

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO CASO
“SIEGFRIED ELLWANGER” E DA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL**

JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA SILVÉRIO

RIO DE JANEIRO
2018/1º Semestre

JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA SILVÉRIO

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO CASO
“SIEGFRIED ELLWANGER” E DA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Me. José Ribas Vieira**.

Rio de Janeiro
2018/1º Semestre

(FICHA CATALOGRÁFICA – PEGAR NA BIBLIOTECA)

JOÃO VICTOR DE OLIVEIRA SILVÉRIO

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO CASO
“SIEGFRIED ELLWANGER” E DA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Me. José Ribas Vieira**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/1º Semestre

Aos queridos amigos de sempre, aos novos amigos do Direito, à minha família, à minha namorada, salve a Umbanda.

“A democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas” – Winston Churchill

RESUMO

A presente monografia buscará analisar as nuances da liberdade de expressão enquanto direito fundamental com base na análise de alguns dos votos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.24/RS (Caso “*Siegfried Ellwanger*”). Visa-se investigar detalhadamente a gênese e inserção de tal garantia em nosso ordenamento jurídico, bem como os aspectos gerais que circundam e definem a liberdade de expressão no mundo do Direito, tencionando ao posterior destrinchamento do citado julgado, a fim de conhecer dos limites da liberdade de expressão no que toca a manifestação de pensamento no Brasil. Questiona-se, ao final, qual política se consolidou em torno do tema e como o sistema jurídico brasileiro encara a discussão da manifestação de pensamento em situações de conflito ou temas controvertidos.

PALAVRAS-CHAVES

Direito; Constituição; Siegfried; liberdade; expressão; limites

ABSTRACT

This monograph will seek to analyze the nuances of freedom of expression as a fundamental right based on the analysis of some of the votes of the Supreme Court decision in Habeas Corpus 82.424/RS (Siegfried Ellwanger case). It is intended to investigate in detail the genesis and insertion of such guarantee in our legal system, as well as the general aspects that surrounds and defines the freedom of expression in the world of Law, intending to the subsequent disruption of the aforementioned court, in order to know the limits of the freedom of expression in relation to the manifestation of thought in Brazil. At the end, it is questioned what policy was consolidated around the theme and how the Brazilian legal system faces the discussion of the manifestation of thought in situations of conflict or controversial subjects.

KEY WORDS

Constitution; law; free; speech; limits; rights

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
1.1. Da estrutura do presente trabalho.....	2
1.2. Da trajetória histórica da liberdade de expressão.....	4
2. DAS DELIMITAÇÕES TERMINOLÓGICAS E DA FUNDAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	22
2.1. Do conceito terminológico da “liberdade de expressão” e da terminologia utilizada em nosso ordenamento jurídico.....	23
2.2. Da delimitação da terminologia adequada.....	26
2.3. Conceituação e fundamentação da liberdade de expressão enquanto direito fundamental.....	28
2.4. Da classificação e natureza jurídica da liberdade de expressão.....	41
3. DA ANÁLISE DO CASO “SIEGFRIED ELLWANGER”: OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	50
3.1. Do <i>interpretativismo</i> norte-americano e outras teorias de interpretação constitucional: uma breve apresentação.....	50
3.2. Do conflito normativo constitucional e da técnica da ponderação: o conflito entre princípios constitucionais.....	53
3.3. Do relatório técnico ao conflito no Caso Siegfried Ellwanger: a apresentação da controvérsia hermenêutica.....	56
3.3.1. Dos votos e suas conclusões.....	59
3.4. Da conclusão do presente trabalho: considerações finais acerca dos limites da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro.....	65

1. INTRODUÇÃO

A “liberdade de expressão”, em linhas gerais, positivada no inciso IV do art. 5º de nossa Carta Magna, possui natureza jurídica de cláusula pétrea, conforme art. 60, §4º, inciso IV da mesma Carta Constitucional. Dada sua importância frente aos momentos tormentosos de nosso país, vividos durante a Ditadura Militar, o legislador pátrio constituinte entendeu por bem inserir tal dispositivo no arcabouço de nosso ordenamento legislativo máximo, garantindo ainda sua inviolabilidade na forma de cláusula pétrea e como garantia individual do cidadão.

Nos termos do art. 5º, IV¹ de nossa Constituição, é garantido ao cidadão a livre manifestação, desde que não seja realizada de forma anônima, ou seja, qualquer manifestação livre e espontânea, realizada de forma personalíssima é garantida constitucionalmente.

O caso “Siegfried Ellwanger”, julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em Dezembro de 2002 e encerrando-se apenas em Setembro de 2003, suscitou discussão na instância máxima de nosso judiciário no que tange os limites dessa garantia constitucional, isto é, qual momento dever-se-ia “freiar” tal direito individual a fim de que esta liberdade não interfira na esfera de outros indivíduos?

No referido caso, julgou-se o HC 82.424/RS, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, dono de uma editora de livros no Rio Grande do Sul que se especializou em conteúdo de cunho antissemita e de apologia ao nazismo, tipificando, à época, no crime previsto no art. 20 da lei 7.716/89, com redação dada pela lei 8.081/90, hoje revogados pela nova redação conferida pela lei 9.459/97².

A discussão central pautou-se na natureza e semântica da palavra “racismo”, qual seria a sua função dentro do contexto constitucional e se a vontade do legislador constituinte fora a de alcançar qualquer tipo de preconceito contra raça, etnia, origem etc. ou se a essência da garantia fundamental de “liberdade de manifestação de pensamento” deveria sobrepujar de maneira ilimitada e indiscriminada. Ressalta-se aqui o principal argumento apresentado pela defesa do impetrante, qual seja a desclassificação dos “judeus” como raça, o que atipificaria o

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

2 "[Art. 20](#). Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

crime, destacando-se ainda a preocupação da defesa com o caráter imprescritível de tal delito, conforme inteligência do inciso XLII³ do art. 5º de nossa Carta Maior.

1.1. Da estrutura do presente trabalho

Quanto ao conteúdo e estrutura, em síntese, propõe-se no presente trabalho a investigação do tema sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, realizando as devidas observações no contexto internacional do tema quando for necessário e pertinente, por exemplo, no que tange seu desenvolvimento histórico em outras nações ao longo do tempo, as modalidades de interpretação do caso concreto à luz da liberdade de expressão, bem como da regulação de tal direito fundamental.

Em um primeiro momento, faremos uma breve análise histórica da liberdade de expressão, desde sua gênese até a sua positivação constitucional na Carta de 1988, a fim de avaliarmos a dinâmica de tal garantia e, se for caso, observarmos se este já era respeitado ou violado, juridicamente, enquanto direito fundamental.

Após, passaremos a uma breve análise do conflito terminológico envolvendo, não somente a expressão “*liberdade de expressão*” e sua abrangência no mundo jurídico, como também do conflito amplamente conhecido entre os termos “*direitos fundamentais*”, “*garantias fundamentais*”, “*direitos humanos*” etc., fartamente já dicutido no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, visando uma melhor delimitação terminológica.

Em seguida, faremos uma abordagem das justificativas amparadoras da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, questionando o por quê da importância de tal direito em nossa sociedade, visando trazer à baila os argumentos que demonstram a real necessidade de sua positivação constitucional, a fim de garantir a manutenção de um Estado Democrático. Ainda neste diapasão, traçaremos um breve paralelo entre os fundamentos utilizados nas decisões do início do século XX no âmbito da direito americano, especificamente no que tange as decisões da Suprema Corte Americana, com o objetivo de corroborar nosso entendimento.

Concerne esclarecer que análise da conjuntura histórica, nacional e internacional, das decisões no contexto destas duas nações é imprescindível ao preciso exame comportamental

³ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(se assim pudermos chamar) da liberdade de expressão no decorrer do tempo, isto é, a investigação da consuetudinarietà das decisões destinadas a regulação da liberdade de expressão no decorrer do tempo poderá nos fornecer respostas sobre a sistematização atual de tal garantia.

Posteriormente, analisaremos a natureza jurídica da liberdade de expressão em relação ao nosso ordenamento jurídico pátrio, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, buscando, principalmente, entender a sua aplicabilidade e essência segundo a vontade do legislador constituinte, nos termos e razões pelas quais a positivou em nossa Carta Magna.

Ao final, após termos assentado todo terreno para a melhor compreensão da liberdade de expressão como direito fundamental em nosso ordenamento jurídico pátrio, passaremos a análise do objeto deste trabalho, qual seja os acórdãos no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, investigando as correntes interpretativas utilizadas pelos Ministros em suas decisões, bem como dos modelos de solução de conflito utilizados no caso, dentre outros aspectos relevantes, salientando, ainda, que será invocado o Direito Comparado nos momentos pertinentes, estimulando a melhor compreensão do caso. De antemão, destacamos, também, que nem todos os Ministros serão mencionados, visto que selecionaremos apenas aqueles de potencial relevância a este estudo.

Ao final, em fase de conclusão da presente monografia, concluiremos acerca da aplicabilidade real da liberdade de expressão sob a ótica da efetividade das normas constitucionais, isto é, como de fato ocorre, se ocorre e qual parâmetro regula-se, contemporaneamente, a limitação à liberdade de expressão em nosso ordenamento jurídico.

É interessante reafirmar que o caso Siegfried Ellwanger fora a primeira oportunidade de discussão da liberdade de expressão em nosso sistema jurídico, abordando o tema da manifestação no que tange o discurso de ódio, isto é, como o ordenamento jurídico pátrio, especificamente, a Constituição Brasileira, através de nosso Superior Tribunal Federal, encarou o presente tema, limitando-o segundo a melhor interpretação dos Ministros à época.

Salientamos ainda que a conjuntura contemporânea, tanto nacional quanto internacional, propicia cenário “perfeito” (destacando aqui que tal “perfeição” deve ser compreendida apenas em âmbitos acadêmicos de análise jurídico-científica, uma vez que tal cenário de extremismos não coaduna os requisitos essenciais para a manutenção de uma vida plena e igualitária em todas as esferas, tal qual impõe um Estado Democrático de Direito) ao estudo

dos limites da liberdade de expressão, tendo em vista as passeatas neonazistas ocorridas em Agosto do ano de 2017 e demais casos de relevância ao tema.

1.2. Da trajetória histórica da liberdade de expressão

A fim de criar uma introdução ao estudo da liberdade de expressão, a observação de sua trajetória histórica, desde sua gênese até o quadro atual em nosso ordenamento jurídico, garante uma maior contextualização sobre o tema, a fim de entendermos os desdobramentos ocorridos ao longo de tal lapso temporal, culminando na forma hoje encontrada em nossa sociedade.

Pode-se dizer que a dinâmica da liberdade de expressão, ou pelo menos o embrião de sua existência, remonta da então dita “democracia” ateniense, da Grécia antiga, esta posta entre aspas devido a sua peculiaridade enquanto sociedade, haja vista a não similaridade ao que entendemos hoje como “democracia”, como bem conceitua BARROSO⁴ em sua obra:

A denominada democracia ateniense mais se aproxima de uma república aristocrática. Pelos padrões atuais, tratava-se de uma organização política excludente: um terço da população era escrava, os estrangeiros, mesmo que livres, bem como as mulheres, não tinham o direito de participação. De uma população estimada em 300 mil pessoas, cerca de 40 mil tinham status de cidadão, como tal compreendidos os maiores de 20 anos nascidos de pais atenienses.⁵

A então liberdade de expressão se manifestava apenas através dos ditos “cidadãos atenienses”, – *status* concedido aos filhos (homens) de pai e mãe atenienses e que possuísem mais de 20 anos – fato que já fomenta indagações acerca da concepção de democracia da Grécia Antiga, visto que a clara restrição de tal direito a uma pequena parcela da sociedade vai de encontro com o entendimento moderno do termo, destacando que:

[...] de acordo com a lição de Peter Häberle, a democracia é a garantia organizacional e política da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, ao passo que esta assume a condição de premissa e pressuposto antropológico do Estado Democrático de Direito.⁶ Afinal, é mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será reduzido à condição de mero

4 Barroso, Luís roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição – Saraiva - São Paulo: 2010. p. 451

5 Barroso, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p.7

objeto da vontade estatal (mero súdito), mas terá assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e a da comunidade que integra.⁷

Ainda que tratando-se de uma sociedade discriminatória em sua essência, é inegável e irrefutável a participação da antiga Grécia como um ensaio aos primeiros lampejos da democracia moderna. Entretanto, é visível e curioso, como já mencionado, a restrição dos direitos políticos a determinada fração dos indivíduos à época, persistindo o *status* de “democracia” ainda assim àquela sociedade.

De fato, as concepções e definições de “democracia” evoluíram desde tal época, tornando-se uma premissa fundada, sobretudo, na inclusão e atuação do indivíduo no meio em que habita através da participação política, fomentando, portanto, a expressão da vontade dos indivíduos nela inseridos, dirimindo a sensação de redução a mero objeto, como fora explicitado na citação acima da obra de Sarlet⁸.

Corroborando o entendimento da “pré-história” dos direitos fundamentais, debruçamo-nos na exegese da seguinte passagem:

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).⁹

6 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – Seu nexos interno. apud Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª edição – São Paulo, 2017, p. 743

7 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 743

8 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 743

9 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 26

Posicionando-nos ainda na pré-história dos direitos fundamentais e diante de tais distinções conceituais, resta-nos saber o que se entendia como “democracia” na Grécia antiga. Recorrendo aos escritos de Benjamin Constant, em sua obra “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”¹⁰, percebemos que, *a priori*, a concepção democrática da Grécia se estruturava da seguinte forma:

Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido a independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. [...] Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. [...] Mesmo nas relações domésticas a autoridade intervinha. O jovem lacedemônio não pode livremente visitar sua jovem esposa. Em Roma, os censores vigiam até no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes e, como tudo dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem.¹¹

Entretanto, em que pese a restrição da participação política apenas ao cidadão ateniense da época, percebe-se a valorização da liberdade de expressão destes em relação as atividades da *polis* grega, visto que o debate público das questões relacionadas ao cotidiano grego e demais funções colacionadas a referida obra de Benjamin Constant, fomentam o entendimento de ser ali o germe da importância da liberdade de se manifestar, bem como da primeira estrutura democrática conhecida, além de caracterizar, também, uma aparente unidade entre os indivíduos detentores do status de cidadão.

Dada a vastidão do mundo grego antigo, considerando ainda a investigação completa da amplitude histórica de tal civilização não ser o foco do presente trabalho, visto que tal tema, já amplamente trabalhado no meio acadêmico, consolidaria obra de fôlego, passemos a análise do próximo indício de liberdade de expressão vislumbrada na história.

¹⁰ Citamos aqui o discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819, por Benjamin Constant - Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. – Trecho destacado de documento pertencente Universidade Federal de Minas Gerais)

¹¹ Constant, Benjamin. **Le Livre de Poche, Collection Pluriel**. Paris, 1980, p. 2 e 3

Seria indigno tratarmos de direitos fundamentais e não citarmos a *Magna Charta Libertatum*¹² de 1215, imposta ao tirano rei João Sem Terra pelos então barões da Inglaterra, representando a primeira tentativa de limitação de poderes observada na história das monarquias absolutistas, restringindo o exercício do poder absoluto na então Inglaterra feudal e, sobretudo, dando gênese aos primeiros passos do constitucionalismo.

Apesar de infrutífera a tentativa de limitação dos poderes monárquicos e de não garantir minimamente alguma fagulha da liberdade de expressão, a Magna Carta integrou e integra a história do constitucionalismo mundial e a legislação constitucional inglesa¹³ até os dias de hoje, assinalando importante marco na história mundial em relação às liberdades individuais.

Adiante, ainda na trajetória inglesa, temos a *Bill of Rights*¹⁴ de 1689, elaborada pelo Parlamento inglês como condição de posse do trono pelo Príncipe de Orange¹⁵, pondo fim, de vez, a monarquia absolutista e garantindo diversas liberdades ao povo da Inglaterra e, conseqüentemente, ao parlamento britânico.

Comenta acerca do tema o ínclito Ministro Barroso, destacando a previsão na Declaração de Direitos de “convocação regular do Parlamento, de cujo consentimento dependiam medidas como a criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército permanente em tempos de paz”¹⁶. Fruto direto da Revolução Gloriosa, a *Bill of*

12 Traduzida como “Grande Carta”, seu nome completo seria *Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês)*

13 Ressalva-se que, segundo pesquisas, apenas 3 artigos do texto original da Carta Magna foram mantidos na atual Constituição inglesa.

14 Traduzida como “Declaração de Direitos”

15 Príncipe William de Orange (traduzido como Guilherme de Orange), denominado pelo título real de William/Guilherme III&II, visto que detinha o poder do trono inglês e escocês

16 Barroso, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p.11

Rights é considerada, sobre o ponto de vista de Carl Schmidt¹⁷, como a primeira Constituição de que se tem notícia, visto que garantiu, não só ao baronato inglês da época da Magna Carta, mas a todos os cidadãos ingleses, liberdades individuais.

Em seus dispositivos, além de garantir uma espécie de representação governamental através do Parlamento inglês¹⁸, garantiu também os primeiros moldes de manifestação de vontade, através de peticionamento direto ao Rei, sem prejuízo de prisão ou acusação relacionado ao conteúdo da petição, conforme observamos no trecho a seguir:

[...] 5. Que constitui um direito dos súditos apresentarem petições ao Rei, sendo ilegais todas as prisões ou acusações por motivo de tais petições.¹⁹

Sobretudo, no art. 9º das exigências impostas e nas considerações finais do presente documento, garantiu-se a liberdade de expressão ao Parlamento inglês, na forma de seus debates e procedimentos, sem qualquer tipo de impedimento através de qualquer sorte de tribunal, bem como do não prejuízo do povo na forma que expõe o dispositivo a seguir:

9. Que a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento.

[...]

E reclamam, pedem e insistem que todas essas premissas constituem seus direitos e liberdades inquestionáveis; e que nenhuma declaração, julgamentos, atos ou

17 Posição defendida na obra *Teoría de La Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

18 E considerando que, tendo o dito falecido Rei Jaime II abdicado do governo e estando vago, portanto, o trono, sua Alteza o príncipe de Orange (que aprovou a Deus Todo-Poderoso ser o instrumento glorioso de libertação deste reino do papismo e do poder arbitrário) ordenou (a conselho dos lordes espirituais e temporais, e de diversas pessoas principais dos Comuns) que fossem escritas cartas aos lordes espirituais e temporais, que fossem protestantes; e outras cartas para vários condados, cidades, universidades, burgos, e aos cinco portos, para que escolhessem essas pessoas para representá-los, com direito a serem enviadas ao Parlamento, para reunirem-se e sentarem em Westminster no segundo e vigésimo dia de janeiro, neste ano de mil, seiscentos e sessenta e oito, a fim de que, com tal procedimento, suas religiões, leis e liberdades não estivessem ameaçadas de subversão; e com base em tais cartas, eleições foram devidamente realizadas. (Tradução livre realizada a partir de trecho da *Bill of Rights*)

19 *Bill of Rights* (Declaração de Direitos - tradução livre realizada a partir de trecho do documento original)

procedimentos, para prejuízo do povo em alguma das ditas premissas, devem ser, de alguma maneira, tomadas no futuro como precedente ou exemplo²⁰

Cem anos após a experiência constitucional de maior sucesso da história, no que concerne a efetiva promulgação de liberdades individuais aos particulares de uma nação, ocorreria o evento separador de águas da história mundial, delimitando o fim do Antigo Regime e trazendo a lume as inovadoras ideias iluministas e liberais do século XVIII: a Revolução Francesa.

De tal Revolução, nos interessa destacar a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, apresentada e sintetizada pela Assembléia Nacional (que depois passaria a posição de Assembléia Constituinte) composta pelos membros do Terceiro Estado do Antigo Regime²¹ e posteriormente incorporada pela Constituição francesa de 1791.

Diante da abrangência e importância de tal documento, cabe salientar que nos manteremos atinentes apenas as questões da liberdade de expressão, a fim de não invadirmos qualquer seara que não seja pertinente ao presente estudo. Portanto, destacamos o art. 2º e 11 da Declaração, bem como o preâmbulo de tal documento, senão vejamos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:
[...]

20 *Bill of Rights* (Declaração de Direitos – tradução livre realizada a partir de trecho do documento original)

21 Na típica estratificação social feudal, baseada em ordens ou estamentos, o terceiro estado era composto pelos camponeses (pequenos proprietários, arrendatários, assalariados rurais), a burguesia (banqueiros, comerciantes, profissionais liberais e proprietários) e trabalhadores urbanos, conhecidos como *sans culottes* (pequenos logistas, artesãos e assalariados em geral), (Barroso, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p.26)

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

[...]

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.²²

Interessante observarmos a obra de Canotilho²³ em relação a diferenciação por ele constatada no título da Declaração aqui estudada, ora “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, inferindo que tal coadunação de termos, presentes na denominação do documento, significaria uma amarra existente à época (presente em todas as sociedades da antiguidade).

Tal amarra diferenciaria o Estado da sociedade civil, tratando a figura do “homem” como o indivíduo em sua própria natureza e o “cidadão” como o indivíduo participante da sociedade em que vive, separando, portanto, os direitos individuais dos direitos políticos. Debruçando-se na referida doutrina, destacamos o seguinte:

Como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Daí que se procurasse distinguir entre direitos do homem e direitos do cidadão: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre status negativus e status activus (na terminologia de G. JELLINEK), entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binómio “homem – cidadão” assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica. Isto permitiu a célebre oposição entre “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”: se a liberdade dos antigos consistia, segundo Aristóteles, na participação activa nos negócios públicos, a liberdade dos modernos, na definição de BENJAMIN CONSTANT, teria como escopo “la sécurité des jouissances privées²⁴”. Esta oposição, arvorada em autêntica lei de desenvolvimento da história, dava cobertura política ao regime censitário, baseado, precisamente, na distinção entre l'homme citoyen²⁵ e o homem tout court^{26,27}.

22 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – tradução livre a partir do texto original)

23 CANOTILHO, J. J. G. — Direito Constitucional, 6ª ed., Coimbra, 1993.

24 A segurança dos prazeres privados

25 Homem cidadão

26 Homem simples

27 CANOTILHO, J. J. G. — Direito Constitucional, 6ª ed., Coimbra, 1993. p. 517

Isto é percebido, inclusive, no art. 11 de tal Declaração, delimitando a “livre comunicação das ideias e das opiniões” como um dos “mais preciosos direitos do homem”. Aqui, o termo “homem” estaria se referindo ao indivíduo em sua singularidade e, logo após, o mesmo dispositivo faz menção ao termo “cidadão”, conforme infere o ínclito professor português, tratando-se, portanto, de uma “separação entre *status negativus* e *status activus*”²⁸, já adentrando aqui na citada referência a Georg Jellinek, especificamente a sua “Teoria dos 4 Status”²⁹.

Conforme explicita o saudoso professor, tal distinção fomentava o regime do voto censitário, no qual “dividia-se a população, para fins eleitorais, em cidadãos ativos – os que pagavam impostos acima de um censo mínimo – e cidadãos passivos”³⁰, isto é, a igualdade era estabelecida a partir do pagamento ou não do imposto³¹, segmentando a sociedade em dois grandes blocos.

Faz-se interessante destacarmos esta peculiaridade no presente trabalho, visto que estamos investigando, no presente momento, o histórico e dinâmica de transformações da liberdade de expressão no decorrer do tempo. Percebe-se, portanto, que mesmo ocorrendo uma revolução liberal, estremecendo o modelo vigente do Antigo Regime e garantindo inúmeras liberdades aos cidadãos franceses do final do século XVIII, a liberdade política destes ainda era, de certa forma, limitada.

Destaca-se, também, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, datada de 1776, anterior à Declaração francesa retrocitada, destacando, em seu artigo XII, que “que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

28 CANOTILHO, Op. Cit., 1993, p. 517

29 Para melhor compreensão, ver Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017, p. 156, 157

30 Aquino, Rubim Santos Leão de. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. Rio de Janeiro, 2007, Editora Ao Livro Técnico. p. 212

31 AQUINO, Op. Cit., 2007, p. 212

Na lição de Sarlet, a Declaração de Direitos da Virgínia demarca a “primeira transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”³², verificando-se, assim, uma maior preocupação em relação a positivação das liberdades clássicas no ordenamento jurídico máximo da pátria em questão, isto é, ao que nos parece, o legislador constituinte teve o *animus* de resguardar e tornar eficaz, oponível à todos os cidadãos e não somente uma determinada fração da sociedade, tais garantias.

Por derradeiro, porém não menos importante, temos a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América seguidas, posteriormente, pela Constituição americana e a *Bill of Rights* Americana³³.

Destacamos as dez primeiras emendas à Constituição americana (*Bill of Rights*), sobretudo a Primeira Emenda, que garantia a inviolabilidade da liberdade de palavra e de imprensa, conforme destacado abaixo:

EMENDA I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Claramente, a Primeira Emenda positiva os direitos já concebidos em solo inglês, frutos da Revolução Gloriosa, bem como dos ideais iluministas disseminados ao longo da segunda metade do século XVIII.

Após tal contexto histórico internacional, cabe investigarmos a história constitucional brasileira, sob o prisma da liberdade de expressão e seu desenvolvimento em solo pátrio. A história constitucional no Brasil contou com 8 Constituições durante seus 180 anos de

³² Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p.; 17,5 x 25 cm

³³ A chamada Carta de Direitos Americana (*American Bill of Rights*) nada mais é do que a denominação das 10 primeiras emendas à Constituição americana, propostas por James Madison, inspiradas na *Bill of Rights* inglesa de 1689 e em obras iluministas daquele século, garantindo inúmeras liberdades ao cidadão estado-unidense, incluindo a liberdade de expressão, positivada na primeira emenda.

Independência, sendo elas: 1) a Carta Imperial de 1824, sob o império de Pedro I; 2) a Constituição de 1891, fruto da então proclamada República da Espada; 3) a Constituição de 1934, firmando o então governo provisório de Getúlio Vargas, influenciado ainda pela Constituição de Weimar de 1919 e pela Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1932; 4) a Carta Constitucional de 1937, vulgo “Polaca”; 5) a Constituição de 1946, no pós Segunda Guerra Mundial; 6) a Carta Constitucional de 1967, sob a vigência do governo do Golpe Militar de 1964; 7) a Carta de 1969, ainda sob o governo militar, outorgada pelo General Médici; 8) A Constituição “Cidadã” de 1988, vigente nos dias de hoje.

Na Carta Imperial de 1824, em seu art. 179, incisos IV e V, observamos os primeiros indícios de liberdade de expressão, senão vejamos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

Em que pese estar positivado o Poder Moderador no art. 10º da Constituição Imperial³⁴, concedendo ao Imperador o poder arbitral de fazer e desfazer os Ministros, garantindo que estes governassem em conformidade com sua vontade³⁵ entre outras prerrogativas, na primeira fase do Império, comandada por Dom Pedro I, havia forte repressão a imprensa em geral, conforme bem cita Tassila Toffoli Nunes, em sua tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo, senão vejamos:

A fim de tornar efetiva a aplicação da lei, saem decisões do ministério da Justiça, em 21 de Julho de 1825, nesse sentido. A primeira ordenava a impressores e administradores de tipografias da Corte que enviassem um exemplar de todos os periódicos que fossem publicados ao desembargador João José da veiga, então ‘promotor fiscal dos excesso da liberdade de imprensa’. A decisão seguinte, dirigida ao Conselheiro Juiz interino da Alfândega, mandava que também fosse a ele

34 Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

35 NABUCO, Joaquim. **Um estadista no Império**. 2ª edição, 1936 apud BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

remetida uma relação dos livros e outros impressos despachados, com os nomes dos seus importadores, para que pudesse verificar a existência de abusos nos impressos que se produzissem fora da Corte, e foi originada de reclamação do próprio Veiga, de que não tinha meios para conhecer o que se escrevia dora do Rio de Janeiro, não podendo, dessa forma, iniciar os processo contra os abusos. [...] a atividade jornalística da oposição ainda sofria perseguições do ministério, que tinha ao seu alcance a edição de medidas extralegais para a instauração de processo policiais e judiciais sumários.³⁶

Não obstante certa censura a imprensa na primeira metade do Império brasileiro, a Carta Imperial de 1824 era considerada, à época, como demasiadamente liberal, cabendo destacar aqui o direito ao voto que, por sua vez, era realizado de maneira censitária, concedendo-se tal direito, inclusive, a parcela analfabeta da população.

Ainda sobre a nomenclatura de República dos Estados Unidos do Brasil, fora “promulgada”, em 1891, através de uma espécie de golpe militar orquestrado, a segunda Constituição de nossa nação. Destaca bem na obra de BARROSO que “a República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular”³⁷, destacando aqui a manutenção da exclusão das minorias, inclusive, a exclusão do direito ao voto pelos analfabetos.

Além da clara exclusão de participação política de mais uma parcela da sociedade brasileira do final do século XIX e, apesar de ter-se mantido no art. 72, §12, posteriormente revogado pela EC de 3 de Setembro de 1926, a positivação da liberdade de expressão na forma da manifestação livre de pensamento, o Brasil da República Velha³⁸ era, sem esforço de observações, autoritário e preso às oligarquias (coronelado) da época.

Adiante, em 1934, após vitoriosa conquista do movimento militar do Tenentismo em 1930 e com a posterior derrocada do coronelado paulista da Primeira República, através da

36 NUNES, Tassia Toffoli. Liberdade de imprensa no Império brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 68, 69.

37 BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13

38 Também denominada Primeira República, foi o período compreendido entre a Proclamação da República (1889) e a Revolução de 1930, depondo o presidente Washington Luís

Revolução Constitucionalista de 1932, Getúlio Vargas convoca uma Assmbléia Constituinte que, por sua vez, promulga a Constituição de 1934, sendo empossado, futuramente, como presidente da República.

A nova Constituição garantia, por exemplo, direito ao voto, liberdade de associação e de expressão e pluralidade sindical, conforme observado nos art. 113, item 5 e 12 e art. 120, conforme se destaca abaixo:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Porém, como bem destaca Luís Roberto Barroso, vivia-se àquela época sob a bipolarização ideológica representada pela AIB (Ação Integralista Brasileira), de Plínio Salgado, de claro e indiscreto viés facista e a ANL (Aliança Nacional Libertadora), criada em 1935 e de ideologia antiimperialista e antifacista.

Posteriormente, a ANL, já radicalizada em sua ideologia e levada a clandestinidade, tentaria “de forma prematura, desarticulada e sem apoio popular seguro”³⁹, um levante armado a fim de tomar o poder, sendo conhecido como Intentona Comunista. Reforça Barroso que:

Remonta a esta época o nascimento de mais uma das patologias políticas nacionais: a “indústria do anticomunismo”, inexaurível pretexto para a supressão das liberdades públicas, que atingiu o seu apogeu na fase mais violenta do ciclo militar autoritário, iniciado em 1964.

A partir do movimento comunista de novembro de 1935, as instituições políticas de 1931 só conservariam “aparência de vida”⁴⁰. Logo em dezembro, foram introduzidas três emendas na Constituição (Decreto Legislativo nº 6, de 18.12.35), em reforço à autoridade do Poder Executivo, que, pouco após, declarou “Estado de Guerra”, prorrogado por um ano. Em sua curtíssima vigência, a Carta de 1934 conviveu com longo período de suspensão das garantias constitucionais.

Os ensaios de 1935 demonstravam o caos generalizado de medo e autoritarismo que já se instaurava em torno do fantasma do Comunismo e que, cada vez mais, se desenvolveria até

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 21

⁴⁰ FRANCO, ob. Cit., p. 89 apud BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.*, 2003, p. 21

culminar no Golpe Militar de 1964. Já se observava na Constituição ora em análise que as garantias constitucionais, sobretudo a liberdade de expressão, eram facilmente descartadas frente a necessidade de combate ao Comunismo, o que, em verdade, seria um cenário utilizado pelas elites como indulto a realização de suas tiranas vontades de ascensão ao poder.

Observa-se tal justificativa na já fartamente citada obra de Barroso, acerca da necessidade de “ruptura institucional” com a Constituição de 1934 que, em seu art. 52⁴¹, *caput*, impedia a reeleição do Presidente no “quadriênio imediatamente posterior”. Assevera ainda que:

o golpe pretendido alicerçou-se no pretexto mais óbvio e disponível: ‘o perigo comunista’, àquela altura inteiramente inexistente, pelo encarceramento dos membros da oposição mais conseqüente. Armado o cenário, a farsa foi encenada pela divulgação do falso *Plano Cohen* (corruptela de Bela Kuhn, antigo líder comunista húngaro), ficção que narrava detalhes de uma pretensa insurreição comunista. [...] Com o apoio dos comandants militares e sob a influência das forças ditatoriais que se alçaram ao poder no Velho Continente, Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, dissolve o Congresso com tropas de choque, faz uma proclamação à Nação e outorga a Carta de 1937, Inicia-se o Estado Novo. Melancolicamente, expira-se a fugaz vigência da Constituição de 1934.⁴²

A vulgarmente conhecida “Polaca”, fora a Constituição que sucedeu a Carta de 1934, inspirada na outorgada Constituição polonesa de 1935, através do Marechal Josef Pilsudski. Tal Carta, de caráter claramente autoritário/ditatorial, violentou as garantias preexistentes, deturpou as instituições já consolidadas e consolidou um regime quase que absolutista nas mãos de Getúlio Vargas.

Através da declaração do “estado de guerra”, por meio do Decreto nº 10.358 de 1942, revogou-se os art. 122, incisos 2º, 6º e 15º, tratando, respectivamente, da livre circulação dos cidadãos, inviolabilidade do domicílio e da livre manifestação de pensamento, conforme destaca-se abaixo:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

41 Art 52 - O período presidencial durará um quadriênio, não podendo o Presidente da República ser reeleito senão quatro anos depois de cessada a sua função, qualquer que tenha sido a duração desta.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 22

2º) todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

[...]

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei; (Suspensão pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

[...]

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto nº 10.358, de 1942)

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

Assinala-se ainda a total ineficácia da Constituição brasileira durante este período, “substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário, Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais”⁴³.

Adiante, após breve espasmo liberalista de Vargas por meio da Lei Constitucional nº 09 de 1945, ocorreu, no mesmo ano, sua deposição através de golpe “pacífico”, por assim dizer, das Forças Armadas, sob liderança do General Góis Monteiro, convocando-se uma Assmbléia

43 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 24

Constituinte para a sintetização da Carta Constitucional de 1946, vigente a partir do novo Presidente, General Eurico Gaspar Dutra⁴⁴.

Já era de se aguardar o fomento ao Direito Constitucional, sobretudo a fortificação dos direitos fundamentais em sede constitucional no período pós Segunda Guerra Mundial, por motivos óbvios. A Constituição de 1946 não fora uma exceção, tendo em vista seu Capítulo II, tratando dos “Direitos e Garantias individuais”, positivando-se inúmeros direitos no art. 141 e seus parágrafos (ao todo, foram 38 parágrafos), dos quais destacamos o §5º, senão vejamos:

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

Cita Barroso em sua obra que a Carta de 1946 baseou-se em “múltiplos pontos, na Constituição de 1934. Na verdade, à falta de um projeto preordenado, os trabalhos constituintes tomaram por base o texto de 1934”⁴⁵. Ainda no início de sua vigência, contou com a gerência do Presidente do STF à época, Ministro José Linhares, encarregado de dissolver os resquícios administrativos do Estado Novo, incluindo o Decreto do “Estado de Guerra”.

A característica liberal da Constituição de 1946, aliada a recém experiência ditatorial vivenciada no país, fomentou, à princípio, um quadro de revitalização constitucional no país, principalmente no que tange as garantias individuais. Porém, faz-se necessário levarmos em conta o recém germe da “caça às bruxas”, intensificado, sobretudo, por uma polarização global entre Capitalismo e Comunismo.

Diante desse quadro, fora requerida, em 1947, a cassação do registro do Partido Comunista que, à época, havia eleito 1 senador e 15 deputados federais. Este seria um dos primeiros indícios de intolerância ideológica (por conseguinte, restrição à livre manifestação de pensamento e ideologia) a eclodir no período de 1947-1964, culminando no Golpe Militar.

44 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 25

45 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 26

Em que pese a censura ideológica, assevera Barroso que “sob o prisma político, todavia, o período iniciado em 1946 e que resistiu a todas as turbulências até Abril de 1964, foi o único até então em nossa história que permitiu certa autenticidade no processo representativo”⁴⁶, afirmando o estranho paradoxo envolvendo a consolidação da representação através do voto e excluindo de cena, posteriormente, um partido político devido a sua ideologia ser visto como uma “ameaça”.

Evitando adentrar a não menos importante, mas conturbada seara política do período entre o governo de General Dutra até a deposição de João Goulart, a fim de tornar o presente estudo mais conciso, mais delimitado quanto ao tema “liberdade de expressão”, conseqüentemente, menos prolixo e exaustivo o presente subtítulo, passemos ao estudo da Constituição de 1967, sintetizada logo após o Golpe Militar de 1964.

Nos termos do art. 150, §8º, da Carta de 1967, ficou assegurado o direito à livre manifestação de pensamento, senão vejamos:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

Visa salientar que a Constituição de 1946 não fora, logo de início, revogada pelo movimento militar. Manteve-se a estrutura da Carta, outorgando o Ato Institucional nº 1, uma espécie de “normatividade paralela, supraconstitucional”, conforme infere BARROSO⁴⁷, positivando em seu art. 1º a manutenção daquela Constituição.

A gênese da Constituição de 1967 só ocorreria sob o governo do Marechal Humberto Castelo Branco, designado a ocupação da posição de Presidente, após deposição de Goulart. Através da Emenda Constitucional nº 9 de 1964, consolidou a sua manutenção no poder até

46 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 27

47 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 33

1967 e através do Decreto nº 58.198 de 1966, constituiu-se Comissão Especial para a sintetização da então mencionada Carta de 67.

Através do A.I. nº 4, convocou, extraordinariamente, o Congresso Nacional para votação do anteprojeto de Constituição, visando a manutenção de seu sucessor no poder através da promulgação da Carta Constitucional. Salienta, na lição de Barroso, que “a rigor técnico, foi Carta outorgada, ainda que pela via oblíqua da imposição do Executivo ao Legislativo, que, de resto, não havia sido investido de poder constituinte originário pela soberania popular”⁴⁸.

Crise entre o Governo e o Congresso levou ao pior de todos os Atos Institucionais: o A.I. nº 5 de 13 de Dezembro de 1968. Dada a magnitude histórica de tal aberração legislativa supraconstitucional, abrimos um breve parêntese para delimitação de algumas das limitações impostas, quais sejam:

competência do executivo para legislar quando do recesso do órgãos legislativos de qualquer dos três níveis de governo; possibilidade de intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na constituição; poder do Presidente da República de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos de todos os níveis; suspensão das garantias da magistratura; possibilidade de confisco de bens; suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos e outros; exclusão da apreciação judicial dos atos praticados com base no Ato Institucional que se editava, bem como de seus Atos Complementares.⁴⁹

Movendo o foco para o objeto do presente trabalho, temos que o A.I. nº 5 consolidou, de vez, a ditadura militar que já vinha se moldando ao longo dos anos. Neste cenário, a liberdade de expressão *latu sensu* já havia sido vastamente censurada através dos órgãos de repressão vinculados ao Serviço Nacional de Informações, o centro nervoso de todo aparato de censura e repressão do Regime Militar.

Destaca-se, ainda, que a “censura à imprensa, embora sem lastro legal, torna-se prática disseminada. A tortura aos adversários políticos, geralmente presos de forma ilegal, inicia o seu dramático ciclo.”⁵⁰

Através da Emenda nº 1 à Constituição de 1967, outorgada em 17 de Outubro de 1969, reformou-se a referida Carta, praticamente, em sua totalidade, transformando-a, materialmente, em uma nova Constituição.

48 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 36

49 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2003. p. 37

50 *Ibidem*. p. 37

A presente Carta, vigente do início do governo do General Garrastazu Médici até a promulgação da Constituição “Cidadã” de 1988, em seu art. 153, §8º (antigo art. 150), positivou a manifestação de pensamento, dentre outras liberdades, da seguinte forma:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

Novamente, apesar de positivados os direitos à liberdade de manifestação de pensamento, convicção política ou filosófica, dentre outros, “jamais se tornou efetivo o amplo elenco de direitos e garantias individuais, paralisados pela vigência indefinida do A.I. nº 5”⁵¹.

Ainda neste sentido:

A censura à imprensa e aos meios de comunicação generalizou-se, paralelamente a uma ampla campanha promocional das realizações governamentais. Formaram-se numerosos grupos paramilitares de violência política e tortura, responsáveis pela eliminação clandestina de adversários, fora das situações de confronto armado.⁵²

A “lenta e gradual” redemocratização do Brasil ocorreu na transição dos governos dos generais Ernesto Geisel e João Figueiredo, ocorrendo a primeira eleição (ainda indireta, infelizmente) de candidatos civis ocorre em 1985, assumindo, ao final do processo e do falecimento do Presidente então eleito, Tancredo Neves, seu Vice-Presidente, José Sarney. É, então, convocada uma nova Assembléia Constituinte, através da Emenda Constitucional nº 26 de 1985, com fins de formular uma nova Constituição.

Ainda vigente, a Constituição de 1988, popularmente conhecida como “Constituição Cidadã”, devido às inúmeras garantias nela inseridas, tendo em vista ainda o período de 25

51 *Ibidem*. p. 39

52 *Ibidem*. p. 39

anos sob o medo e violação das instituições democráticas, “marcou o ingresso do Brasil no rol de países democráticos”⁵³.

Logo em seu art. 5º, IV, V, VI, VIII, IX, temos assegurados os principais dispositivos relacionados à liberdade de expressão, senão vejamos:

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

[...]

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

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

Após, de maneira esparsa, ao longo da Constituição, temos dispositivos ligados a liberdade de expressão, por exemplo, os art. 206, II e art. 220, §1º e 2º, conforme observa-se a seguir:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

[...]

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

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

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

Salienta-se que tais artigos acima não exaurem o rol de dispositivos acerca da liberdade de expressão no corpo da Carta de 1988, contudo, representam notável referencial sobre o tema e sobre o *animus* do legislador constituinte ao editar o texto normativo de cada dispositivo.

53 *Ibidem*. p. 41

Conclui-se, pela breve análise histórica da liberdade de expressão positivada em sede constitucional que, mesmo tendo sido positivada de diversas formas pelo legislador constituinte, isto é, o mero estabelecimento de um dispositivo constitucional que garantisse tal liberdade não configuraria, de fato, a real e eficaz garantia de tal direito ao cidadão.

Visto que, em boa parte de nossa história constitucional, grande parte (ao todo, podemos dizer que apenas a Constituição de 1946 e a vigente de 1988 não foram outorgadas) de nossas Cartas Magnas foram outorgadas, frutos de regimes monárquicos, republicanos e ditatoriais autoritários, não se experimentou, em nossa “breve” vida de 180 anos como Estado independente, a real democracia e garantia de liberdades individuais em sua plena e total forma.

Ao final, deixa-se em aberto, por ora, a pergunta acerca do comportamento pelo qual a liberdade de expressão, sob os moldes da democracia instaurada pela Constituição de 1988, vigente até os dias de hoje, tomará e como o ordenamento jurídico pátrio se prestará a dirimir os percalços que, eventualmente, poderão ser suscitados por ela por força da livre manifestação popular em sentido amplo.

2. DAS DELIMITAÇÕES TERMINOLÓGICAS E DA FUNDAMENTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Quando abordamos a discussão em torno do tema “*liberdade de expressão*”, uma série de informações e ideias nos vem a mente. De fato, a expressão abarca muitas possibilidades, visto que seu íntimo abraça definições totalmente plurais, não divergentes, porém, que causariam certa confusão em decorrência de sua abrangência.

Frente a esse alcance do termo “*liberdade de expressão*”, torna-se indispensável ao início de qualquer trabalho científico a predeterminação terminológica das expressões que serão utilizadas, a fim de delimitar o verdadeiro sentido do termo, tornando-o mais específico e objetivo no decorrer do presente trabalho.

Interessante também delimitarmos o conflito/confusão existente acerca dos termos “*direitos fundamentais*”, “*garantias individuais*” e “*direitos humanos*”, o qual fora dirimido de maneira cirúrgica pelo ínclito mestre Ingo Wolfgang Sarlet, cuja obra será vastamente

utilizada ao longo deste trabalho, a fim de precisarmos a melhor terminologia, evitando possíveis prolixidades textuais ou confusões em relação a nomenclatura.

2.1. Do conceito terminológico da “*liberdade de expressão*” e da terminologia utilizada em nosso ordenamento jurídico

Na obra⁵⁴ do Procurador da República, Excelentíssimo Doutor Cláudio Chequer, apresentada como tese de doutorado no programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, delimita-se o conceito de liberdade de expressão da seguinte maneira: primeiramente, estabelece-se um conceito genérico e amplo, denominando-o de “*liberdade de expressão latu sensu*”, no qual estariam inseridos a “*liberdade de informação*” e a “*liberdade de expressão strictu sensu*”, conceituando-os logo após.

Segundo a obra, a liberdade de expressão strictu sensu abrangeria ideias, opiniões, pensamentos, juízos de valor, possuindo natureza abstrata e de cunho pessoal, sendo inerente ao indivíduo que formula e veícula tais ideias.

Observa-se que tal espécie da liberdade de expressão esta inerente a cada indivíduo de nossa sociedade, visto que, segundo sua própria razão e de acordo com experiências pessoais ao longo de sua vida, se vale de tal direito intrínseco a sua intimidade e comum a natureza do ser humano questionador, para moldar o meio onde vive, seja através de votos políticos, disseminação de ideias, ideologias etc.

Ao lado da liberdade de expressão *strictu sensu*, porém não devendo se confundir com ela, temos a liberdade de informação, também inserida no gênero liberdade de expressão em sentido amplo (*latu sensu*).

Fixa-se como critério *sine qua non* ao conteúdo da liberdade de informação a “*divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática.*”⁵⁵, configurando-se a verdade, portanto, como “*limite (interno ou*

54 Chequer, Cláudio **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 353 p.

55 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 12-13

*externo) apenas do direito fundamental à liberdade de informação, não produzindo o mesmo efeito no que diz respeito à liberdade de expressão em sentido estrito*⁵⁶.

Percebe-se aqui que a liberdade de expressão *strictu sensu* diferencia-se da liberdade de informação no que tange a veracidade das informações disseminadas, manifestadas etc. Na liberdade de informação, enquanto zeladora de informações norteadoras da opinião pública, consolidadora da posição de muitos integrantes de nossa sociedade, necessita que seja verdadeira em sua totalidade, a fim de não obstar a manutenção de nossa sociedade democrática.

O contrário ocorre na liberdade de expressão *strictu sensu*, enquanto mera emanção do posicionamento, não só político-ideológico, mas expressivo do ser humano em sua essência, de maneira abstrata e individual, não exige-se que faça prova da veracidade de seus dizeres ou pensamentos, conforme bem aduz o já citado Dr. Claudio Chequer, senão vejamos:

[...] ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamento, ideias, opiniões ou juízos de valor, não se presta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação. (STC 107/88 apud CLAUDIO CHEQUER, 2017, p. 13)

[...] em razão de seu amplo âmbito de atuação, capaz de compreender toda manifestação política, religiosa, artística, somente não deve converter-se em insultos ou qualquer outra forma de intromissão ilegítima na vida e assuntos alheios. (CHEQUER, 2017, p. 13)

Aduz, em seguida, o ilustre Procurador⁵⁷ acerca das diversas consolidações de tal diferença no que tange o Direito Comparado, baseando-se nas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol através da Sentença nº 107 de 8 de Junho de 1988 e nº 105 de 6 de Junho 1990, na sentença *Lingens* de 8 de julho de 1986, oriunda da *European Court of Human Rights* e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e, quanto a esta última, destacamos o seguinte trecho:

A liberdade de informação é, precisamente, o direito a informar-se. Por outra parte, este direito de liberdade é o pressuposto da formação da opinião que precede a expressão desta. Pois só a informação completa possibilita uma livre formação e expressão da opinião tanto para o indivíduo como para a sociedade. (Tribunal Constitucional da Alemanha – BverG, t.27, p. 71-81, do mesmo modo, t. 27, p. 104-108 apud. CHEQUER, 2017, p. 14)

56 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 13

57 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 13-15

Conclui-se de maneira clara a diferenciação entre a liberdade de expressão *strictu sensu*, ora veiculadora de opiniões que não necessariamente condizem com a verdade ou que necessitem apresentar prova de veracidade⁵⁸ e a liberdade de informação, na qual exige-se fidelidade com a veracidade dos fatos, sendo o este o critério fundamental de diferenciação, lembrando, ao final, que ambas estão inseridas no conceito de liberdade de expressão *latu sensu*.

Interessante salientar ainda o notório direito a liberdade de imprensa, positivado em nossa constituição no art. 5º, IX e art. 220, *caput* e §1º, todos da Constituição Federal, sobre o qual destacamos, preliminarmente, as seguintes ementas das decisões do Recurso Especial nº 1.191.875-SE (2009/0217335-0) e do Recurso em Representação nº RP 967-RN, respectivamente:

RECURSO ESPECIAL. 1) ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC AFASTADA; 2) DANO MORAL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. ININVOCABILIDADE DA LEI DE IMPRENSA, DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF; 3) PUBLICAÇÃO DE NOTA CRÍTICA AO FATO DE O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DEIXAR-SE FOTOGRAFAR AO LADO DO AUTOR, ENTÃO ENVOLVIDO, COM NOTORIEDADE NACIONAL, EM INVESTIGAÇÃO, EM QUE OCORRIDA PRISÃO, REALIZADA PELA POLÍCIA FEDERAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO E MERA NOTÍCIA CRÍTICA. AUSÊNCIA DE DISTORÇÃO DA VERDADE OU ÂNIMO DE OFENDER, NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO E À CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL; 4) RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AÇÃO POR DANO MORAL IMPROCEDENTE. [...] 3.- Direito de informação e notícia crítica, não configurando atividade moralmente ofensiva mas mera notícia jornalística, em nota de jornal que critica autoridade por deixar-se fotografar ao lado do autor, quando investigado, este, pela Polícia Federal, com prisão, noticiada pela Imprensa em geral, no cumprimento de mandado expedido por E. Ministra desta Corte, não tendo havido alegação de ânimo ofensivo na crítica por parte da imprensa, e faltando dolo específico, necessário à configuração (RECURSO ESPECIAL Nº 1.191.875 - SE (2009/0217335-0))

RECURSO EM REPRESENTAÇÃO - PROPAGANDA ELEITORAL - DIREITO DE RESPOSTA - MATÉRIA JORNALÍSTICA - DIVULGAÇÃO DE FATOS VERÍDICOS - AUSÊNCIA DE OFENSA À HONRA E À IMAGEM DO CANDIDATO - GARANTIA DA LIBERDADE DE IMPRENSA - IMPROVIMENTO.

Tratando-se de matéria jornalística que divulga, sem ofensa à honra ou à imagem, fatos que são verdadeiros, tendo esses, inclusive, sido ratificados pelo próprio candidato, não há que se falar em direito de resposta, na forma inculpada no artigo 58 da Lei nº 9.504/97. Conhecer o comportamento dos candidatos é direito da sociedade, tendo os órgão de comunicação, em função da liberdade de imprensa garantida na [Constituição Federal](#), art. 5º, IX, e artigo 220, § 2º, o dever de fornecer tais informações, observadas, contudo, as restrições existentes na própria [Carta Magna](#) e na Lei nº 9.504/97. Não provimento do Recurso. (RECURSO EM REPRESENTAÇÃO nº RP 967-RN)

58 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 13

A breve ementa dos julgados supratranscritos nos leva a concluir que a liberdade de imprensa está intimamente ligada aos dois subtipos da liberdade de expressão *latu sensu*, ousando dizer ainda, com base, sobretudo, na tese do Dr. Cláudio Chequer (2017) que tal liberdade seria uma coadunação da liberdade de expressão *strictu sensu* e da liberdade de informação, isto é, abrangeria aspectos da liberdade de informação no que concerne ao critério de fatos necessariamente verídicos, não configurando atividade moralmente ofensiva e, simultaneamente, veiculando a manifestação de ideias e pensamentos produzida pelo jornalista em questão.

Portanto, a liberdade de imprensa seria um subtipo da liberdade de expressão *latu sensu*, logo, estaria posicionada ao lado da liberdade de informação e liberdade de expressão *strictu sensu*, abrangendo características de ambas e totalmente voltada aos meios de comunicação em geral⁵⁹.

2.2. Da delimitação da terminologia adequada

Da mesma forma que se fez extremamente necessário conceituar e delimitar a liberdade de expressão, tal qual fora realizado no subtítulo anterior (2.1.), a delimitação da terminologia acerca dos direitos fundamentais também se faz importante, bem como a apresentação dos fundamentos pertinentes ao reconhecimento da liberdade de expressão enquanto garantia precípua de nosso ordenamento jurídico.

Além de encontrarmos em nossa Constituição Federal, através de uma busca minuciosa, inúmeros termos no que tange a problemática terminológica que engloba os direitos fundamentais e o termo mais apropriado, Ingo Wolfgang Sarlet bem expõe em sua obra⁶⁰ as seguintes expressões: “*direitos humanos*” ao observar o inciso II do art. 4º; “*direitos e garantias fundamentais*” ao observarmos a epígrafe do título II e art. 5º, §1º; “*direitos e liberdades constitucionais*” no art. 5º, LXXI e “*direitos e garantias individuais*” no art. 60, §4º, inciso IV.

59 CHEQUER, 2017, *Op. Cit.*, p. 17

60 Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p.; 17,5 x 25 cm

Não pretendemos aqui esgotar a presente questão da maneira que o supramencionado mestre realizou no capítulo inicial de sua obra, visto que adentraríamos um conflito evitável por ora, não desprezando, contudo, a importância do tema, uma vez que o presente subtítulo se dignou a sanar o conflito de ordem terminológica. Logo, uma breve análise com a posterior eleição da terminologia adequada a presente monografia cumprirá uma das finalidades deste subtítulo.

De maneira cirúrgica, o doutrinador inspeciona cada um dos termos apresentados em nossa Carta Magna, adiantando que optará pelo termo “*direitos/garantias fundamentais*”, tal qual exposto na já citada epígrafe do Título II, recorrendo ao direito positivo como um dos critérios ensejadores de sua escolha.

Tal nomenclatura, positivada em nossa Lei Maior, tem sua essência oriunda da Constituição portuguesa de 1976⁶¹ e na Lei Fundamental da Alemanha⁶², sendo clara a inspiração do legislador constituinte no momento de eleição de tal termo para ocupar a epígrafe do Título II de tal ordenamento⁶³.

Esclarece ainda a adequação terminológica do termo “*direitos fundamentais*” em detrimento de “*direitos humanos*”, visto que, não obstante as duas terem significados similares, a aplicação do primeiro termo se faz mais conveniente quando tratamos de normas positivadas no ordenamento jurídico constitucional de determinada nação, enquanto que o segundo se refere diretamente aos documentos, tratados em geral de direitos humanos em escala internacional⁶⁴.

Fundamenta sua colocação da seguinte maneira:

61 Ao longo da Constituição portuguesa de 1976, observa-se a presença do termo “*direitos e liberdades fundamentais*” inúmeras vezes repetidas, porém, percebe-se, principalmente e aqui destacamos: no preâmbulo constitucional; no art. 2º (ao tratar do Estado de Direito Democrático) e na alínea “b” do art. 9º (ao tratar das Tarefas Fundamentais do Estado)

62 “*Grundgesetz für Die Bundesrepublik Deutschland*” (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha) é a Constituição Alemã. O capítulo I da Carta Magna alemã regula os então denominados “*Die Grundrechte*” (Direitos Fundamentais)

63 SARLET, 2012, p. 28

64 SARLET, 2012, *Op. Cit.*, p. 29

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (J.J. GOMES CANOTILHO, p. 528; M. L. CABRAL PINTO; E. PEREIRA DE FARIAS apud SARLET, 2012, p.29)

Nos parece totalmente adequado seguirmos a linha de raciocínio de Ingo Sarlet no que tange a utilização do termo “*direitos fundamentais*” para abordarmos as normas de direito positivo constitucional, especificamente em relação a liberdade de expressão, ora objeto do presente de trabalho.

Dito isto, é notável e um tanto óbvio o reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental em qualquer sociedade civilizada, visto que funciona como um instrumento de manifestação da opinião individual ou em massa, conseqüentemente, realizando a manutenção de um Estado Democrático e plural.

Diferentemente de um estado ditatorial, a positivação constitucional da liberdade de expressão é a garantia máxima de expressão da vontade e posicionamento (seja político, ideológico ou religioso) à um indivíduo ou coletivo de nossa sociedade, acerca de uma questão em geral, sem que este ou estes sejam censurados por qualquer meio.

2.3. Conceituação e fundamentação da liberdade de expressão enquanto direito fundamental

A liberdade de expressão, constitucionalmente positivada no ordenamento jurídico de uma nação, é um dos pilares (quicá o maior dentre eles) de manutenção do Estado Democrático de Direito, concedendo voz e vez a fonte de poder do Estado, qual seja o povo propriamente dito.

Porém, quais motivos respaldam a sua positivação enquanto direito fundamental? Apesar de aparentar ser uma pergunta um tanto superficial, a análise dos motivos ensejadores da liberdade de expressão *latu sensu* como um direito fundamental fomentará, não só o entendimento de sua importância em um Estado Democrático de Direito, como também a sua relevância por si só, para além das barreiras do mundo jurídico.

Mais uma vez destacamos que não pretendemos exaurir o tema em questão, cabendo apenas pincelarmos os pontos nodais sobre, a fim de ampararmos a parte inicial desta monografia, pretendendo uma melhor análise do objeto futuramente.

Recorrendo novamente a obra⁶⁵ do ínclito Procurador da República, Dr. Cláudio Chequer, este bem aduz que os motivos ensejadores do enquadramento da liberdade de expressão *latu sensu* como direito fundamental em um ordenamento jurídico de uma determinada nação se divide, geralmente, em dois grandes blocos, quais sejam:

- A) Em uma primeira categoria, a liberdade de expressão *latu sensu* seria o instrumento (meio) pelo qual se alcançaria uma finalidade importante;
- B) Na segunda categoria, a liberdade de expressão *latu sensu* seria, meramente, importante por si só, isto é, sua grandeza se estenderia muito além das consequências possíveis de serem alcançadas através dela. (CLAUDIO CHEQUER, 2017, p. 17)

Após, apresenta em sua tese, 4 fundamentos motivadores da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, isto é, 4 principais razões defendidas entre os doutrinadores do tema que possibilitam vislumbrar a liberdade de expressão como uma garantia fundamental às sociedades democráticas, sendo elas:

- 1) A liberdade de expressão seria um direito fundamental assegurador de uma autossatisfação individual (*assuring individual selffulfillment*);
- 2) A liberdade de expressão seria o principal estimulador a descoberta da verdade e avanço do conhecimento (*advancing knowledge and discovering truth*);
- 3) A liberdade de expressão reforçaria a forma democrática;
- 4) Direito fundamental em razão de determinar a manutenção “*da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade*”⁶⁶

Brevemente, na primeira justificativa apresentada, Chequer nos apresenta a liberdade de expressão como um assegurador da autossatisfação individual⁶⁷, isto é, um meio pelo qual o indivíduo exterioriza suas vontades, opiniões e pensamentos íntimos, através do instrumento da

65 Chequer, Cláudio **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 353 p.

66 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 32.

manifestação como um meio de alcançar essa autossatisfação, ao passo que estimula o desenvolvimento do indivíduo ou de um coletivo acerca do meio e situações que os cercam.⁶⁸

Assevera o ínclito doutor da seguinte forma:

Disso decorre que todo homem – no desenvolvimento de sua personalidade – tem o direito de formar sua própria opinião, estabelecer suas crenças, cultivar seus pensamentos e ideias, tendo, por consequência, o direito de expressar esses direitos. [...] Portanto, a supressão de crença, opinião e expressão é na verdade, um afronto à dignidade humana, uma negação da essencial natureza do homem, valor esse que impõe que o homem seja colocado no centro de toda a ordem jurídica. O direito à liberdade de expressão deriva, ainda da noção básica ocidental da regra do indivíduo, em sua capacidade, como um membro da sociedade. O homem é um animal social provavelmente de boa vontade. Ele vive em companhia de outros indivíduos, junta-se com outros indivíduos na formação de uma cultura comum.⁶⁹

Apresenta-se, portanto, uma visão igualitária e inclusiva desse direito por meio desta teoria, visto que, baseando-se na premissa de que a igualdade é a regra entre os indivíduos, a manifestação de pensamento seria um instrumento em comum e, por conseguinte, a pluralidade de informações, provenientes de várias fontes, sendo estas verdadeiras ou não⁷⁰, promoveria o acesso ao conhecimento, estimulando o desenvolvimento íntimo do ser⁷¹.

Apresenta, ao final, uma breve conclusão acerca da teoria da autorrealização analisada, alegando que:

“a liberdade de expressão é instrumento para a autorrealização das pessoas. Se elas não tiverem amplo acesso a todas as ideias, não poderão imaginar a total extensão de possibilidades em suas vidas. Por outro lado, a restrição da expressão também

67 O autor ressaltou, por meio de nota em rodapé, a vastidão de defensores dessa teoria (*individual selffulfillment*), dentre os quais, destacamos: Ronald Dworkin; Robert C. Post; Martin Redish e C. Edwin Baker.

68 CHEQUER, 2017, *Op. Cit.*, p. 19.

69 Chequer, Cláudio **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19

70 Importa-se aqui apenas com a possibilidade de manifestação do pensamento/opinião do indivíduo em detrimento da veracidade dos fatos, visto que trata-se de mero juízo de valor individual, não sendo necessário, portanto, prova de veracidade, como já fora observado.

71 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 20.

confina a habilidade de escritores e artistas para expressar suas perspectivas, empobrecendo a cultura nacional.”⁷²

Adiante, quanto a segunda justificativa, o Procurador nos apresenta uma outra face da liberdade de expressão, um tanto parecida com a anterior, porém, agora ensejadora da descoberta da pura verdade e do avanço do conhecimento científico (*advancing knowledge and discovering truth*)

Basicamente, entende que a liberdade de expressão seria um bem social que, mesmo quando eivado de erros (naturais e comuns ao ser humano), se faz necessário ao funcionamento da sociedade, ao passo que promove, de maneira aberta e sem censura, todos os tipos de ideias entre seus participantes.

Cabe ressaltarmos aqui a importância de tal teoria em relação ao posicionamento da Suprema Corte Americana, consubstanciado na “*metáfora do ‘marketplace of ideas’*”⁷³, segundo a qual:

“apenas um debate aberto de ideias pode possibilitar a descoberta da verdade e, apesar de alguns pós-modernistas questionarem sobre a existência real de uma verdade na atualidade, no presente contexto, ‘[...] a verdade é concebida como algo relativo, que só pode ser avaliado pelo mercado contra o pano de fundo de um encontro livre e aberto entre diferentes opiniões.’”⁷⁴

Permite-se, portanto, a livre circulação de ideias sem que haja, em um primeiro momento, uma espécie de “filtro”, a fim de que tais manifestações, de cunho prejudicial ou benéfico, sejam debatidas, assimiladas e contra-argumentadas, almejando alcançar a descoberta da pura verdade, promovendo a progressão da sociedade no que tange a mudança de perspectiva sobre novos assuntos e velhos dogmas, ressaltando a dinamicidade das questões sociais.

72 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 20.

73 Abordaremos a presente metáfora de maneira mais detalhada ao longo do presente trabalho, tendo em vista a sua importância no que tange o diálogo acerca do tema “*liberdade de expressão*”

74 FARBER, Daniel A. **The first Amendment**. 2nd ed. New York, p. 4, MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra, p. 287 apud CHEQUER, 2017, p. 22

Entende-se que o indivíduo deve ser exposto a todos os tipos de argumento em sua trilha pela busca do conhecimento em sua mais pura essência, não importando (em tese) os aspectos desses argumentos/ideias, isto é, a validade de qualquer que seja o argumento defendendo ou criticando determinado objeto ou ideia deverá ser debatida e posta à prova contra toda sorte de argumentos, sob pena de manter-se a verdade na sombra ou até mesmo não delimitada das falasas premissas que rondam determinado tema⁷⁵.

Visto que não pretendemos exaurir o tema do “*marketplace of ideas*” no presente momento, reservando parte apropriada desta monografia para tal, ressaltando ainda a sua complexidade e necessidade de apenas fundamentarmos a liberdade de expressão como direito fundamental neste subtítulo, passemos agora a penúltima justificativa.

A liberdade de expressão, segundo alguns autores, também é encarada como um direito fundamental em razão de sua representação como forma de garantir a democracia, sendo instrumentalmente usada para o amplo debate, isto é, “*a liberdade de expressão é concebida como uma consequência do sistema democrático de tomada de decisões uma vez que contribui para a formação da opinião pública acerca de debates públicos*”⁷⁶

Neste sentido, relembremos a premissa abordada anteriormente acerca da fundamentalidade da liberdade de expressão como instrumento à manutenção de um Estado Democrático de Direito, isto é, a liberdade de expressão se apresentaria como peça indispensável ao estado democrático, visto que garante não só o amplo debate, mas ainda a capacidade de manifestação de vontade de seus integrantes.

Observa-se, então, que a liberdade de expressão seria, salvo melhor juízo, o germe do Estado Democrático, sendo semente da qual se desdobraria, por exemplo, a capacidade do indivíduo de opinar, através do voto, sobre determinada questão social. Nesta linha de raciocínio, corrobora Marinoni, Mitidiero e Sarlet da seguinte forma:

É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno. Assim como a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra um dos seus principais fundamentos (e objetivos) na dignidade da pessoa humana, naquilo que diz respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ela também guarda relação,

75 EMERSON, THOMAS I., v. 143, p. 50 apud CHEQUER, 2017, p. 22

76 CHEQUER, 2017 *Op. Cit.*, p. 29.

numa dimensão social e política, com as condições e a garantia da democracia e do pluralismo político, assegurando uma espécie de livre mercado das ideias, assumindo, neste sentido, a qualidade de um direito político e revelando ter também uma dimensão nitidamente transindividual, já que a liberdade de expressão e os seus respectivos limites operam essencialmente na esfera das relações de comunicação e da vida social. [...] a relação entre democracia e liberdade de expressão é de um recíproco condicionamento e assume um caráter complementar, dialético e dinâmico, de modo que, embora mais democracia possa muitas vezes significar mais liberdade de expressão e vice-versa (mais liberdade de expressão indica mais democracia), também é correto que a liberdade de expressão pode acarretar riscos para a democracia e esta para a liberdade de expressão.⁷⁷

Pressupõe-se, portanto, que a liberdade de expressão, enquanto instrumentalmente usufruída pelo Estado Democrático de Direito, funcionaria, em verdade, como uma condição intimamente originada no próprio Estado, ou seja, seria condição *sine qua non* de um estado democrático de direito (Estado Constitucional), tendo em vista sua configuração, explanada pela melhor doutrina:

Cuida-se, portanto, de um Estado onde o poder (seja na sua origem, seja quanto ao seu modo de exercício) deve ser legitimamente adquirido e exercido, legitimação que deve poder ser reconduzida a uma justificação e fundamentação democrática do poder e a um exercício democrático das diversas formas de sua manifestação e exercício.⁷⁸

Finalmente, na forma do último argumento das quatro justificativas aqui referenciadas, temos a liberdade de expressão como direito fundamental em decorrência de sua capacidade intrínseca de estabilização governamental, isto é, a positivação da liberdade de expressão na Carta Magna de um Estado proporciona, não somente a fortificação desse Estado, como também proporciona a manutenção do governo, visto que estará “menos sujeito a convulsões sociais do que um estado autoritário, que impõe seu poder com base na repressão, no ressentimento e no medo”⁷⁹

Debruçando-se na justificativa acima, semelhante ao penúltimo argumento aqui apresentado, conclui-se que uma das consequências da instrumentalidade da liberdade de expressão, enquanto garantidora da democracia, seria justamente a fortificação do Estado no qual esta fora positivada.

77 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017.

78 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 292

79 MACHADO, J., p.282 apud CHEQUER, 2017, p. 33

Em outras palavras, ao traçarmos um paralelo entre estes dois argumentos, verificamos que ambos se confundem quanto ao seu objetivo final, isto é, a fortificação do Estado ao passo que abre o diálogo nas questões de interesse da sociedade, chamando os seus particulares a se manifestarem, como também permitindo que estes realizem isso.

Corroborando tal entendimento e reafirmando a importância da liberdade de expressão em uma sociedade democrática, destacamos a já citada obra dos professores Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Ingo Sarlet, os quais versaram da seguinte forma:

Ainda no que diz com a sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão, para além de um direito individual (na condição de direito subjetivo), representa, como já frisado, um valor central para um Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade humana, na qual, como já visto, encontra um dos seus principais fundamentos (senão o seu principal fundamento). Assim, em função de tal circunstância, cuida-se de um valor da comunidade política como um todo, e nesta perspectiva a liberdade de expressão adquire uma dimensão transindividual, como, de resto, já se verificou, ocorre em termos gerais com os direitos fundamentais na sua perspectiva objetiva.⁸⁰

Adiante, ainda nesse sentido, destacamos dois trechos da obra de Claudio Chequer pelos quais ressaltam a importância da liberdade de expressão como ferramenta à manutenção do governo, do amplo debate de ideias e do Estado Democrático como um todo, senão vejamos:

Primeiro, pessoas tendem a confiar muito mais num governo que está disposto a ouvir e a considerar amplamente a extensão dos argumentos. Se as pessoas enxergarem o governo como irracional, arbitrário ou fechado, certamente elas acreditarão que esses governos em geral e seus líderes em particular não são dignos de confiança. [...] Segundo, se os indivíduos têm oportunidade para fazer objeções à política governamental, tendo liberdade para estabelecer suas posições e para persuadir outras pessoas a adotá-las, depois que o processo se tornar lei, esses indivíduos, provavelmente, em razão de sua participação no processo político, estarão mais inclinados a obedecer a essas leis, ainda que elas sejam contrárias às suas perspectivas.⁸¹

Em síntese às justificativas aqui apresentadas no que concerne a positivação constitucional da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, pode-se dizer que os 4

80 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 538, 539

81 SCHAUER, Federick. **The First Amendment: A Reader**, 2nd edition, West Publishing Co., 2004, p. 1 apud CHEQUER, 2017, p. 33

argumentos teóricos coadunam-se de maneira a fomentar ainda mais o papel da liberdade de expressão como pilar no qual se debruça o Estado Democrático.

Ora, se há uma pluralidade de justificativas que reforçam a importância de algo em determinada situação, lugar etc., presume-se, através da lógica, que tal quantidade de justificativas seria diretamente proporcional a importância deste objeto.

Logo, a pluralidade de argumentos beneficia o diálogo sobre a importância e o “por quê” da liberdade de expressão como direito fundamental, fomentando ainda mais a positivação da liberdade de expressão no ordenamento constitucional pátrio.

Ainda neste diapasão, traçando um breve paralelo com o Direito comparado norte-americano, no que tange as decisões do ilustre *Justice* Louis D. Brandeis⁸² (o qual iremos recorrer a seus escritos mais vezes ao longo deste trabalho) do início do século XX, especificamente no caso *Whitney v. California*⁸³, destacamos o seguinte:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that, without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. [...] Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears. To justify suppression of free speech, there must be reasonable ground to fear that serious evil will result if free speech is practiced. There must be reasonable ground to believe that the danger apprehended is imminent. There must be reasonable ground to believe that the evil to be prevented is a serious one.⁸⁴

82 Louis Dembitz Brandeis (1856-1941) foi um *Associate Justice* da Suprema Corte Americana. Suas decisões acerca do tema “liberdade de expressão” do início do século XX foram fundamentais à jurisprudência e desenvolvimento de tal conceito, viabilizando uma nova perspectiva e abordagem em torno do tema.

83 274 US 357 (1927)

84 Aqueles que conquistaram nossa independência, acreditavam que a finalidade última do Estado seria de tornar os homens livres a fim de desenvolverem suas faculdades, e por isso, neste governo, as forças deliberativas dever prevalecer sobre as arbitrárias. Eles valorizavam a liberdade como um fim e como um meio.

É interessante observarmos as semelhanças na presente decisão acerca do tema da liberdade de expressão debatido na seara do direito americano, bem como em outras decisões em torno da *First Amendment*⁸⁵, comparados aos argumentos aqui apresentados acerca da positivação da liberdade de expressão como direito fundamental.

Tais semelhanças, além de corroborarem com os argumentos aqui apresentados, demonstram a existência, já àquela época, de uma sensibilidade, por assim dizer, em torno do tema, visando a proteção da liberdade de expressão, enaltecendo o papel fundamental desta como forma “indispensável a descoberta e disseminação da verdade política”⁸⁶ e, sobretudo, reafirmando a necessidade de se configurar como um princípio fundamental do governo⁸⁷.

Destacamos também o caso *Abram vs. United States*⁸⁸, no qual o voto divergente do *Justice Wendell Holmes Jr.* (acompanhado por Louis Brandeis em sua integralidade)

Eles acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e a coragem de ser o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como você quiser e de falar como você pensa são meios indispensáveis para a descoberta e disseminação da verdade política; que, sem liberdade de expressão e reunião, a discussão seria fútil; que, com eles, a discussão oferece proteção ordinariamente adequada contra a disseminação da doutrina nociva; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político e que este deveria ser um princípio fundamental do governo americano. [...] O medo de ferimentos graves não pode justificar a supressão da liberdade de expressão e de reunião. Homens temiam bruxas e queimaram mulheres. É a função da fala libertar os homens da escravidão dos medos irracionais. Para justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver terreno razoável para temer que o mal grave resulte se for praticada a liberdade de expressão. Deve haver um fundamento razoável para acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver um fundamento razoável para acreditar que o mal a ser prevenido é sério (*Whitney v. California* 274 US 357 -1927)

85 O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. (Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América)

86 *Whitney v. California* 274 US 357 (1927)

87 “that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government” - *Whitney v. California* 274 US 357 (1927)

88 250 U.S. 616

ensejaria, no futuro, o germe da metáfora do “*marketplace of ideas*”, já abordado anteriormente nesta monografia.

No citado precedente, a Suprema Corte Americana condenou 5 imigrantes russos (dentre eles, Jacob Abrams, líder da manifestação) pela sintetização e distribuição de dois modelos de panfletos, nos quais condenava-se a intervenção dos EUA na guerra civil russa (durante a fase da Revolução Russa de 1917). Os panfletos chamavam os trabalhadores americanos a iniciarem uma greve geral, além da cogitação de “pegarem em armas”, caso os Estados Unidos interferissem na Rússia.

But, as against dangers peculiar to war, as against others, the principle of the right to free speech is always the same. It is only the present danger of immediate evil or an intent to bring it about that warrants Congress in setting a limit to the expression of opinion where private rights are not concerned. Congress certainly cannot forbid all effort to change the mind of the country. Now nobody can suppose that the surreptitious publishing of a silly leaflet by an unknown man, without more, would present any immediate danger that its opinions would hinder the success of the government arms or have any appreciable tendency to do so.⁸⁹

Cabe ressaltar, a título de curiosidade neste momento, a teoria do “perigo/risco claro e presente”, sintetizado a partir das decisões da Suprema Corte e que foi se moldando ao longo do desenvolvimento do tema, como forma de se delimitar a livre expressão do discurso prejudicial a sociedade, passivo de intervenção.

A citada teoria, adotada pela Suprema Corte Americana e sintetizada pelo já mencionado *Justice* Oliver Wendell Holmes, teve sua germinação ocorrida no caso *Schenck vs. United States*⁹⁰, no qual Holmes apresentou, em sua decisão, a expressão “*clear and present danger*”, referindo-se a um possível perigo claro e presente gerado através da natureza

89 Mas, contra os perigos peculiares da guerra, assim como contra os outros, o princípio do direito à liberdade de expressão é sempre o mesmo. É apenas o presente perigo do mal imediato ou a intenção de levá-lo a cabo que justifica o Congresso a estabelecer um limite para a expressão da opinião em que os direitos privados não estão envolvidos. O Congresso, certamente, não pode proibir todos os esforços para mudar a mentalidade do país. Agora ninguém pode supor que a publicação sub-reptícia de um folheto bobo por um homem desconhecido, sem mais, apresentaria qualquer perigo imediato de que suas opiniões impedissem o sucesso das armas do governo ou tivessem qualquer tendência apreciável para fazê-lo. (*Abrams vs. United States - 250 U.S. 616*)

90 249 U.S. 47 (Fora decidido em 3 de Março de 1919)

e da circunstância na qual as palavras utilizadas foram empregadas, ou seja, o sentimento ou incitação causada por tais palavras em determinada manifestação.

Em outras palavras, a teoria do “perigo claro e presente” seria uma espécie de teste padrão em casos que poderiam vir a ferir a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, por meio de lei americana que limita-se os direitos relativos a livre expressão.

Neste sentido, portanto, ocorreria uma espécie de controle de constitucionalidade em relação a lei objeto, visando considerá-la constitucionalmente válida nos casos em que proibisse, de fato, linguagem nociva, ensejadora de “perigo claro e presente”. Daí, destarte, a maneira pela qual se empregava a metáfora na análise do caso, observando, ao final, a fundamentação lógica dada pelo *Justice* americano, senão vejamos:

We admit that, in many places and in ordinary times, the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. [...] The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.⁹¹

Retomando os fatos do caso *Abrams vs. United States*, tratou-se, claramente, de um apoio a Revolução Russa de 1917, na qual a monarquia czarista fora deposta e assassinada, passando o poder às mãos do partido bolchevique. Curioso observarmos que o voto divergente⁹² de Holmes, diante de todo contexto político da época, consolidou um

91 Admitimos que, em muitos lugares e em tempos comuns, os réus, ao dizerem tudo o que foi dito na circular, estariam dentro de seus direitos constitucionais. Mas o caráter de cada ato depende das circunstâncias em que é feito. [...] A proteção mais rigorosa da liberdade de expressão não protegeria um homem em gritar falsamente "fogo!" em um teatro e causando um pânico. Nem sequer protege um homem de uma injunção contra proferir palavras que possam ter todo o efeito da força. [...] A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de natureza a criar um perigo claro e presente de que elas trarão os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau. (*Schenck vs. United States* - 249 U.S. 47)

posicionamento que proporcionaria os alicerces da metáfora do “*marketplace of ideas*”, tendo sido citada, inclusive, expressão parecida nas razões do voto:

Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent [...] But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment.⁹³

Retomaremos a metáfora do “*marketplace of ideas*” quando abordarmos as decisões proferidas por nosso Supremo Tribunal Federal frente ao caso concreto objeto deste trabalho que aqui será analisado, estabelecendo um paralelo entre o modelo americano e o modelo brasileiro.

Nesta fase de afirmação e justificação da liberdade de expressão como direito fundamental, faz-se interessante observarmos o viés da doutrina americana em relação a tal direito, bem como as justificativas enaltecidas de sua indispensabilidade, sobretudo, a

92 No caso concreto, o voto de Holmes, seguido por Brandeis, fora divergente da maioria que optou pela condenação dos imigrantes russos, visto o desrespeito ao *Espionage Act*, uma vez que incitaram a paralisação de suprimentos necessários à guerra travada à época contra a Alemanha. Holmes, no caso, divergiu (conforme já exposto), asseverando que os “atos tolos” de um “homem desconhecido” não ocasionariam em qualquer tipo de risco ou dano à nação

93 A perseguição pela expressão de opiniões parece-me perfeitamente lógica. Se você não tem dúvidas sobre suas premissas ou seu poder, e quer um certo resultado com todo o seu coração, você naturalmente expressa seus desejos na lei, e varre toda a oposição. Permitir a oposição pelo discurso parece indicar que você acha que o discurso é impotente [...] Mas quando os homens perceberam que o tempo incomodou muitas crenças de combate, eles podem acreditar ainda mais do que acreditam nos próprios alicerces de sua própria conduta que o último O bem desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de idéias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de ser aceito na competição do mercado, e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser levados com segurança. Isso, de qualquer forma, é a teoria da nossa Constituição. É uma experiência, como toda a vida é uma experiência. (Abrams vs. United States - 250 U.S. 616)

asserção da instrumentalidade da liberdade de expressão como meio de alcançar um determinado fim, assim como a sua importância em si própria.

Ainda neste sentido, corroborando a indispensabilidade da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, trazemos a lume o importantíssimo *Caso Lüth (Lüth-Urteil)*⁹⁴ da doutrina alemã, analisado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no qual investigou-se a colisão do direito à liberdade de expressão contra outros interesses hierarquicamente iguais, dignos da mesma proteção constitucional, utilizando-se da então desenvolvida ideia de “ponderação de bens”, como método para dirimir o presente conflito.

Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die 25 Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, daß der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat.⁹⁵

Na supracitada passagem, compreendeu-se que os direitos fundamentais são, sem dúvida, a principal defesa da esfera de liberdade individual frente à possíveis invasões do poder público. Por conseguinte, caminhando junto a tal premissa, presume-se que a liberdade de expressão, visto que inserida no bojo dos direitos fundamentais, propicia, não somente a já referida estabilidade e manutenção do Estado Democrático, como também salvaguarda os seus particulares na usufruição de tal direito.

94 BVerfGE 7, 198-230

95 Não há dúvida de que o principal objetivo dos direitos básicos é proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra a invasão do poder público: eles são o baluarte do cidadão contra o Estado. Isto emerge tanto do seu desenvolvimento como uma questão de história intelectual e da sua adoção nas constituições dos vários estados como uma questão de história política: é verdade também dos direitos básicos na Lei Básica, que enfatiza a prioridade da dignidade humana contra o poder do Estado colocando a seção sobre os direitos básicos à sua frente e estabelecendo que a queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), o dispositivo legal especial para reivindicar esses direitos, reside apenas em relação aos atos do poder público. (BVerfGE 7, 198 e 204-205 - tradução aproximada)

Seguindo o raciocínio acima, nos trâmites finais de corroboração da indispensabilidade da positivação constitucional da liberdade de expressão como direito fundamental, traçando um paralelo entre a decisão do Tribunal Constitucional Alemão e a doutrina de Ingo Sarlet, percebe-se que o julgado corrobora o entendimento acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da liberdade de expressão, reafirmando a sua “eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os órgãos judiciários e executivos⁹⁶, enquanto constituidores de “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição”⁹⁷, não sendo apenas “garantias negativas de interesses individuais”⁹⁸.

Portanto, conclui-se que, a pluralidade de justificativas aqui expostas, bem como a comparação às mais relevantes decisões do direito americano e alemão, no que concerne a liberdade de expressão e sua afirmação enquanto direito fundamental, assim como da prejudicialidade de possíveis censuras ou limitações a esse direito, respalda a asserção clara da posição da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, ratificando, ainda, a dimensão objetiva de tal direito fundamental.

2.4. Da classificação e natureza jurídica da liberdade de expressão

Firmada as razões da positivação constitucional da liberdade de expressão *latu sensu* enquanto direito fundamental no subtítulo anterior, bem como da breve introdução de seu contexto histórico e delimitação terminológica adequada, apresentadas ao início desta monografia, passemos agora a análise da natureza jurídica e classificação da liberdade de expressão, segundo a melhor doutrina jurídica brasileira.

96 Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 143

97 SARLET, 2012, p. 143

98 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 143

Primeiramente, faz-se necessário adentrarmos certos conceitos e delimitações, a fim de posicionarmos a liberdade de expressão em seu devido lugar. Passaremos brevemente, em um primeiro momento, pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que ensejaram a sua positivação constitucional.

Após, adentraremos a seara das dimensões (gerações) dos direitos fundamentais, classificando a liberdade de expressão segundo tal teoria e, em seguida, explanaremos, de maneira um pouco mais sucinta, a “Teoria dos 4 Status” de Georg Jellinek.

Por último, classificaremos a liberdade de expressão, segundo disposto por Ingo Sarlet, em sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional”, já referenciado neste trabalho, baseando-se em sua natureza jurídica.

Em que pese não se tratar de um tratado propriamente dito, a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas teve importância ímpar na questão do fortalecimento dos Direitos Humanos no pós-Segunda Guerra, ensejando a criação de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

No artigo 19 da Declaração, como bem salienta Ingo Sarlet em sua obra conjunta a Mitidiero e Marinoni, “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”⁹⁹.

Adiante, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), incorporado ao direito interno em 1992, em seu art. 19, item 1 e 2, destacamos, respectivamente, que “ninguém poderá ser molestado por suas opiniões” e:

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza,

99 Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas apud Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 533

independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.¹⁰⁰

No artigo 13, “Liberdade de pensamento e de expressão”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), temos que:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.¹⁰¹

Importante ressaltarmos aqui a importância dos art. 4º e 5º, §2º, todos de nossa Constituição Federal, reafirmando o compromisso desta e, conseqüentemente, de todo ordenamento jurídico pátrio em relação aos tratados internacionais de direitos humanos.

A despeito do positivado no §3º do art. 5º de nossa Constituição, inserido através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, insta salientarmos que não pretende-se adentrar a seara do debate acerca do modo de incorporação dos tratados internacionais, bem como dos seus valores jurídicos, porém, cabe ressaltarmos apenas o compromisso afirmado pelo Brasil na ratificação de tais tratados e a já pré-disposição de direitos e liberdades individuais ao longo

100 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos apud Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 533

101 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

da Carta de 1988 que, como bem assevera Luiz Guilherme Marinoni, acompanhou a evolução dos Direitos Humanos de acordo com sua progressividade no cenário internacional¹⁰².

Estabelecido o contexto da liberdade de expressão nos relevantes tratados internacionais de Direitos Humanos, passemos a análise da liberdade de expressão segundo a teoria das dimensões (gerações) dos direitos fundamentais. De antemão, destaca-se que, segundo a doutrina, os termos “gerações” e “dimensões” possuem a mesma ideia e abrangência jurídica, não havendo quanto ao primeiro (gerações), de maneira alguma, qualquer tipo de ideia de subordinação ou de superação em relação as possíveis “gerações anteriores” de direitos fundamentais¹⁰³.

Dito isto, seguindo a linha de raciocínio de Sarlet, opta-se pela utilização do termo “dimensões”, inclusive por acreditar pessoalmente que a palavra exprime uma sensação de complementariedade no tempo, isto é, as dimensões se complementariam quando vistas por uma perspectiva geral, porém nunca se substituindo.

A Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais, segundo entendimento majoritário, entende pela existência de 3 dimensões de direitos fundamentais, dimensões estas que afirmam a unidade e complementariedade no contexto do direito consitucional interno¹⁰⁴, ou seja, os direitos fundamentais, ao longo dos tempos e conforme a necessidade de sistematizar um grupamento de direitos de mesma natureza, por assim chamemos, são divididos em dimensões.

Mais uma vez, não pretendemos exaurir todo o tema em torno das dimensões e suas razões, visto que o presente subtítulo presta-se apenas a classificação da liberdade de

102 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Op. Cit.*, 2017, p. 533

103 Evidencia Sarlet, em sua obra, que esta é uma discussão recorrente na doutrina nacional e internacional. Há autores que evitam o uso da palavra “gerações”, tendo em vista que o termo exprime uma sensação de “superação”, ensejando a falsa impressão de substituição. Porém, infere, ao final, que tal sensação é apenas interpretativa e que ambos os termos estão corretos, podendo-se utilizar os dois.

104 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 46

expressão quanto aos critérios expostos na doutrina, a fim de compreendermos seu comportamento e dinamicidade em relação ao ordenamento jurídico pátrio. Portanto, nos conservaremos a uma breve conceituação das 3 primeiras gerações.

Na primeira dimensão de direitos fundamentais, encontramos os direitos civis e políticos, direitos estes de cunho negativo (segundo a Teoria dos 4 Status de Jellinek que passaremos, em breve, a explicar), isto é, “são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”¹⁰⁵.

O produto intelectual liberal do século XVII e XVIII deu origem aos já citados (na introdução histórica desta monografia) documentos internacionais, basilares ao nascimento, não somente da liberdade de expressão, mas dos direitos fundamentais como um todo e, devido a tal ideologia, como germe de seu crescimento, seria natural de se esperar que estes afirmariam-se “como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa”¹⁰⁶.

Incluem-se no rol desses direitos de primeira dimensão, principalmente, todas aquelas garantias de inspiração jusnaturalista, citando “direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”¹⁰⁷, sendo complementadas, posteriormente, pelas “assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como direito de voto e a capacidade eleitoral passiva”¹⁰⁸.

Logo na primeira dimensão, conforme explicitado, verificamos a liberdade de expressão contida, porém, a fim de excluir qualquer possibilidade de erro, passemos a análise das outras duas dimensões restantes, quais sejam: a segunda dimensão (coadunando os direitos

105 Idem

106 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 47

107 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 47

108 Idem

econômicos, sociais e culturais) e a terceira dimensão (direitos relativos a solidariedade e fraternidade)

Nos direitos de segunda dimensão, há uma íntima ligação ao *status positivo* da Teoria de Jellinek, visando a participação da sociedade, especificamente do indivíduo nas atividades do bem-estar social. Explica Sarlet que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. [...] Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.¹⁰⁹

Diretamente ligado ao *status positivo*, caracterizador desta dimensão, temos reunidos os direitos de prestação social estatal, “como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”¹¹⁰.

Uma característica que aproxima, tanto os direitos de primeira dimensão, como os de segunda dimensão é em relação a titularidade destes direitos envolvidos, isto é, os direitos sociais se reportam à pessoa individual, não se tratando de direitos coletivos.

Por último, os direitos de terceira dimensão coadunam direitos responsáveis pela proteção do coletivo humano, isto é, possuem um viés coletivo e não individualista quanto a sua titularidade. Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão, podemos destacar: “o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente”, dentre outros direitos.

A respeito dessa finalidade à coletividade, frisa Sarlet, em sua obra, que:

a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao

109 Idem

110 Idem

próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.¹¹¹

Sem adentrar qualquer esfera de confronto doutrinário no presente tema e salientando que existe entendimento doutrinário no sentido de existirem direitos de quarta e quinta dimensão, visto que não é o propósito deste trabalho, passemos agora a breve análise da Teoria dos 4 Status de Georg Jellinek, observando as ressalvas de Ingo Sarlet através de sua obra aqui referenciada.

De forma a sumarizar a referida teoria, temos que: formulada na obra ‘Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos’ (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*) por Georg Jellinek, a teoria diz que um indivíduo, vinculado a um determinado Estado, se encontra em uma das 4 situações jurídicas (status), quais sejam: status passivo, status negativo, status positivo e status ativo.

De maneira resumida¹¹², no primeiro status (*status subjectionis* ou *status passivo*), o indivíduo seria apenas detentor de deveres em relação ao Estado, não possuindo direitos, se submetendo, de maneira integral, a vontade do Estado, tal qual, por exemplo, ocorre em um Estado Autoritarista ou Absolutista. No status negativo (também conhecido como *status libertatis*), o indivíduo possuiria direitos reconhecidos, provenientes de sua personalidade, que não seriam interferidos pela ação estatal, desde que estivesse nos limites da Constituição, isto é, o indivíduo possuiria direitos de caráter negativo.

No status positivo (ou *status civitatis*), seria assegurado ao indivíduo, através de instituições estatais, formas de se exigir do Estado a usufruição e satisfação de seu direito, em outras palavras, o indivíduo exigiria suas liberdades por intermédio do Estado. Por último, no status ativo, confere-se ao cidadão, formas de se participar ativamente do Estado, atuando de maneira objetiva quanto a questões políticas, por exemplo, através do direito ao voto.

¹¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 49

¹¹² Para melhor compreensão da teoria, ver: Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p. 156, 157

Observa-se na presente teoria uma correlação com as dimensões recém apresentadas nesse estudo, isto é, os direitos fundamentais de primeira dimensão se apresentam como direitos de status negativo, ou seja, valém-se da abstenção/não interferência estatal para seu pleno funcionamento, por assim dizer, os chamados “direitos de defesa”.

Ressalta-se, quanto ao tema, importante crítica apontada na doutrina de Ingo Sarlet, no que tange a não submissão dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional, isto é, os direitos fundamentais vinculam-se e se irradiam sob todo ordenamento jurídico, inclusive, o legislador. De igual forma, percebe-se este padrão de raciocínio no já citado *Caso Lüth*, decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão e citado neste trabalho anteriormente.

Tendo em mente que para Jellinek as liberdades do indivíduo, neste estado, são exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se, portanto, à disposição do legislador, há que adaptar esta concepção aos tempos atuais, quando não se concebe mais (e isto também no direito constitucional pátrio) uma sujeição das liberdades individuais à legislação infraconstitucional. O *status negativus* de Jellinek deve, portanto, ser encarado mais propriamente como um *status* negativo dos direitos fundamentais (*ein negativer grundrechtlicher Status*), no qual a liberdade é concebida como liberdade de quaisquer intervenções inconstitucionais, em outras palavras, em que as liberdades e os direitos fundamentais em geral vinculam também o legislador.

Após apresentação da Teoria dos 4 Status de Jellinek, passemos agora ao objetivo final deste subtítulo, a problemática da classificação uniforme dos direitos fundamentais, apresentando, ao final a classificação completa da liberdade de expressão.

De início, destacamos que nos valeremos da classificação adotada na obra de Ingo Sarlet, visto que o atual conflito de classificação, na qual citamos, por exemplo, o modelo adotado pelo direito português (através de Canotilho, inspirado em Robert Alexy e de Pereira de Farias, creditando os estudos de Vieira de Andrade) e o do direito alemão (através do próprio Robert Alexy), não acrescentará muito à finalidade deste trabalho, apesar de ser levado em consideração a proposta deste último autor alemão em relação a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes blocos.

Partindo desse pressuposto, teremos a divisão dos direitos fundamentais em: direitos fundamentais como direitos de defesa (consequentemente, característica de *status negativo*) e

direitos fundamentais como direitos a prestações¹¹³. Por sua vez, o segundo grupo (direitos prestacionais) se dividirá em dois blocos, sendo eles: os direitos a prestações em sentido amplo (contendo os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito (contendo os direitos a prestações materiais sociais).

Temos, de maneira mais clara, o disposto no quadro abaixo:

Direitos Fundamentais	
Direitos Fundamentais como Direitos a Prestações	Direitos Fundamentais como Direitos de Defesa
Direitos à Proteção	Direitos à participação na organização e no procedimento

Em que pese o conflito terminológico existente no texto constitucional adotado pelo legislador constituinte, resta claro que o positivado no inciso IV do art. 5º de nossa Constituição Federal, representa uma espécie de “cláusula geral” da liberdade de expressão, nas palavras de Sarlet e, por sua vez, inserido no rol de direitos (e garantias) fundamentais.

O citado dispositivo seria um “centro nervoso”, por assim dizer, sendo complementado por outros dispositivos ao longo da Carta de 1988, por exemplo, os incisos V, VI, VIII e IX do mesmo artigo, conforme já fora citado anteriormente neste trabalho. Neste sentido, o já fartamente citado doutrinador anuncia:

Para assegurar a sua máxima proteção e sua posição de destaque no âmbito das liberdades fundamentais, o âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser interpretado como o mais extenso possível, englobando tanto a manifestação de opiniões, quanto de ideias, pontos de vista, convicções, críticas, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto e mesmo proposições a respeito de fatos. Neste sentido, em princípio todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão, incluindo “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as

113 Entende-se “direitos a prestações” como direitos vinculados ao *status positivo* da Teoria de Jellinek, isto é, exigem que o Estado aja de maneira a garantir seus direitos, ou seja, supram as necessidades individuais, a fim de tornar a sociedade mais igualitária

manifestações veiculadas pelos modernos meios de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, *blogs* etc¹¹⁴.

Não há dúvidas da natureza de direito fundamental da liberdade de expressão no âmbito de nossa Constituição Federal, inclusa no rol do art. 5º como um dos clássicos direitos de liberdade, além de constar como cláusula pétrea, segundo exegese do texto normativo positivado no art. 60, §4º, IV da Carta de 1988.

Consolidado todo o cenário, aglutinando todas as informações necessárias para a classificação de qualquer que seja o direito fundamental, segundo uma perspectiva constitucional, resta-nos apenas concluir o veredicto final acerca da classificação da liberdade de expressão propriamente dita.

Classificaríamos, portanto, a liberdade de expressão, enquanto liberdade clássica, positivada em nossa Constituição na forma de uma, então chamada, “cláusula geral” (art. 5º, IV), porém, ao mesmo tempo, difusa ao longo do corpo da Carta Constitucional em outros dispositivos que visam, da mesma forma, resguardar tal liberdade

Segundo a Teoria Dimensional, a liberdade de expressão se situaria como um direito fundamental de primeira dimensão, ou seja, possui cunho *negativo* (segundo Teoria dos 4 Status de Jellinek – é nítido observarmos a configuração da liberdade de expressão como um direito de resistência, reafirmando seu *status libertatis*) e, por conseguinte, se enquadraria como um Direito Fundamental na modalidade de Direito de Defesa, através da classificação apresentada por Sarlet, salientando, ainda, o caráter dúplice de tal direito fundamental enquanto norma constitucional, consolidado no paradigmático Caso Lüth: configura-se, simultaneamente, como regra e princípio constitucional.

3. DA ANÁLISE DO CASO “SIEGFRIED ELLWANGER”: OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

114 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017, p. 537

Após estabelecido todo plano de justificativas, terminologias, classificações, natureza jurídica e trajetória histórica em torno da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, passemos aos apontamentos finais para, então, partirmos à análise, de fato, do objeto do presente trabalho, qual seja a análise do *Habeas Corpus* nº 82.424/RS de 2002, impetrado em favor do paciente Siegfried Ellwanger

Neste capítulo, será realizada, de maneira gradativa, uma análise objetiva, tanto do caso concreto em tela, como das teorias e limites interpretativos, além do modelo e parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal no presente caso, a fim de regular a liberdade de expressão em nosso ordenamento jurídico, fazendo as considerações cabíveis acerca do Direito Comparado, se valendo dos referenciais da doutrina alemã e americana.

Importa destacarmos também que nos manteremos atinentes, na medida do possível, apenas a seara do Direito Constitucional do caso, realizando as inserções, quanto as outras matérias, somente nos momentos necessários.

3.1. Do *interpretativismo* norte-americano e outras teorias de interpretação constitucional: uma breve apresentação

A fim de fomentar a melhor análise das decisões de cada Ministro do caso concreto em questão, faz-se necessária uma breve análise dos modelos de interpretação das normas, visando respaldar o *modus operandi* de alguns dos Minsitros do Supremo Tribunal Federal à época que se valeram da interpretação como um dos problemas ou o problema central da questão em análise.

Optou-se por abordar o interpretativismo norte-americano como forma de sumariamente introduzir à corrente utilizada pelo Min. Moreira Alves em seu voto, visto que utilizou-se claramente de uma espécie do interpretativismo, o *originalismo*, como forma de interepretação e solução do litígio.

A metodologia do interpretativismo, enquanto gênero, compreende a leitura do texto constitucional de maneira totalmente fria, sem haver qualquer tipo de lapso criativo-interpretativo por parte do operador do Direito, no caso, o juiz. Defende Barroso que o interpretativismo “nega a legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizado a impor seus próprios valores à coletividade”¹¹⁵.

115 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**

Como espécie do interpretativismo, encontramos o *textualismo* e o *originalismo*. Ambas seguem, obviamente, a ideia de que o juiz não deverá interpretar o texto constitucional segundo seus valores ou experiências pessoais, visto que opera em posição de servidor da sociedade, não eleito por esta (conforme explicaremos à seguir) e extrator do real significado da lei, na perspectiva do legislador original.

O que difere o textualismo do originalismo é que, nesta última modalidade, utiliza-se do sentido histórico da criação da lei, sobretudo do supramencionado *animus* do legislador, isto é, busca-se a intenção da lei no momento e contexto em que fora criada na perspectiva de seus autores, porém, não se valendo de uma interpretação extensiva por estes meios. De forma diferente ocorre no textualismo, no qual o intérprete deve-se ater somente à lei seca e nada mais, livrando-se das amarras históricas e atendo-se ao significado linguístico do texto normativo.

Neste sentido, debruçando-nos na obra de Luís Roberto Barroso, temos que:

O textualismo, segundo o qual as normas escritas da Constituição são a única fonte legítima em que se pode fundar a autoridade judicial e o originalismo, pelo qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas¹¹⁶. Portanto, texto e história estão na base dessa formulação.¹¹⁷

Ainda neste sentido, interessante observarmos às razões ensejadoras de tal interpretação, amplamente utilizada pela Suprema Corte Americana, em decorrência do modelo utilizado para escolha de seus *Justices*: totalmente política. Através de indicação do Presidente dos Estados Unidos e aprovação do Senado Federal, de maneira semelhante ao modelo de escolha dos Ministros do STF no Brasil, na vacância de tal posição, um novo *Assistant Justice*¹¹⁸ ocupa o poder.

Observa-se assim que, os *Justices* não são vistos, em regra, como:

modelo. 2ª edição, São Paulo, Saraiva – 2010, p. 280

116 Referencia Daniel A. Farber, em sua obra **The originalism debate: a guide for the perplexed**, *Ohio State Law Journal*, 49:1085, 1989

117 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 281

118 Juiz Assistente (tradução livre)

agentes públicos eleitos e, em qualquer caso, não estão nem devem estar inseridos na dinâmica da política. Em razão disso, não deveriam ter o poder de extrair da Constituição consequências e direitos que não constem da literalidade de suas disposições ou da intenção manifesta de seus autores¹¹⁹.

Aqui abrimos um breve parêntese para afirmar do conservadorismo liberal de tal interpretação, aparentemente retrógrada se comparada ao modelo de interpretação constitucional alemão, tanto na *metodologia tópico-problemático* como na da *hermenêutica concretizadora* (uma terceira forma que mescla o método anterior, ao *método clássico* alemão).

Nesses métodos, procura-se, respectivamente, um enfoque no problema e não no sistema jurídico propriamente dito, buscando, através do juiz, “a melhor solução para o problema, realizando a justiça do caso concreto”¹²⁰, possibilitando ao intérprete “recorrer aos termos expressos dos textos legais, mas também a argumentos baseados nos fatos relevantes, na realidade social, nos valores e nos princípios gerais do Direito”¹²¹, além de destacar-se a “importância da pré-compreensão do agente de interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos”¹²².

Ainda na metodologia de exegese constitucional norte-americano, observamos, ao lado do interpretativismo, um segundo globo denominado *não-interpretativismo* (construtivismo), no qual, à título de curiosidade, explanamos a seguir. No não-interpretativismo, preza-se pela construção do sentido da norma e não apenas a sua interpretação não-valorativa seca ou em busca da vontade do legislador. Insere-se neste bloco, três espécies de interpretação, quais sejam: a) interpretação evolutiva; b) leitura moral da Constituição; c) pragmatismo jurídico.

De maneira sumarizada, procura-se observar na interpretação evolutiva a Constituição como um ordenamento vivo e dinâmico, devendo-se realizar uma interpretação de acordo com as mudanças ocorridas na realidade social. Em outras palavras, procura-se avaliar o cenário

119 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 281

120 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 279

121 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 279

122 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 279

presente, levando-se em consideração a dinamicidade constitucional, como forma de, criativamente, adaptar a legislação¹²³.

A leitura moral da Constituição, por sua vez, proposta por Ronald Dworkin, busca a interpretação da Constituição e de suas cláusulas gerais, segundo filtro presente no próprio nome desta modalidade: a moralidade. Em síntese, interpreta-se a Constituição pela perspectiva do conceito dinâmico de “moralidade”, vigente ao momento da operação jurídica interpretativa, ou seja, entende-se que o conceito de moralidade é aberto e mutável, não em sua essência, mas pelo meio em que atua e pelo decorrer do tempo.

Por último, o pragmatismo jurídico visa a produção de bons resultados em detrimento de qualquer tipo de vinculação para tal exegese, isto é, o pragmatismo jurídico é “consequencialista e contextualista: o que importa são as consequências da decisão, e estas devem ser avaliadas no contexto em que a decisão se insere”¹²⁴.

Ao final, nota-se que a doutrina americana, ao que nos parece, adota um posicionamento extremamente liberal em um dos blocos teóricos de interpretação constitucional, como forma de evitar um possível ativismo judicial e, com isso, uma intervenção político-pessoal dos *Justices* na construção doutrinária americana. Não pretende-se, novamente, exaurir o tema da interpretação, cabendo apenas tecer os presentes comentários como forma de preestabelecer o cenário para análise do acórdão.

3.2. Do conflito normativo constitucional e da técnica da ponderação: o conflito entre princípios constitucionais

Ainda na esteira de criar os alicerces necessários para a aferição do Caso Siegfried, trazendo os elementos pertinentes à um estudo mais fluido, passemos à fase de conflitos de normas constitucionais entre si.

Em um quadro geral, é normal imaginarmos e encararmos um cenário de conflitos normativos no ordenamento infraconstitucional, visto que a pluralidade de interesses e

123 BARROSO, 2010, p. 282

124 Richard A. Posner, **Pragmatic adjudication**. *Carodozo Law Review*, 18:1, 5, 1996. apud BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição, São Paulo, Saraiva – 2010, p. 283

imposições por meio de regras geraria, em algum momento, a necessidade de racionalização de uma norma em detrimento da outra. Porém, como se procederia o conflito no âmbito das normas constitucionais, visto que tais bens não possuem hierarquia entre si?

Destaca-se, aqui, o paradigmático Caso Lüth (já destacado no segundo capítulo desta monografia), firmando, pela primeira vez, o entendimento de que é necessário uma ponderação de bens para a resolução de conflitos principiológicos, não sendo possível a análise individualizada de cada um, tal qual era realizado através da arcaica técnica da subsunção, mas sim, uma busca harmônica, sopesando tais princípios racionalmente.

Na obra de Barroso, encontramos respaldo quanto às afirmações acima, asseverando que a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”¹²⁵.

Sarlet, em sua obra conjunta a Mitidiero e Marinoni, respaldando-se nos estudos de Canotilho, destaca que a ponderação decorre:

de pelo menos três fatores: a) a inexistência de uma ordenação hierarquizada e abstrata de bens constitucionais; b) a estrutura de princípio de muitas normas constitucionais, que, por sua vez, implica a refutação de uma lógica do “tudo ou nada” e, portanto, exige a otimização e harmonização de tais princípios, especialmente nos casos de conflito; c) a possibilidade de uma diversidade de leituras dos conflitos de bens constitucionais em face de uma ausência de unidade de valores no âmbito da comunidade política, impondo cuidadosa análise dos bens em causa e uma rigorosa fundamentação no âmbito da resolução dos conflitos¹²⁶

São três as etapas procedimentais da técnica de ponderação, apoiadas, por sua vez, nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo elas: 1) detecção, pelo intérprete, de um possível conflito de normas relevantes à solução de um caso específico (segundo a doutrina alemã, “adequação”); 2) aplicação efetiva dessas normas ao caso concreto, extraíndo,

125 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição, São Paulo, Saraiva – 2010, p. 334

126 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1237 apud Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017, p. 236.

daí, seu real sentido através de seu papel desempenhado e sua influência no conflito (“necessidade”)¹²⁷.

Na terceira – e mais importante – etapa (“proporcionalidade”), verifica-se que os “princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade”¹²⁸.

Dito isto, percebe-se que nesta terceira etapa é que incidem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, isto é, frente a possibilidade de intensificar ou atenuar um princípio/direito/norma constitucional conflitantes em detrimento de outro, os princípios citados agirão de maneira a regular a graduação em conflito, segundo um juízo de valor subjetivo, realizado pelo operador do direito em questão.

Neste mesmo sentido, esclarece Marinoni, Mitidiero e Sarlet:

Na sua versão mais difundida e vinculada especialmente à função dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra intervenções por parte dos órgãos estatais, o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando, nos termos da metódica praticada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e posteriormente recepcionada em grande parte das cortes constitucionais e mesmo dos tribunais supranacionais (destaquem-se aqui o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado¹²⁹.

A noção da técnica de ponderação de valores, como forma de dirimir conflitos entre normas constitucionais, é ímpar à investigação do Caso Siegfried Ellwanger, tendo em vista o conflito principiológico do caso concreto entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

127 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 335

128 BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, 2010, p. 335

129 Sarlet, Ingo Wolfgang Sarlet; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017, p. 237, 238.

À título de observação, divergimos aqui, em partes, do trecho da citada obra de Luís Roberto Barroso, no que concerne o trecho de folhas 331, mencionando o caso objeto desta monografia, no qual inferiu-se que tratar-se-ia apenas de conflito entre *direitos fundamentais e outros valores constitucionais*. Neste caso, a utilização do princípio da liberdade de expressão (enquanto direito de *status negativo*, ou seja, sem a interferência do Estado para o livre “funcionamento” do direito, conforme já apontado neste trabalho) para a manifestação de discurso de ódio, ocasiona uma colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Estabelecida as diferenciações pertinentes, além dos últimos conceitos que se faziam necessários, passemos agora, de fato, a análise dos votos no Caso Siegfried Ellwanger.

3.3. Do relatório técnico ao conflito no Caso Siegfried Ellwanger: a apresentação da controvérsia hermenêutica

Compulsando a denúncia apresentada em face do Sr. Siegfried Ellwanger pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, atuando perante a 8ª Vara Criminal de Porto Alegre – RS, verificou-se que este, durante a “Feira do Livro”, realizada na Praça da Alfândega em Porto Alegre, apresentou para venda ao público em seu *stand*, livros de cunho racista, discriminatórios e preconceituosos, sobretudo, de ideias antisemitas, publicados através de editora que é sócio, a então denominada “Editora Revisão LTDA”,.

Cita, ainda, obras apreendidas do balcão de vendas de Ellwanger, com as seguintes denominações, das quais, destacamos: “DOS JUDEUS E SUAS MENTIRAS: ‘A QUESTÃO JUDAICA!’”; “SIONISMO X REVISIONISMO” e “CRISTIANISMO EM XEQUE”. Quanto a última obra referenciada, citamos o seguinte trecho:

Mais adiante, depois de mencionar que o Presidente Getúlio Vargas chegou a adotar medidas drásticas contra a etnia hebraica, e de acusar os judeus de planejarem e executarem a intentona comunista, o autor escreve:

‘Adolf Hitler foi, no século que caminha para o ocaso, o grande nome que se opôs às forças ocultas nomeadas por Getúlio e Jânio Quadros. Ele não se restringiu a nomeá-las com rodeios ou subterfúgios, não se valeu de meias palavras, de mensagens enigmáticas. Afirmou em claro e bom tom: “Se as nações e a igreja não se rebelarem contra a sinagoga de satanás, o globo terrestre mergulhará no abismo e, possivelmente, o planeta venha a girar sem vida para a eternidade”. Era uma época em que o arsenal nuclear não passava além do campo da ficção científica. Hoje, ainda que com a trégua entre os Estados Unidos e a Rússia, os arsenais atômicos não foram destruídos e os riscos continuam tão grandes como alguns anos atrás. A belicosidade de Israel e dos Hebreus espalhados pelo mundo, o domínio por eles exercido junto aos governos, a ignorância dos povos ante o andamento do plano

diabólico contido nos Protocolos, o enfraquecimento do Cristianismo - o mais tradicional inimigo dos judeus, tudo isso contribui para que a exortação de Hitler continue viva.’ (Pág. 120/121)¹³⁰

Ainda em sede de denúncia, o Ministério Público requereu a condenação de Siegfried Ellwanger nos termos do art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, alterada pela Lei nº 9.459/97, pela prática do crime de racismo, tendo sido deferido pelo juízo, já em sede de sentença, tal pedido ministerial, condenando o réu a pena de 1 ano e 9 meses de reclusão, em regime prisional aberto, substituindo a pena, posteriormente, por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 20 salários mínimos.

Após, Siegfried apresenta, nas razões de sua apelação criminal, pedido de reconhecimento de prescrição e aduz que:

o fato de ter editado obras com conteúdo racista não é crime de racismo, o qual é de fato imprescritível, e sim, no máximo, infração penal comum, sujeita à prescrição; no mérito, postulou a absolvição, afirmando que a conduta praticada não constitui infração penal, até porque, segundo alguns doutrinadores, “judeu não constitui um tipo racial”¹³¹

Após as alegações supra citadas, e aqui negritamos a passagem à seguir por ser de inteiro interesse deste trabalho, o patrono de Siegfried alega que a conduta de seu cliente encontra-se abarcada no exercício da liberdade de expressão, opinião ou crítica literária, salientando, também, que “não há vítimas da suposta infração praticada, pois não há notícias de que as obras editadas pelo acusado tenham levado os leitores à prática do racismo”¹³².

Eis os fatos ensejadores da condenação de Siegfried em segunda instância, visto que fora absolvido pelo juízo de primeira instância, por entender que o réu estava respaldado por seu direito à liberdade de expressão.

Em síntese a todo o exposto, poderíamos dizer que a grande questão do presente caso, ligada à interpretação constitucional, poderia ser reduzida à uma simples pergunta: qual seria

130 Trecho da Denúncia apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

131 Relatório sintetizado pelo Min. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira na Apelação Criminal nº 70010217354/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

132 Relatório sintetizado pelo Min. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira na Apelação Criminal nº 70010217354/2004 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

a natureza dos judeus? Estes formariam uma raça, uma etnia ou seria, apenas, a denominação de membros de uma religião milenar?

Observa-se que o argumento apresentado pelo causídico de Ellwanger, (além da questão da imprescritibilidade - também ligada, de certa forma, a questão do racismo) apresenta, exclusiva e unicamente, a premissa maior de que os “judeus não constituem uma raça” e que, no sentido deste raciocínio silogístico, não seria possível configurar o tipo penal do racismo.

E quanto ao pleito da decretação da prescrição penal, necessitamos investigar, primeiramente, o inciso XLII do art. 5º de nossa Constituição Federal, inferindo o seguinte:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei

Desprezando a explicação do claro texto normativo acima, percebe-se que, caso comprovada a natureza dos “judeus”, isto é, elucidando a dúvida se estes compreendem uma raça, etnia, grupo religioso etc., o pleito da decretação da prescrição penal deverá ser deferido, não configurado o tipo penal do racismo, mas sim, simples discriminação.

Ainda neste sentido, caber-se-ia questionar a intenção do legislador ao positivar tal texto normativo, sobretudo, da *ratio legis* de tal dispositivo, isto é, o legislador constituinte, ao positivar a imprescritibilidade acerca do crime racismo no inciso XLII do art. 5º, estaria, necessariamente, se atendo apenas ao termo “racismo”, ignorando outros tipos de discriminações e negando uma possível abrangência do termo? A coibição positivada no dispositivo se aterá, apenas, às questões discriminatórias envolvendo o conceito etimológico de raça?

São estas perguntas que trataremos de investigar no próximo subtítulo, visando, sobretudo, citar as teorias interpretativas, pontos interessantes e a metodologia jurídica empregada pelos Ministros, aproveitando o ensejo para destacar que não pretendemos pormenorizar todas as nuances dos votos, selecionando (como já fora exposto na introdução) os votos de maior relevância a este trabalho, a fim de tornar este trabalho mais objetivo.

3.3.1. Dos votos e suas conclusões

Conforme tese apresentada pelo causídico, o legislador constituinte, não teve por vontade o alargamento da imprescritibilidade a todas as formas discriminatórias, mantendo apenas aquela atinente ao preconceito de raça.

O relator do recurso, Min. Moreira Alves, inicia a sessão de votos, acatando o pedido do “writ”, fundamentando sua decisão, de maneira escassa, apenas em torno da definição do termo “racismo”, buscando respaldo nas reuniões da Assembléia Constituinte, sobretudo na Emenda Aditiva 2P00654-0 do legislador constituinte, Carlos Alberto Caó.

Em seu voto, aduz o ínclito Ministro da seguinte forma:

O elemento histórico -, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele, converge para a “racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII da Constituição [...]”¹³³

Observa-se, em um primeiro momento, o acerto do Ministro em relação ao foco da controvérsia do caso, qual seja a análise do termo “racismo”. Dirimida a questão do termo e sua abrangência, estaria resolvido o caso, porém, qual seria, em verdade, a vontade do constituinte? Este quis se manter apenas aos casos de discriminação racial?

O grande erro, salvo melhor juízo, do ínclito Ministro se baseia na restrição apenas a análise da lei seca, buscando a vontade original do legislador constituinte e, após inferir constatada, assevera que:

considerando, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça. E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão¹³⁴.

Percebe-se, aqui, uma visão totalmente baseada no *interpretavismo originalista* norte-americano, apresentado nos subtítulos anteriores, baseando-se, tão somente, na busca da vontade do legislador constituinte como fonte única da verdade da lei.

133 Voto do Ministro Moreira Alves no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS

134 Voto do Ministro Moreira Alves no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, item 4

Ao final do voto, Moreira Alves defere o pleito do *Habeas Corpus*, extinguindo a punibilidade com base na ocorrência da prescrição punitiva, concluindo da seguinte forma:

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado ora paciente como delito de racismo e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.¹³⁵

Adiante, o Ministro Maurício Corrêa pediu vistas e, após, passou a decidir no caso. Em seu voto, o Ministro passa por uma longa análise do caso judeu ao longo da Bíblia, desde o Antigo Testamento até o Novo Testamento (após nascimento de Jesus Cristo), citando os percalços pelos quais o povo judeu passou em sua trajetória histórica, além dos estigmas já comuns ao dia a dia daquele povo à época.

Em seu voto, o ínclito Ministro destaca da seguinte maneira:

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo stricto sensu de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionado com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?¹³⁶

Após tais declarações, pede vista novamente e passa, de fato, a analisar de maneira mais acentuada a questão, trazendo à baila argumentos de cunho biológico, das quais banuiu-se de vez, no campo da Ciência do Genoma o antigo e tradicional termo relacionado à “raça”. Traz, a partir do item 15 em diante de seu voto, robustos argumentos de cunho científico acerca da questão da extinção do conceito de “raça humana” ou qualquer tipo de segmentação que possa ser realizada entre os humanos.

O ínclito professor José Emilio Medauar Ommati, em sua obra “Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988”¹³⁷, afirma o seguinte:

135 Voto do Ministro Moreira Alves no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, item 5

136 Voto do Ministro Maurício Corrêa no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, item 14 e 15

137 OMMATI, José Emilio Medauar, **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 2012, Ediora Lumen Juris, Rio de Janeiro. p. 27

O Ministro Maurício Corrêa conclui que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, a qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. [...] apesar de não haver mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.

O voto do Minsitro também se preocupa com o revisionismo histórico absurdo proposto pelo réu, tentando criar convencimento acerca de uma realidade judia no Segunda Guerra Mundial, na qual estes teriam se beneficiado diretamente das políticas que culminaram no Holocausto, bem como de livros que estigmatizavam os judeus em detrimento de uma suposta “supremacia ariana” à época.

Adiante, encontramos o valoroso voto de Gilmar Mendes que, valendo-se do princípio da proporcionalidade. O Ministro entende também, logo no início de seu voto, após uma breve síntese dos fatos, que a análise gira em torno do alcance da palavra “racismo”. Destaca algumas considerações de expoentes como Kevin Boyle, no sentido de afirmar a falacidade do termo “raça” como uma segmentação do ser humano que, por suas próprias palavras, trata como “reflexões pseudo-científicas”.

Após algumas considerações, a fim de estabelecer seu ponto de vista no que concerne a inexistência do conceito “raça humana”, bem como da gênese do conceito de “pureza de raça”, através do nacional-socialismo.

Adiante, superada a breve trajetória histórica apresentada de maneira cirúrgica pelo Ministro em questão, ressaltando ainda valorosa lição relacionada a um *leading case* da Suprema Corte Americana, adentra um subtítulo, por assim dizer, denominado “O racismo e a liberdade de expressão e de opinião”, do qual retiramos o excerto a seguir:

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada 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 da consciência e de vontade popular.
[...]

indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" Ele mesmo responde:

"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. [...] Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa." (Boyle, Hate Speech, cit., p. 490)¹³⁸

Apesar de extenso, a parte final, citando Boyle é totalmente didática no que tange o conflito entre a “livre” liberdade de expressão e a dignidade humana, ambos princípios constitucionais conflitantes num cenário como o do presente caso, bem como da prejudicialidade do discurso de ódio desse gênero em um Estado Democrático.

Deburançando, novamente, à obra de José Emilio, temos que:

a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando é verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. Essas máximas são em número de três: a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. [...] A partir dessas premissas, o Minsitro Gilmar Mendes passou a examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendei às maximas do princípio da proporcionalidade.¹³⁹

Neste sentido, Gilmar Mendes, sopesando os princípios em conflito em relação ao caso concreto em questão, manteve a condenação, indeferindo o pleiteado no *Habeas Corpus* impetrado. Em que pese uma aparente restrição no direito a livre manifestação de pensamento, percebe-se que a manutenção de uma sociedade plural exige a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, garantindo a proteção às minorias e aos marginalizados sem voz.

138 Voto do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 649, 650

139 OMMATI, José Emilio Medauar, **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. 2012, Ediora Lumen Juris, Rio de Janeiro. p. 30

Em contrapartida ao exposto acima, porém, valendo-se do mesmo princípio da proporcionalidade para dirimir o conflito existente, o Ministro Marco Aurélio concedeu o *Habeas Corpus*, absolvendo Siegfried, pelos motivos a serem exposto agora.

De antemão, podemos perceber que, praticamente, em todo o discurso do supracitado Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao que nos parece, há similariedade de seu posicionamento em relação a metáfora do *marketplace of ideas*.

Mesmo ressaltando que a liberdade de expressão, assim como outros princípios constitucionais, não possui caráter absoluto¹⁴⁰, quando procede a análise concreta do caso à luz do princípio da proporcionalidade e, verificando a clara ideia preconceituosa das obras de cunho antissemita, afirma que não se pode proibir a divulgação dessas ideias, destacando a seguinte passagem:

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes [...] “a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo”

[...] O que esta em jogo é a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante de fatos elucidados. Poder-se-ia identificar, ainda, uma manifestação de jurisprudência-àlibi neste julgamento, ou seja, a Corte sendo sensível aos anseios da sociedade.¹⁴¹

Percebe-se no voto de Marco Aurélio que este, claramente, prefere à liberdade de expressão em detrimento de outros princípios, corroborando esta afirmativa, temos a doutrina de José Emilio, asseverando que “o Ministro Marco Aurélio mostrou que, ao se utilizar o princípio da proporcionalidade, chegar-se-ia ao resultado de que a condenação do paciente fora excessiva, desproporcional”¹⁴².

140 Voto do Ministro Marco Aurélio no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 177 apud OMMATI, José Emilio Medauar, *Op. Cit.*, 2012, p. 30

141 Voto do Ministro Marco Aurélio no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 179

142 OMMATI, José Emilio Medauar, *Op. Cit.*, p. 30

Ao final de seu voto, tratando da imprescritibilidade do crime de racismo, reafirma o interpretativismo norte-americano do originalismo, como também reafirma a modalidade de interpretação evolutiva, isto é, tendo em vista a realidade social brasileira. Assevera, ainda, sobre a necessidade de interpretação restritiva do inciso XLII do art. 5º de nossa Constituição, segundo os debates realizados na Assembleia Constituinte de 1988, ou seja, na esteira deste raciocínio, tal cláusula só surtiria efeitos contra crimes raciais, especificamente, contra os negros.

Por derradeiro, citaremos o voto do Ministro Celso de Mello, no qual percebe-se uma forte vinculação e respeito ao princípio da dignidade humana, enquanto norteador basilar da “superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade, uma vez mais, será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos [...]”¹⁴³.

Através de um voto pautado, sobretudo, na já mencionada dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, o Ministro entende também que:

a livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, sofre limitações de caráter ético e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre ‘a posteriori’, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil¹⁴⁴

Os dois principais pontos a serem observados no voto do Ministro Celso de Mello são os da dignidade da pessoa humana enquanto limite ao princípio da liberdade de expressão, visto que é vedado ao racista, a reprodução de discursos depreciadores de qualquer que seja o indivíduo¹⁴⁵, entretanto, isto não significa dizer que o Estado poderia, por esta situação, promover a censura da expressão individual.

Neste diapasão, a fim de dirimir o conflito, temos que a dignidade da pessoa humana e a igualdade seriam os princípios conflitantes e limitadores da liberdade de expressão e que, após manifestação do douto Ministro, este assevera que “a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo,

143 Voto do Ministro Marco Aurélio no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 203, 204

144 Voto do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 204

145 OMMATI, 2012, p. 38

comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas [...]”¹⁴⁶

Ao final, o Ministro afirma não haver conflito de princípios neste caso, visto que a própria Carta Constitucional de 1988 delimitou a dignidade e incolumidade da pessoa humana, igualdade.

Esta, portanto, é a base na qual apoiaremos a conclusão do presente estudo, visando encontrar os limites reais da liberdade de expressão, frente a todo cenário exposto ao longo desta monografia jurídica.

3.4. Da conclusão do presente trabalho: considerações finais acerca dos limites da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

Vislumbrando todo o cenário político de nossa nação, desde a Carta Imperial até a Constituição de 1988, percebe-se que, só agora, ao final de um autoritário e extremo regime militar, a Democracia, enfim, teve seu fôlego reestabelecido.

Foi necessário superarmos cenários de guerras em proporções mundiais, conflitos armados ao redor do mundo e, principalmente, o autoritarismo dos despotas que, a todo momento, concediam ao passo que cerceavam nossas liberdades em geral. Em um breve paralelo, percebemos que a liberdade de expressão conseguiu criar suas primeiras raízes há, apenas, 30 anos, germinando em um ensaio (que esperamos que se prolongue cada vez mais e não descontinue) de um Estado Democrático na pós Ditadura Militar.

Após este humilde estudo acerca do quadro da liberdade de expressão em nosso ordenamento jurídico brasileiro e, também, nos momentos que foram pertinentes, do quadro internacional, pudemos entender como as concepções liberais se transformaram ou se desenvolveram ao longo dos anos, desde as primeiras Declarações de Direitos da história das sociedades.

No cenário americano, por exemplo, expoente das primeiras deliberações acerca da justa manifestação de pensamento do ser humano, vigora a metáfora do *marketplace of ideas*, prezando pela livre circulação de ideias que, em um primeiro momento, não deverão ser censuradas por nenhuma forma. Tal metáfora transmite e demonstra o sentimento liberal de

146 OMMATI, José Emilio Medauar, *Op. Cit.*, p. 40 apud Antecipação de voto do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, pág. 59 e 60

não intervenção do Estado nas questões da sociedade civil, designado à apenas ela a resolução dos conflitos de ideia.

Estimula-se ainda este tipo de pensamento, baseando-se na já explicada justificativa de que as ideias precisam ser debatidas e os argumentos, quando não condizentes com determinada sociedade ou eivadas de características odiosas, serão combatidos e destruídos por argumentos mais sólidos.

Como já mencionado, o Minsitro Marco Aurélio, em seu voto, posicionou-se (e aqui abrimos um parêntese por não podermos afirmar se o fez propositalmente ou seguindo suas experiências jurídicas pessoais) a favor da metáfora do *marketplace of ideas*, optando pela liberdade de expressão como direito prevalecente, mesmo que a informação/ideia disseminada fosse prejudicial a coletividade, ressalvando que, em seu voto, justifica os livros como não prejudiciais ou influenciadores, mitigando seu potencial ofensivo, por assim dizer.

Com a devida vênua, discordamos do ilustre Ministro, bem como discordamos do posicionamento tecido pelo Ministro Moreira Alves, que se valeu de um método interpretativista norte-americano e relativizador de toda questão enfrentada pelo egrégio Guardião Constitucional. Considerando o *marketplace of ideas*, bem como a não intervenção estatal, tendo em vista o *status negativus (libertatis)* identificado no cerne dos direitos de defesa, inclusos o clássico direito a liberdade, percebe-se que tal modalidade de regulação da manifestação de expressão vai de encontro ao previsto em nossa Constituição, pelos motivos que passaremos a asseverar a seguir.

A estrutura não intervencionista do *marketplace of ideas*, salvo melhor juízo e ao nosso ver, corrobora para a proliferação do discurso de ódio, bem como de todo discurso agressor à dignidade da pessoa humana. Uma sociedade democrática, pautada na liberdade de expressão (visto que já a confirmamos como um dos pilares do Estado Democrático), deve, sobretudo, respaldar-se no princípio solar da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, segundo o que se observa nas decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como da melhor jurisprudência acerca do assunto, deve ser observada sempre acima da liberdade de expressão, visto que, se investigarmos a dinâmica do livre discurso norte-americano, este funciona sobre a premissa de que os grupos ofendidos por argumento “x” ou “y”, devem organizar-se e derrubar aquele argumento.

A falha de tal metáfora resta na impossibilidade ou fraqueza das minorias que, durante toda história mundial, foram subjulgadas, oprimidas e escravizadas. Portanto, estebelece-se como limite à liberdade de expressão, o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da igualdade entre indivíduos, adotando-se aqui, o posicionamento do voto do Ministro Celso de Mello.

Percebe-se, ainda no sentido do posicionamento do Ministro, que a disseminação do discurso de ódio, por exemplo, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, esbarra com tais princípios que, num primeiro momento de aparente colisão, já inibem a atuação. Isto é, a modalidade de discurso de ódio ou qualquer outro tipo de discurso veiculado que afete a seara pessoal do ser humano, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já é subjulgado por tais princípios limitadores.

Portanto, percebe-se que, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é, previamente, limitada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade entre indivíduos, uma vez que, a impossibilidade de detenção de poder político por grupos minoritários e marginalizados, já amplamente fragilizados em sua essência, fomenta ainda mais a desigualdade, mitigando o seu reconhecimento participativo na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição – Saraiva - São Paulo: 2010. p. 451

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Livraria Almedina – Coimbra, 1993, p. 1237

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie* (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 353 p.

FARBER, Daniel A. **The first Amendment**. 2nd ed. New York, p. 423

FARBER, Daniel A. **The originalism debate: a guide for the perplexed**, *Ohio State Law Journal*, 49:1085, 1989

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – Seu nexos interno**

MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra, p. 287

NABUCO, Joaquim. **Um estadista no Império**. 2ª edição, 1936

NUNES, Tássia Toffoli. **Liberdade de imprensa no Império brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

POSNER, Richard A., **Pragmatic adjudication**. Carodozo Law Review, 18:1, 5, 1996

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. – São Paulo. Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 504 p.; 17,5 x 25 cm

SCHAUER, Frederick. **The First Amendment: A Reader**, 2nd edition, West Publishing Co., 2004

.