundo que o STF precisou enfrentar foram: até que ponto pode ser limitada ou sacrificada a liberdade de imprensa? A liberdade de imprensa prescinde de um marco regulatório para o seu pleno exercício?

A principal conclusão a que se chegou, segundo Carla Lopes<sup>186</sup>, é a de que a liberdade de imprensa, por ser plena, na forma como prescreve a Constituição Federal de 1988, prescinde de marco regulatório. Ademais, compreendeu-se que

---

<sup>185</sup> KOATZ, Rafael As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel, e SARLET, Ingo (Coord.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011, p.

<sup>186</sup> LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Liberdade de imprensa e segurança jurídica - A releitura nos 25 anos da Constituição de 1988. Revista do Senado Federal, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013.

o sistema constitucional, pautado na plena liberdade de expressão do pensamento, confere legitimidade ao Poder Judiciário para, motivadamente e em cada caso diante das suas circunstâncias, decidir acerca do cometimento de ilícitos ou abusos no exercício do poder/dever/direito de comunicação<sup>187</sup>.

Assim, a base normativa se encontra no próprio ordenamento constitucional, bem como nos Códigos Penal e Civil.

Nessa decisão, ainda, o Supremo registrou que o Poder Público deve respeitar a “ideia-força de quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode e o que não pode ser dito”<sup>188</sup>.

Assim, o STF concluiu que a Lei de Imprensa seria integralmente incompatível com a Constituição de 1988 e, logo, não teria sido por ela recepcionada, em acórdão cuja parte essencial se transcreve:

O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. (...). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário,

---

<sup>187</sup> LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Liberdade de imprensa e segurança jurídica - A releitura nos 25 anos da Constituição de 1988. *Revista do Senado Federal*, Ano 50 Número 200 out./dez. 2013.

<sup>188</sup> MARTINS, Leonardo. Notas sobre o julgamento da ADPF 130 (‘Lei de Imprensa’) e princípios de uma ordem da comunicação social compatível com a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n. 10, p. 183-228, abr./jun. 2009.

pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.

Tal decisão do STF também apresentou contornos importantes sobre o Direito de Resposta, sendo esse o mais claro limite constitucional ao direito à livre expressão do pensamento.

Ocorre que, quando o STF decidiu pela não recepção, em bloco, da Lei de Imprensa, surgiu o vazio legislativo e o direito de resposta passou a ter um alicerce único, encontrado no artigo 5.º, inciso V, integrante do rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal. Até então, a Lei de Imprensa era o principal diploma legal a realizar esta tarefa.

Segundo Leonardo Martins, essa lei, no que tange ao direito de resposta, deveria ser aplicada pelo juiz com muito cuidado, levando em consideração a ordem constitucional vigente a partir de outubro de 1988. Portanto, o autor questiona se realmente foi acertada a decisão de não a recepcionar nesta parte, tendo em vista que os dispositivos desta e de outras leis ou mesmo normas esparsas devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, sobretudo no caso do direito fundamental à livre expressão do pensamento<sup>189</sup>.

Consoante Rodrigo Xavier Leonardo, desde a ADPF 130, o tema do direito de resposta revelou-se como mais um exemplo eloquente das severas limitações e dificuldades para a chamada aplicação horizontal ou direta de direitos fundamentais entre os particulares, ou seja, sem que ocorra uma mediação pela legislação

---

<sup>189</sup> MARTINS, Leonardo. Notas sobre o julgamento da ADPF 130 (“Lei de Imprensa”) e princípios de uma Ordem da comunicação social compatível com a constituição federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 1, n. 10, p. 183-228, abr./jun. 2009.

infraconstitucional<sup>190</sup>. A nova Lei de Direito de Resposta e Retificação (Lei 13.188/2015), que entrou em vigor em 12 de novembro de 2015, propõe realizar, justamente, essa necessária mediação infraconstitucional<sup>191</sup>.

Na mesma linha da ADPF nº 130, há o Recurso Extraordinário nº 511.961 (“caso do diploma para jornalistas”), pois também se discute a recepção de norma promulgada durante o regime militar, que limita o exercício da liberdade de expressão. Trata-se, aqui, do Decreto-Lei nº 972/1969, artigo 4º, inciso V, que exigia diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

A maioria, vencido o Min. Marco Aurélio Mello, acompanhou o voto do então presidente da Corte e relator do RE, Min. Gilmar Mendes, que votou pela inconstitucionalidade do dispositivo do Dec.-lei 972/69, por representar uma interferência indevida com a liberdade de expressão, conforme acórdão:

No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. (...) A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

---

<sup>190</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder?* Revista Consultor Jurídico, 16 de novembro de 2015.

<sup>191</sup> Para uma análise crítica da Lei 13.188/2015, conferir LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Ibidem*.

Nesse aspecto, é interessante notar que a Corte manteve a preocupação acerca da plenitude da liberdade de imprensa, amplamente discutida na ADPF nº 180, definindo, por sua vez, com mais rigor em que margem pode ela ser restringida pela reserva legal prevista constitucionalmente. Em continuidade ao debate instaurado no mérito da ADPF, o STF demonstrou preocupação com as restrições oriundas de leis que dispõem sobre o exercício da liberdade de imprensa, impondo que se estabeleçam critérios de proporcionalidade para testar sua validade, ou seja, que as disposições legais sobre matérias de imprensa se limitem apenas às ressalvas previstas constitucionalmente.

Na visão de Rafael Koatz<sup>192</sup>, essa última posição parece correta e consentânea com a Teoria dos Direitos Fundamentais. Com efeito, o autor entende legítimo e razoável que o legislador ordinário se antecipe a possíveis conflitos entre direitos fundamentais e busque definir critérios para sua solução.

Ora, “se o Poder Judiciário pode, em hipóteses excepcionais, restringir as liberdades de expressão e de imprensa para proteger outros princípios constitucionais, não vislumbramos qualquer razão para que o legislador ordinário não possa fazê-lo”. Todavia, segue Koatz, para que a intervenção legislativa se mostre legítima, alguns cuidados são necessários, tais como: (i) ser realizada por lei formal; (ii) ser excepcional; e (iii) atender aos postulados da proporcionalidade.

Por fim, a ADPF nº 187, conhecida como o caso da Marcha da Maconha, foi ajuizada pela Procuradora-Geral da República (PGR) e postula que seja dada ao artigo 287 do Código Penal<sup>193</sup> interpretação conforme a Constituição, a fim de que não fossem

---

<sup>192</sup> KOATZ, Rafael. As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel, e SARLET, Ingo (Coord.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

<sup>193</sup> Art. 287 – “Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa”.

considerados crimes as manifestações públicas que lutam pela legalização de substâncias entorpecentes. No entender da PGR, considerar tais eventos como apologia ao crime é restringir indevidamente os direitos fundamentais à liberdade de expressão e reunião.

O Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ADPF para dar ao artigo 287 do Código Penal interpretação conforme à Constituição, de forma que se exclua qualquer interpretação que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, nos seguintes termos:

“A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas - o direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias - abolição penal (“abolitio criminis”) de determinadas condutas puníveis - debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso - discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis - o sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitem com o pensamento e os valores dominantes no meio social - caráter não absoluto de referida liberdade fundamental (CF, Art. 5º, incisos IV, V E X; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 13, § 5º) - A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevalentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais...”

Com esta decisão, o STF permitiu que fosse realizada a Marcha da Maconha e, por conseguinte, eventos similares em favor da legalização do uso de drogas, desde que, em vez de fazerem apologia ao consumo de entorpecentes ilegais, defendam tão somente a descriminalização do uso dessas substâncias. Portanto, protestar em favor de entorpecente é um direito e um ato lícito, pois representa a liberdade de se expressar. Todavia, seria ilícito, por exemplo, se o encontro tivesse por finalidade fumar maconha.

Em algumas passagens desta decisão, com destaque para o voto do Ministro Marco Aurélio, fica claro o posicionamento de que a liberdade de expressão não pode sofrer censura prévia, seja por políticas discriminatórias, ou por órgãos públicos incumbidos de executá-la, já que garante a formação das opiniões individuais. Porém, seus excessos podem ulteriormente ser responsabilizados<sup>194</sup>. Ademais, segundo o Ministro Marco Aurélio, somente são legítimos os crimes de opinião quando relacionados ao ódio nacional, racial ou religioso, bem como a toda propaganda em favor da guerra<sup>195</sup>.

Com essa decisão histórica, o STF deu mais uma importante contribuição para a afirmação e o desenvolvimento das liberdades de expressão e de imprensa no Brasil. Segundo Rafael Koatz, a ADPF 187 seguiu a tendência de vanguarda por meio da qual o STF vem atribuindo a tais liberdades uma posição preferencial dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o autor afirma:

a decisão ADPF 187 corrobora e reafirma a posição de centralidade que a Suprema Corte brasileira vem atribuindo às liberdades de expressão e imprensa em recentes pronunciamentos. Posição essa que já tinha sido defendida em pelo menos 3 outros casos. No RE 511.961 (...), na ADPF 130 (...) e na ADI 4.451.<sup>196</sup>

Assim, após análise desses acórdãos e das passagens transcritas ao longo dos tópicos desenvolvidos neste capítulo, foi possível concluir que a liberdade de expressão:

- a) não admite restrição *a priori*; b) tem uma justificação instrumental e construtiva; c) assumiu uma “posição preferencial”; d) não deve incentivar a intolerância racial e a

---

<sup>194</sup> “De início, o direito à liberdade de expressão é irrestringível na via legislativa. Cabe ao Estado somente tomar as providências para responsabilizar ulteriormente os excessos”. STF, ADPF 187, Min. Marco Aurélio, j. 15/06/2011, pág.7.

<sup>195</sup> “A conjugação dos preceitos 13 (1) e 13 (5) [da Convenção Interamericana de Direitos Humanos] conduz à conclusão de que somente são legítimos os crimes de opinião quando relacionados ao ódio nacional, racial ou religioso bem como a toda propaganda em favor da guerra”. Idem, *ibidem*.

<sup>196</sup> KOATZ, Rafael. *A marcha do STF. Migalhas: pílulas de informação*. Disponível em: [file:///C:/Users/cs227271/Downloads/A\\_marcha\\_do\\_STF.pdf](file:///C:/Users/cs227271/Downloads/A_marcha_do_STF.pdf)

violência; e e) enseja que eventuais abusos sejam responsabilizados na esfera penal e civil, sem prejuízo do direito de resposta (art. 5º, V).

### 3. HUMOR DIRECIONADO A POLÍTICOS

O exame dos limites constitucionais do humor direcionado a políticos passa, também, pela reflexão sobre se os conceitos apresentados ao longo desta dissertação são passíveis de serem aplicados a um caso concreto. Neste sentido, e como ponto de partida deste capítulo, analiso de forma detida a ADI 4.455, por ser o único caso, até o momento, em que o STF teve que enfrentar o impacto do humor sobre a democracia, quando ele se volta a candidatos a cargos políticos.

Para tanto, e com a finalidade de que não se torne um simples relato acrítico dos fatos narrados nesta decisão, aplicarei um método de análise, o *case briefing*, que ajuda a compreender o raciocínio jurídico desenvolvido pela Corte e verificar, do ponto de vista jurídico-dogmático, se a decisão foi correta em face da fundamentação apresentada.

Assim, em primeiro lugar, apresento um resumo da situação jurídica de fato, em que relato a síntese do caso em exame e as principais alegações colocadas na petição inicial. Em seguida, exponho quais são as questões que os Ministros devem enfrentar para que se chegue à conclusão sobre a constitucionalidade, ou não, da norma.

O terceiro passo é identificar qual é o posicionamento vencedor da decisão e apontar quais foram os principais argumentos. Este mesmo procedimento também é aplicado aos votos divergentes, pois enriquece o debate compreender a interpretação aplicada nas decisões dissidentes.

Com este panorama, dedico-me à análise crítica do caso, sob o prisma das quatro características apontadas neste trabalho sobre a liberdade de expressão, representadas em questões:

**a) A decisão considera a liberdade de expressão como liberdade negativa ou positiva?**

Aqui, será investigado se a decisão interpreta a liberdade de expressão como liberdade negativa, em que não pode sofrer restrições em seu exercício ou como liberdade positiva, onde se permite a livre expressão em qualquer assunto, ainda que em defesa dos mais preconceituosos posicionamentos.

**b) A decisão adota a justificação instrumental, construtiva ou ambas?**

Com relação aos fundamentos que justificam a liberdade de expressão como um direito fundamental, é importante verificar se o Tribunal confere proteção a essa garantia por considerar que as pessoas têm um intrínseco direito moral de dizer o que pensam e de ouvir o que quiserem, pois isto é importante para o próprio desenvolvimento da personalidade do indivíduo (justificação construtiva) ou, por outro lado, se entende que a liberdade de expressão é importante e deve ser protegida porque é um meio, um instrumento, para a promoção de outros valores constitucionalmente consagrados, como a democracia (justificação instrumental). Uma terceira hipótese, acolhida neste trabalho, é se a Corte acolhe essas duas fundamentações tendo em vista que são complementares.

**c) A decisão atribui à liberdade de expressão uma posição preferencial?**

Cumprir investigar aqui se, com essa decisão, foi retomada a questão de a liberdade de expressão ocupar, ou não, uma posição preferencial no nosso ordenamento e, se este for o caso, o que implica tal posição preferencial.

**d) A decisão determina quais são os limites do humor ou da liberdade de expressão?**

Em causa, mais uma vez, está o problema do estabelecimento de limites à liberdade de expressão, em virtude de colisão com outros direitos fundamentais, no caso, os direitos de personalidade dos candidatos e a igualdade nas eleições (paridade). Assim, é importante verificar os argumentos apresentados para que possamos concluir se é adotada a teoria interna ou externa dos limites à liberdade de expressão, bem como se o acórdão deixa claro quais são estes limites, até onde eles podem ir, e qual é sua abrangência. Questiona-se, também, se é possível à imposição, por meio de lei, de limites às liberdades de expressão, de imprensa e, por consequência, do humor.

A partir da investigação sobre estas questões, e em conjunto com a base teórica desenvolvida ao longo desta dissertação, busco fornecer uma resposta adequada ao problema proposto neste trabalho: o humor direcionado a políticos, representantes legais do povo, tem limites constitucionais?

### **3.1. Liberdade de expressão e humor: o caso das eleições (ADI 4451)**

*“Mas, vedar o humor? Isso é uma piada!”<sup>197</sup>*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451<sup>198</sup> (“caso humor jornalístico sobre candidaturas”), impetrada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – Abert, tinha como objeto da ação a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei Federal nº 9.504/1997, os quais basicamente vedavam às emissoras de rádio e televisão produzir ou veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvessem candidatos, partidos ou coligações, bem como difundir

---

<sup>197</sup> Frase atribuída ao Min. Cezar Peluso, proferida em conversa particular com o Min. Ayres Britto sobre a ADI 4451 e registrada no voto deste último. STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, pp.34.

<sup>198</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010.

conteúdo que fosse interpretado como favorável ou contrário a eles, em época de eleições, nos seguintes termos:

“Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: (...)

II – usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III – veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”.

A Petição Inicial sustenta dois grupos de argumentos principais, para que seja declarada a inconstitucionalidade destes dispositivos. Cada argumento se volta a um inciso do artigo 45.

O primeiro grupo de argumentos é o de que o inciso II, embora se preocupe em evitar que os meios de comunicação social viessem a deformar o processo de formação da vontade do eleitorado, sacrifica de forma excessiva, desproporcional e ilegítima as liberdades de expressão artística, a liberdade de imprensa e o direito à informação.

Para tanto, a autora aplica a regra da proporcionalidade, para assim afirmar que: (i) a medida é *inadequada*, pois a sátira é inerente à expressão artística e contém componente humorístico, que deixa claro ao receptor da mensagem o seu teor fantasioso e, portanto, não distorce o ambiente de deliberação e escolha; (ii) a restrição é *desnecessária*, uma vez que existem outros meios menos gravosos de se atingir a finalidade pretendida, como é o caso do direito de resposta; e (iii) é *desproporcional* em sentido estrito, porquanto seus supostos benefícios, que, segundo a autora, são inexistentes, são suplantados pelos seus custos, os quais implicam o cerceamento absoluto da manifestação artística, como meio de crítica política.

Ainda, para corroborar o argumento principal, demonstra-se que a manifestação humorística, como expressão artística, interfere tanto na dimensão instrumental quanto na substantiva (construtiva) da liberdade de expressão. Alega-se que, ao realizar sátiras com os acontecimentos políticos do país, os programas humorísticos promovem o debate e não seu desvirtuamento. Por fim, acrescenta que a impugnação da norma configura um cerceamento *a priori* das liberdades de expressão, imprensa e informação, o que conforma censura legislativa prévia, em clara contradição com a Constituição Federal.

O segundo grupo de argumento se volta contra o inciso III, que veda às emissoras de rádio e televisão, durante o período eleitoral, a veiculação de propaganda política ou difusão de opinião, favorável ou contrária, a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes. A *ratio* do dispositivo, segundo a inicial, é de impor um dever de imparcialidade às emissoras de rádio e televisão, impedindo a divulgação de opiniões que possam influenciar a população durante o processo eleitoral.

Nesse sentido, a autora alega que, em que pese o fato de as emissoras de rádio e televisão serem concessionárias de um serviço público, a imposição de um dever de imparcialidade não autoriza que elas sejam silenciadas durante a disputa eleitoral, tampouco constitui um fator relevante de diferenciação em relação a outros veículos de comunicação social, como a imprensa escrita, que justifique diferenciado grau de liberdade à proteção das liberdades de expressão, imprensa e informação, haja vista que a este não foi imposta qualquer restrição.

Alega-se, também, que o direito à crítica política é elemento integrante e essencial da liberdade de informação jornalística, assegurado no artigo 220, caput, e § 1º da Constituição Federal, o qual não deve ser cerceado.

Em razão disso tudo, a autora postulou a concessão de medida liminar, a fim de que fosse suspensa a eficácia do inciso II e de parte do inciso III (do trecho “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”), que já estavam produzindo efeitos nocivos na cobertura da campanha eleitoral daquele ano. No mérito, a autora requereu a declaração da inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos ou, subsidiariamente, a fixação, conforme a Constituição, que afastasse as leituras restritivas apontadas.

Em decisão monocrática, o Min. Ayres Britto, relator, concedeu em parte a liminar postulada, *ad referendum* do Plenário, e em caráter excepcional, ante a proximidade das eleições federais e estaduais de 2010, suspendeu a eficácia do inciso II e conferiu interpretação conforme a Constituição ao inciso III do artigo 45 da Lei nº 9.504/1997<sup>199</sup>.

A liminar foi submetida ao referendo do Plenário em 26/08/2010. Assim, o STF foi incitado a responder, em verdade, as seguintes questões: o humor faz parte da atividade de imprensa?<sup>200</sup> Haveria ofensa aos direitos fundamentais, por parte dos artistas do humor?<sup>201</sup> A lei pode impor tais restrições à liberdade de expressão e imprensa?

Na decisão proferida pelo STF, duas posições se destacaram: a primeira, vencedora, nos termos do voto do ministro relator Carlos Ayres Britto, ao qual acompanharam integralmente as ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie e os ministros

---

<sup>199</sup> Nos termos do voto do Min. Ayres Britto, p. 6: “tenho que o inciso III do art. 45 da Lei 9.504/97 comporta uma interpretação conforme à Constituição. Diz ele: 'É vedado às emissoras de rádio e televisão veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes'. Ora, apenas estar-se-á diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada, caso a caso e sempre a posteriori, pelo Poder Judiciário. Sem espaço, portanto, para qualquer tipo de censura prévia

<sup>200</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 17.

<sup>201</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. Voto do Min. Dias Toffoli, p. 51.

Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso; e a segunda, dissidente, de acordo com o voto do ministro Marco Aurélio, no qual foi seguido pelos ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

### 3.1.1. Bloco 1 – posição vencedora nos termos do voto do Min. Rel. Ayres Britto

De início, cumpre destacar a presença de discussões intensivas entre os ministros para acertar pontos do voto do relator, de modo que é possível afirmar que todos os ministros que aderiram a essa posição tiveram participação direta no conteúdo final do voto vencedor.

Nos votos, foi ressaltada a importância das liberdades de expressão e de imprensa para o desenvolvimento de uma sociedade verdadeiramente democrática. O primeiro argumento apresentado diz que não cabe ao Estado definir previamente o que pode ou não ser dito por indivíduos e jornalistas. Trata-se de um “dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas”<sup>202</sup> (grifos meus).

Em seguida, determina-se que artefatos de humor (programas humorísticos, charges e modo caricatural) fazem parte da atividade jornalística e, portanto, “gozam da plenitude de liberdade que a ela, imprensa, é assegurada pela Constituição”<sup>203</sup>. Com relação a esse argumento, é importante fazer a seguinte observação: a liberdade de imprensa, conforme estudado no capítulo 2 desta dissertação, é uma das formas de exteriorização da liberdade de informação (fatos) e da liberdade de expressão em sentido estrito (ideias, pensamentos, opiniões etc.). Ora, se assim o é, não existem maiores dúvidas de que o humor faça parte da liberdade de expressão em sentido estrito, da

---

<sup>202</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 1.

<sup>203</sup> Ibidem. p. 13.

atividade de imprensa e da atividade artística. O Ministro Relator, por outro caminho hermenêutico, chegou à mesma conclusão.

Na ocasião, o Min. Ayres Britto buscou, em uma definição atribuída ao escritor Ziraldo, o qual entende o humor como arte e opinião crítica, fundamento para declarar que o humor também faz parte da atividade de imprensa, nos seguintes termos:

“Humorismo, segundo feliz definição atribuída ao escritor Ziraldo, que ‘não é apenas uma forma de fazer rir. Isto pode ser chamado de comicidade ou qualquer outro termo equivalente. O humor é uma visão crítica do mundo e o riso, efeito colateral pela descoberta inesperada da verdade que ele revela (cito de memória). Logo, a previsível utilidade social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa’.

(...)

Daí porque no meu voto chego a citar pessoas que se notabilizaram no Brasil exatamente pelo humor, enquanto expressão de arte e de opinião crítica: Ziraldo, uma delas, escritor notável...”<sup>204</sup>.

Por fim, o terceiro e último argumento desenvolvido é com relação ao dever de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão, em que fica claro que a “imparcialidade, porém, não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo”<sup>205</sup>. Para mim, a discussão interessante em torno deste argumento é outra, quando, por exemplo, o Ministro Relator diz que o processo eleitoral não é estado de sítio, ao afirmar, durante as discussões no plenário, que:

“Eleição é um período em que a liberdade de imprensa deve ser maior. A Constituição não faz ressalva, restrição à liberdade de imprensa durante o período eleitoral, apenas no artigo 139, durante o estado de sítio – e eleição não é estado de sítio; processo eleitoral não tem nada a

---

<sup>204</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 12 e 21.

<sup>205</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. P. 15.

ver com o estado de sítio -, é que se faz restrição à liberdade de imprensa”<sup>206</sup>

Assim, diante destes argumentos principais, os Ministros deste bloco decidiram não só referendar a liminar concedida pelo relator, como foram além e suspenderam integralmente a eficácia dos dispositivos atacados, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do artigo 45 da Lei Eleitoral.

### 3.1.2. Bloco 2 – posição dissidente, nos termos do voto do Min. Marco Aurélio

A análise deste segundo bloco considerará, sobretudo, os fundamentos dados pelo Min. Dias Toffoli, que acrescentou mais argumentos para a razão de decidir, mas abriu mão dos termos de seu voto, assim como o Min. Ricardo Lewandowski, para acompanhar o voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

Consoante o voto vencido do Min. Marco Aurélio, o argumento apenas tangencia a discussão de fato. Para ele, a Corte deveria considerar que o julgamento do plenário ocorre em meio ao processo eleitoral e que, por isso, seria prejudicial para o próprio processo democrático a provocação de mudanças substanciais nesta época<sup>207</sup>.

Com isso, deferiu a liminar, nos termos do pedido subsidiário da ABERT, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade, sem redução do texto, do inciso II. E, em relação ao inciso III, fosse dada interpretação conforme a Constituição, para afastar a

---

<sup>206</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 28.

<sup>207</sup> “Agora, Presidente, não posso deixar de considerar que estamos no pico do processo eleitoral, e mudanças substanciais não devem ser implementadas nesse processo. Tanto quanto possível, devemos ter certa estabilidade na normatização das matérias.” STF, ADI 4.451, voto do Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 116.

interpretação de que as empresas de rádio e televisão estariam proibidas de realizar crítica jornalística favorável ou contrária a candidatos.

Já o teor do voto do Ministro Dias Toffoli, anterior ao voto do Min. Marco Aurélio, imergiu em outro tipo de discussão, o qual, de forma resumida, passo a relatar.

O Min. Dias Toffoli entende que não haja ofensa aos direitos fundamentais, por parte dos artistas do humor. Para tanto, afirma que a lei em comento está há mais de 10 anos em vigor e que nunca fora antes questionada. O Ministro socorre-se, também, de inúmeros autores que comentam sobre as normas do direito eleitoral e, por conseguinte, da aplicação da Lei nº 9.504/1997. Tendo a não concordar com esse tipo de argumento; não é porque existem inúmeros livros sobre uma determinada norma que ela se torna constitucional. Ademais, conforme bem pontua o Min. Gilmar Mendes, “A dinâmica da vida não impõe que haja aí um tipo de usucapião da legalidade. Pelo fato de a lei ficar em vigor por muito tempo, ela não se torna constitucional.”<sup>208</sup>

Ainda, em seu voto, o Min. Dias Toffoli, afirma:

“ Não há ofensa ao **direito fundamental de informar**. O que se proíbe não é que a notícia ou a crítica sejam divulgadas. A vedação diz respeito aos aspectos técnicos dessa divulgação e impede que os recursos hoje disponíveis possam ser utilizados para transformar a imagem do candidato ou a própria verdade dos fatos em algo inverídico que viole a garantia prevista nos incisos V e X do art. 5º da Constituição”<sup>209</sup>.

O Ministro comete diversos equívocos conceituais. Primeiro, o caput do artigo 45 veda a divulgação em sua “programação normal e noticiário”. Assim, quando se refere apenas ao direito à informação, se esquece de que:

---

<sup>208</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 103.

<sup>209</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 70.

(i) a “programação normal e noticiário”, estão abrangidos pela liberdade de expressão em sentido amplo;

(ii) o “noticiário” faz parte da atividade jornalística, compreendida dentro da liberdade de imprensa, esta que permite a atividade humorística, capaz de satirizar e transformar a imagem do candidato. Portanto, se não há violação ao direito à informação, limitado à prova da verdade, existe flagrante afronta à liberdade de expressão em sentido estrito e amplo; e

(iii) a liberdade de informação, por sua definição, jamais permitiria transformar a verdade dos fatos em algo inverídico. Assim, não é necessário que exista uma lei para dizer o óbvio.

Por outro lado, o inciso III impõe às emissoras uma postura acrítica, na medida em que qualquer informação prestada ao público possa ser enquadrada no dispositivo, de teor vago e subjetivo, como aliás, vinha sendo feito pela jurisprudência eleitoral, também apontada pelo Ministro Dias Toffoli.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, afirma que o caráter de uso exclusivo dos veículos de radiodifusão permite a imposição de restrições mais amplas quanto a seu exercício, o que, de acordo com a sua tese, se fundamenta na necessidade de garantir a isonomia entre candidatos, para que as eleições ocorram em paridade de armas<sup>210</sup>.

### 3.1.1. Análise crítica da decisão sob 4 aspectos:

---

<sup>210</sup> STF, ADI 4.451, voto do Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 79.

a) a decisão considera a liberdade de expressão como liberdade negativa ou positiva?

No presente caso, a liberdade de expressão é evidenciada como liberdade negativa, em que é possível exercê-la sem que o indivíduo seja obstruído por outrem, ou seja, ninguém pode impedir o sujeito de se expressar.

“Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha”<sup>211</sup>.

**“... exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado.** Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V.”<sup>212</sup> (grifos meus).

“Em primeiro lugar, nenhum de nós tem dúvida sobre o alcance de ambas as normas, no sentido em que representam restrições à liberdade de imprensa. Por isso mesmo, elas já seriam, em si, de certo modo, mais do que irrazoáveis.”<sup>213</sup>.

Cumprido destacar que, a ausência de obstáculos ao exercício dessa liberdade negativa, por meio inclusive de expressa vedação constitucional a qualquer tipo de censura prévia, não significam, outrossim, que o sujeito não possa ser responsabilizado pelos abusos que cometer. Não se trata de um direito absoluto, pois este direito também deve ser harmonizado com os demais postulados previstos na Constituição.

A manifestação da liberdade positiva da liberdade de expressão se apresentava, justamente, por meio dos incisos II e III do artigo 45 da Lei Federal nº 9.504/1997 objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) ora em análise, pois a preocupação do legislador em evitar que os meios de comunicação social viessem a deformar o processo

---

<sup>211</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 1.

<sup>212</sup> STF, ADI 4.451, voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 13.

<sup>213</sup> STF, ADI 4.451, Voto. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 124.

de formação da vontade do eleitorado, impôs barreiras à liberdade individual dos sujeitos em receber este tipo de discurso humorístico.

Para mais, entendo, inclusive, que este tipo de “preocupação” do legislador ordinário ofende os cidadãos brasileiros, pois basicamente decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir determinadas opiniões, ainda que em tom jocoso e humorístico, sem que com isso passem a ter uma imagem deturpada sobre determinado candidato, de forma que suas próprias convicções, adquiridas ao longo do processo eleitoral, sejam alteradas. Por tal motivo, entendo que do ponto de vista desta direito como liberdade, a decisão foi acertada.

*b) a decisão adota a justificativa instrumental, construtiva ou ambas?*

Com esta decisão, me parece que o STF conferiu maior importância à perspectiva instrumental, ao identificar que a liberdade de expressão está relacionada com o desenvolvimento da democracia brasileira e abertura do debate público, conforme nota-se:

“a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação”<sup>214</sup>

“É que o próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas.”<sup>215</sup>

“Seria até paradoxal falar que a liberdade de imprensa mantém uma relação de mútua dependência com a democracia, mas sofre contraturas justamente na época em a democracia mesma atinge seu clímax ou ponto mais luminoso (refiro-me à democracia representativa, obviamente). Sabido que é precisamente em período eleitoral que a sociedade civil em

---

<sup>214</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 2.

<sup>215</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 3.

geral e os eleitores em particular mais necessitam da liberdade de imprensa e dos respectivos profissionais.”<sup>216</sup>

Por outro lado, ao longo deste acórdão, os Ministros não levaram em consideração que as restrições impostas, em verdade, impediam os cidadãos brasileiros de ouvir um determinado tipo de discurso, no caso humorístico, o que afeta o seu intrínseco direito moral de ouvir o que quiserem para sua autossatisfação (justificativa construtiva).

Apesar disto, é importante enfatizar, mais uma vez, que as perspectivas instrumental e substantiva da liberdade de expressão – embora conceitualmente distintas – não são mutuamente excludentes. Em verdade são complementares e não é por outra razão que a Constituição Federal acolheu um sistema constitucional em que ambas as justificações estão protegidas. Portanto, não significa que o STF desconsidere uma em detrimento da outra, ao contrário, a análise da jurisprudência aponta que a Suprema Corte adota as duas acepções<sup>217</sup>. O que pontua, outrossim, é que neste caso em especial, apenas foi ressaltado a dimensão instrumental da liberdade de expressão.

*c) a decisão atribui à liberdade de expressão uma posição preferencial?*

Sim. A decisão atribui uma posição preferencial à liberdade de expressão.

O Min. Ayres Britto, ao discorrer que o pensamento crítico e o humor fazem parte integrante da liberdade de informação e de imprensa, afirma: “A previsível utilidade

---

<sup>216</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 14.

<sup>217</sup> Ver tópico 2.1. Justificação Instrumental e Construtiva.

social do labor jornalístico a compensar, de muito, eventuais excessos desse ou daquele escrito, dessa ou daquela charge ou caricatura, desse ou daquele programa.”<sup>218</sup>.

Assim, embora não tenha afirmado, textualmente, que a liberdade de expressão encontra-se em posição preferencial, com esta passagem o Tribunal assinalou sua importância para a sociedade democrática.

De qualquer modo, mesmo que sempre admitida a doutrina da posição preferencial, não se trata de atribuir à liberdade de expressão a condição de direito absolutamente imune a qualquer limite e restrição, nem de estabelecer uma espécie de hierarquia prévia entre as normas constitucionais. O que se verifica é o reconhecimento — em favor da liberdade de expressão — de uma posição inicial e argumentativa de vantagem no caso de conflitos com outros bens fundamentais. Deste modo, é preciso considerar as exigências para a aplicação da regra da proporcionalidade o que, de resto, se percebe ter sido praticado pelo STF em algumas situações.

*d) a decisão determina quais são os limites do humor ou da liberdade de expressão?*

Não. Com esta decisão não é possível depreender quais são os limites do humor e da liberdade de expressão e, sequer, se a decisão adota a teoria interna ou externa de limites aos direitos fundamentais.

Os argumentos apresentados não chegaram a tal profundidade. Em nenhum momento fica claro como é possível aferir quais são esses limites, se devem ou não passar pela regra da proporcionalidade (teoria externa) ou se se admite que a liberdade de expressão contenha um conteúdo definitivo (restrito) e previamente determinado pela

---

<sup>218</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 12.

Constituição (teoria interna). Estas questões foram tangenciadas e reduzidas as seguintes afirmações:

“Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V”<sup>219</sup>.

“(…) porque jornalista não está isento do crime de injúria, de difamação, nem de calúnia. Isso bastaria para proteger os políticos de eventuais abusos da imprensa.”<sup>220</sup>

Por outro lado, a discussão apresentada sobre a admissibilidade, ou não, de restrições prévias à liberdade de expressão merece atenção. A julgar pelo conteúdo da decisão da ADI 4.451, e com base na posição vencedora, está claro o entendimento de que a liberdade de imprensa apenas permite regulação por lei em situações em que essa limitação não configure obstáculos ao seu exercício e se apresente em circunstâncias necessárias.

“Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu”<sup>221</sup> (grifos meus).

Nesse sentido, cumpre destacar que o Min. Ayres Britto, em seu voto no âmbito da ADPF 130, também sustentou que o legislador não poderia estabelecer nenhum limite em relação às matérias essencialmente de imprensa, mas apenas às questões lateralmente de imprensa. Para ele, só seriam admissíveis restrições decorrentes do próprio texto

---

<sup>219</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, p. 3.

<sup>220</sup> STF, ADI 4.451, Voto. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, p. 124.

<sup>221</sup> STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, p. 1.

constitucional<sup>222</sup>. O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, consignou em seu voto na ADPF nº 130 e, posteriormente no RE nº 511.961, que seriam admissíveis restrições legais à liberdade de expressão e de imprensa, desde que viessem a promover outros bens e valores constitucionais relevantes e passassem pelo teste da proporcionalidade.

Em minha visão, essa última posição parece mais coerente, porém incompleta. Parece legítimo e razoável que o legislador ordinário se antecipe a possíveis conflitos entre direitos fundamentais e busque definir critérios para sua solução. Atribuir esta função de conformação dos direitos, exclusivamente ao Poder Judiciário e, em última análise, ao STF, compromete a legitimidade democrática. Afinal, se o Poder Judiciário pode, em hipóteses excepcionais, restringir a liberdade de expressão para proteger outros princípios constitucionais, não vejo razão para que o legislador ordinário não o possa fazer.

Todavia, para que a intervenção legislativa se mostre legítima, entendo que alguns cuidados sejam necessários, em que a restrição deve: a) ser excepcional; b) não deve ser transformada em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia; d) produzir a menor interferência possível ao efetivo exercício da liberdade de expressão; e, e) atender aos postulados da proporcionalidade.

Apenas nesse contexto, entendo possível a imposição de restrições legais, lembrando, outrossim, que as leis restritivas sempre estarão sujeitas a um escrutínio rigoroso quanto à sua constitucionalidade.

---

<sup>222</sup> Cumpre destacar que o Min. Ayres Britto deixou consignado em seu voto que se o humor fosse considerado como parte da atividade da imprensa, como assim o entendeu, então “eu teria de aplicar às minhas reflexões as coordenadas, ou o conteúdo mesmo da decisão plenária que proferimos na ADPF 130”.(STF, ADI 4.451, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010. p. 17.). Por tal motivo, é importante também apresentar o seu argumento apresentado na ADPF 130.

### 3.2. Limites constitucionais do humor na política

Em linha com a jurisprudência do STF e, em especial, com a decisão no âmbito da ADI 4.451, que trata do humor direcionado a candidatos políticos, a Corte deixou claro que a liberdade de expressão não é um direito absoluto<sup>223</sup>. Nenhum direito fundamental o é. As garantias constitucionais podem ser objeto de restrições, em particular, quando interfere em outros direitos também assegurados na Constituição Federal.

Assim, não há dúvida de que existem limites constitucionais à liberdade de expressão humorística quando direcionado a política. A possibilidade de restrição de direitos fundamentais é em decorrência, justamente, da inexistência de direitos absolutos. Porém, cumpre investigar em que medida isso se dá.

Mariela Antoniazzi<sup>224</sup>, ao analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão, relata que o Tribunal já estabeleceu claro entendimento de que, em uma sociedade democrática, os funcionários públicos ou as pessoas que exercem funções de natureza pública, compreendidos aqui os políticos, estão mais expostos às críticas do público e, por sua condição, deve ser aplicada a eles maior margem de aceitação e tolerância às críticas.

A autora explica que este umbral diferente de proteção a sua honra e reputação, ocorre porque eles se expuseram voluntariamente a um escrutínio mais rigoroso, em que suas atividades saem do domínio da esfera privada para entrar na esfera do debate público. Assim, esse limite não se baseia na qualidade do sujeito, mas no interesse público das atividades que realiza. Ademais, a Corte Interamericana entende que tais

---

<sup>223</sup> A própria Constituição estabelece, no §1º do artigo 220, limites explícitos à liberdade de expressão.

<sup>224</sup> ANTONIAZZI, Mariela Morales. La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Armin Von Bogdandy; Flavia Piovesan; Mariela Morales Antoniazzi. (Org.). Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica avançado no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, v. 01, p. 336-337.

funcionários públicos têm a possibilidade, derivada de sua condição, de exercer uma influência social e de fácil acesso aos meios de comunicação para se explicar ou dar respostas sobre os fatos que os envolvem.

Com isso, entendo que deva haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos do humor quando direcionados aos políticos e candidatos. Não se quer dizer, contudo, que o humor seja uma excludente de ilicitude, de modo que permita que o uso da palavra na forma de humor não possa resvalar numa ilegalidade. Dependendo das circunstâncias, poderá haver ofensa ou qualquer outra violação a direitos. Mas toda interpretação nas questões que envolvem o humor direcionado a políticos devem ser por demais elásticas.

Todavia, isso garante uma certa impunidade do humor? Até onde vai essa liberdade de ofender em contraponto ao direito de não ser ofendido? Posso ter a liberdade de usar expressões de mau gosto, mas qual é o contraponto? Tendo em vista estas questões, proponho encontrar tais respostas com o exame dos subtópicos a seguir.

### *3.2.1. Direito à honra como limite à liberdade de expressão humorística?*

A Constituição Federal estabelece que a liberdade de expressão consiste em direito fundamental, exercido independentemente de censura ou licença (inciso IX do artigo 5º da Constituição). No entanto, logo em seguida, no mesmo artigo, estabelece-se que "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". No inciso V, por sua vez, é "assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Assim, os limites da liberdade de expressão humorística devem ser buscados no instituto do dano moral, no sofrimento ou na dor que o exercício dessa liberdade possa causar as pessoas. Mas o humor deve ser censurado cada vez que um político se sente moralmente lesado e sofre?

A resposta é negativa. A Constituição Federal, que proíbe a censura, conforme dito a cima, prevê a possibilidade de se exigir responsabilidades ulteriores por o exercício abusivo deste direito. Esta restrição, não obstante, tem um caráter excepcional, e se rege pelo critério da proporcionalidade, ao passo que não devem se converter em um mecanismo direto ou indireto de censura.

Nesse sentido, também é a opinião de Alexy:

(...) nem toda a manifestação de opinião que de alguma maneira ofenda um concidadão ou membro de uma determinada raça pode ser proibida se a liberdade de manifestação de opinião não deve atrofiar. Isso mostra que uma fixação de limite com auxílio de uma ponderação é necessária.<sup>225</sup>

Se assim não o fosse, era o mesmo que dizer: a liberdade de expressão poder ser exercida sempre, desde que não atinja os direitos da personalidade. E isso não é verdade. Às vezes, a liberdade de expressão pode atingir os direitos da personalidade e mesmo assim ser considerada lícita; em razão de algum motivo relevante, tornou-se necessário violar a intimidade ou a honra alheia em razão do interesse público em jogo. Outras vezes, poderá ocorrer de a liberdade de expressão ofender direito à intimidade de forma desarrazoada. Em razão disso, deverá prevalecer a intimidade alheia. Para tanto, cumpre ao intérprete, por tudo o que foi dito aqui, um ônus argumentativo maior para justificar essa prevalência.

---

<sup>225</sup>ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 63, jul./set. 1999.

Com relação à indenização decorrente de suposta afronta aos direitos da personalidade, entendo que a depender do valor da condenação e das condições econômicas envolvidas, pode sim caracterizar uma censura. Tendo em vista a sensibilidade do tema e o status que a liberdade de expressão goza em nossa ordem constitucional, o recomendado é que o intérprete diante do caso concreto verifique qual interesse é mais relevante: a honra (a privacidade ou qualquer outro direito da personalidade) ou a liberdade de expressão.

Por fim, ressalto a importância da liberdade de expressão humorística, quando direcionada a políticos e candidatos, ser examinada a partir do tema por ela retratada, se está ou não relacionado a uma questão de interesse público. Uma coisa é, por exemplo, uma charge que hostiliza um deputado federal por sua opção sexual, que é uma questão de foro íntimo e não guarda qualquer relação com a atividade pública que desempenha. Outra coisa é um discurso humorístico que alerta para os absurdos e incoerência com que o Congresso Nacional e seus funcionários públicos lidam com os escândalos que envolvem corrupção.

Assim, um político só deve receber um tratamento diferenciado, com menor proteção a sua honra ou intimidade, se a manifestação humorística estiver intrinsecamente relacionada com a sua função pública, pois não é o sujeito em si que gera o interesse por aquela manifestação humorística, por vezes ofensiva, mas o cargo ou profissão que desempenha. Caso contrário, o político deve ser tratado como uma pessoa privada qualquer.

### *3.2.2. Direito à igualdade como limite à liberdade de expressão humorística?*

O ideal de democracia não se circunscreve à exigência de eleições livres e periódicas. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público e robusto, em que temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade<sup>226</sup>. Assim, se por um lado, a democracia exige a liberdade de expressão, por outro lado, ela também pressupõe a igualdade.

Esta questão, em menor escala, foi discutida no âmbito da ADI 4.451. Conforme relatado no tópico 3.1, houve a manifestação dos Ministros em relação ao princípio republicano da paridade das armas na disputada eleitoral, que proíbe o tratamento privilegiado a candidato, partido ou coligação.

Na ocasião, os Ministros do STF decidiram que é permitido o discurso humorístico durante todo o processo eleitoral, mesmo quando assume a forma de sátira direcionada a candidato ou partida específico. Esta conclusão foi tomada, destaco, em relação aos veículos de radiodifusão que exploram serviço público concedido e têm o dever legal de tratar paritariamente os concorrentes em disputa eleitoral, de forma a não privilegiar um em detrimento do outro.

Assim, cabe indagar se o humor, nessa circunstância, em que atinge um único candidato ou partido específico, não passa a ter um caráter antidemocrático nas eleições. Assim, como podemos resolver a aparente tensão que existe entre o direito de liberdade de expressão humorística, de um lado, e, de outro lado, o direito de paridade de armas na campanha eleitoral?

Acredito, com muito maior razão, que a liberdade de expressão neste caso deve ser ainda mais intensa. O melhor remédio para essa eventual patologia do discurso

---

<sup>226</sup> SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

humorístico é uma dose maior de liberdade discursiva, não o contrário. Coibir tais manifestações humorísticas, ainda que sejam feitas em tom áspero, sarcásticos, irônico ou de mau gosto, e direcionadas a um sujeito apenas, trás mais malefícios à democracia do que tolerá-los.

Para tanto, e em atenção ao princípio da isonomia, a solução em um caso concreto passa, também, pela ponderação dos valores envolvidos. Todavia, a posição preferencial que a liberdade de expressão sustenta, sobretudo por seu caráter instrumental e democrático, faz com que a solução adequada seja justamente garantir maior amplitude de ideias e discursos, ao invés de coibi-la.

### *3.2.3. Humor e expressões de mau gosto. Direito de ofender?*

Dworkin certa vez escreveu: “em uma democracia, ninguém, independentemente de quão poderoso ou importante seja, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido”<sup>227</sup>. Será que o autor tem razão?

Por um lado, concordo que a liberdade de expressão não comporta apenas a difusão das ideias com as quais simpatizamos, mas também aquelas que nós desprezamos ou odiamos. Todavia, isto faz com que qualquer discurso seja tolerado?

Entendo que a liberdade de expressão não protege manifestações de intolerância e ódio<sup>228</sup>; sem embargo, é necessário cautela quando se trata de limites à liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. É preciso redobrada atenção

---

<sup>227</sup> DWORKIN, Ronald. The Right to Ridicule. New York Review of Books, publicado em 23/03/2006. Texto disponível em < <http://www.nybooks.com/articles/2006/03/23/the-right-to-ridicule/>>, acessado em 08/01/2016. Texto original: “So in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended.”.

<sup>228</sup> Inclusive, este também é o entendimento do STF, conforme demonstrado no tópico 2.4 quando examino o Caso Ellwanger.

para que este direito tão fundamental à democracia não se torne refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o “politicamente correto”, vigentes em cada momento histórico.

A Constituição Federal não autoriza que o Poder Judiciário reclame para si o papel de guardião das boas maneiras ou da elegância<sup>229</sup>. Qualquer tentativa dele exercer controle qualitativo sobre o conteúdo da expressão traz consigo o risco do autoritarismo, podendo desaguar no sufocamento ou no direcionamento do mercado de ideias. Cabe lembrar que a censura quase sempre se apresenta sob o manto das melhores intenções, mas rouba da sociedade o direito de formar seus próprios juízos.

Portanto, é preferível conviver com expressões de mau gosto e responder, penal e civilmente, pelos abusos que cometer. Cabe lembrar, mais uma vez, que a ordem jurídica protege também outros direitos que, diante de determinadas circunstâncias, podem justificar a imposição de limites aos discursos abusivos. A conciliação entre esses elementos nunca é fácil. Todavia, conforme demonstrado, existem mecanismos hábeis para encontrar esta solução.

---

<sup>229</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. É permitido proibir, muito e sem critério. Artigo publicado na revista eletrônico do site “Os Constitucionalistas”, JOTA, 18/11/2014, disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-permitido-proibir-muito-e-sem-criterio>>, acessado em 07/06/2015.

#### 4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal contempla um sistema robusto de proteção à liberdade de expressão, prevista em suas diversas manifestações, como livre manifestação do pensamento (liberdade de expressão em sentido estrito) e liberdade de informação e de imprensa (liberdade de informação), ambas reunidas no que classifico como liberdade de expressão em sentido amplo.

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado – como de resto, nenhum direito o é – e poderá ceder lugar a outros princípios e valores constitucionalmente protegidos, no caso de conflito, a depender das condições fáticas subjacentes. Como se sabe, a solução para as colisões de princípios se dá através da utilização da técnica da ponderação.

Nada obstante, e na linha do que foi verificado em diversos ordenamentos democráticos, o modelo acolhido pelo constituinte e reiterado na jurisprudência pátria é por uma ascendência axiológica da liberdade de expressão, manifestada por meio da doutrina da posição preferencial (*preferred position*). Isto se deve ao fato de que a liberdade de expressão, a um só tempo, permite o desenvolvimento de atributos inerentes à pessoa humana, bem como servem de instrumento para o exercício de outros direitos fundamentais, como a democracia e o autogoverno.

Assim, a liberdade de expressão ocupa uma posição preferencial na ordem constitucional brasileira, por desempenhar um duplo papel: construtiva e instrumenta. Todavia, a adoção desta teoria impõe ao intérprete, apenas e tão somente, um ônus argumentativo elevado, de demonstrar as razões que justifiquem a restrição.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confirma tudo o que se expôs. As decisões, pautadas no referido sistema da liberdade de expressão, ressaltam a dimensão dúplice conferida a esta garantia, como direito à satisfação individual e crucial para a democracia, bem como apontam para aceitação da posição preferencial, *prima facie*, da liberdade de expressão.

Outra questão que ensejou alguma discussão diz respeito à possibilidade de imposição, por meio de lei, de limites à liberdade de expressão e humor. Assim, nos parece razoável que o legislador ordinário se antecipe a possíveis conflitos entre direitos fundamentais, todavia para que a intervenção se mostre legítima, alguns cuidados são necessários, em que a restrição deve: a) ser excepcional; b) não deve ser transformada em um mecanismo direto ou indireto de censura prévia; d) produzir a menor interferência possível ao efetivo exercício da liberdade de expressão; e, e) atender aos postulados da proporcionalidade.

Diante de toda a base teoria apresenta, bem como a análise da jurisprudência do STF, conclui-se, também, que existem limites constitucionais à liberdade de expressão humorística quando esta é direcionada a políticos. Todavia, deve haver uma maior tolerância em relação aos excessos comunicativos do humor nestas circunstâncias, sobretudo quando estiverem intrinsecamente relacionadas com a sua função pública.

Não se quer dizer, contudo, que o humor seja uma excludente de ilicitude, de modo que permita que o uso da palavra na forma de humor não possa resvalar numa ilegalidade. Dependendo das circunstâncias, poderá haver ofensa a direitos. Mas toda interpretação nas questões que envolvem o humor direcionado a políticos devem ser por demais elásticas.

Para tanto, o método da ponderação me parece preferível para o equacionamento deste, como também de outros conflitos entre princípios constitucionais, por corresponder ao que os juízes e intérpretes fazem de fato nestes casos difíceis. Ao pesar e contrapor interesses, valores e argumentos, existe um caminho mais racional e controlável para a empreitada hermenêutica.

Por fim, diante de todos os argumentos apresentados, a previsível utilidade da liberdade de expressão humorística a de compensar, de muito, eventuais excessos desta ou daquela expressão de mau gosto, que podem sofrer responsabilização, penal e civilmente, pelos abusos que cometer. Não cabe a lei ou ao poder judiciário tomar para si o papel de guardião das boas maneiras ou da elegância.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Liberalismo. In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 2ª ed, São Paulo: Mestre Jou, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La democracia y su piedra angular: la libertad de expresión. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Armin Von Bogdandy; Flavia Piovesan; Mariela Morales Antoniazzi. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica avançado no diálogo constitucional e regional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, v. 01, p. 336-337.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 1-36, p. 18, jan./mar.2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In. SARLET, Ingo (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BOCKENFORDE. Ernest Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: \_\_\_\_. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BOROWSKI, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 20, n. 59, p.31, mayo/ago. 2000. p. 67.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARVALO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHEQUER, Cláudio. *A Liberdade de Expressão como Direito Preferencial Prima Facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Roberto. “Liberdade de expressão: biografias não autorizadas”. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 41, p. 204-224, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/10artigo41.pdf> (Acesso no dia 27 de julho de 2015).

\_\_\_\_\_ ; LAURENTIIS, Lucas Catib de . *Imunidades parlamentares e abusos de direitos: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 195, p. 7-24, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. “O direito de ofender: sobre os limites da liberdade de expressão artística”. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, p. 49-65, abr./jun. 2009.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade – A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*, Madrid, nº 71, p. 98, ene./mar. 1991.

EKMEKDJIAN, Miguel. *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*. E.D. 114-945 (1985).

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FERRIZ, Remedio Sánchez. *Delimitación de las libertades informativas. Fijación de criterios para la resolución de conflictos em sede jurisdiccional*. Valencia: Universitat de Valencia, 2004.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, Capítulos 1 – O efeito silenciador do discurso, p. 33-65; Capítulo 3 – A missão democrática da imprensa, p. 99-137.

GROSSMAN, Claudio. Desafíos de la Libertad de Expresión dentro del sistema interamericanos: um análisis jurisprudencial. In *Revista Peruana de Derecho Público*. Peru: Idemsa, ano 14, nº 26, jan-jun. 2013.

GOULD, Jon B. *Speak no Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

KOATZ, Rafael. As liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In SARMENTO, Daniel, e SARLET, Ingo (Coord.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Trad. por Eugenio Bulygin. Buenos Aires: De Palma, 1980.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Lei 13.188/2015 dá direito de resposta a quem não tem o que responder? In *Revista Consultor Jurídico*, 16 de novembro de 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. In *Revista Síntese*, nº 48, 2004.

MARTINS, Leonardo. Notas sobre o julgamento da ADPF 130 (“Lei de Imprensa”) e princípios de uma Ordem da comunicação social compatível com a constituição federal. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, ano 1, n. 10, p. 183-228, abr./jun. 2009.

MELLO, Marco Aurélio. Prefácio ao livro *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. FREIRE, ALEXANDRE, e CLÉVE, Merlin Clémerson (org.). Editora Revista dos Tribunais LTDA. São Paulo: 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e Discurso do Ódio*. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, Capítulo II, p. 27-84.

MÜLLER, Friederich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais, 4ª ed., ano 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, capítulo III, item 3.2.

PETTIT, Philip. Liberalismos. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SANT’ANA SIMÕES, Luziana. *Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a Democracia*. Dissertação de Mestrado apresentada ao departamento de Filosofia e Metodologia das Ciências, Universidade Federal de São Carlos, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: *Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Seção IV: Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas. Brasília: jan-mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. N.º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

\_\_\_\_\_. Parecer: Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. Rio de Janeiro, 2015.

\_\_\_\_\_. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, Capítulo 6 – A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”, p. 207-262.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación Constitucional de Los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

SERRA, Lluís de Carrera. Régimen jurídico de la Información, 1996, apud Porfirio Barroso e María del Mar López Talavera, *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. 4ª ed, ano 2006, p.23-51.

TAVARES, André Ramos. “O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização”. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, p. 17-47, abr./jun. 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Capítulos 4 e 5, p. 101-192 (<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/pt-br.php>). Acesso no dia 27 de julho de 2015.