

# **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA ABORDAGEM ÉTICO- DEMOCRÁTICA\***

Lídia Jonas Péres de Souza

## **1 INTRODUÇÃO**

Não há sociedade sem comunicação. A história do homem é a história da sua comunicação com os demais; é a história da luta entre as idéias, dos debates que proporcionam a evolução dos pensamentos. Assim, as idéias, os pensamentos e a sua transmissão são tão vitais para o ser humano quanto a sua liberdade física.

A liberdade de expressão está prevista em diversos documentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, e, ainda, na Declaração sobre a Liberdade de Expressão e Informação, editada pelo Conselho da Europa em 29 de abril de 1982.

No Brasil, a liberdade de expressão está positivada na Constituição Federal, nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, §§ 1º e 2º:

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

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

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

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

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.

---

\* Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação "Ordem Jurídica e Ministério Público", da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

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

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

Como se pode perceber, a Constituição consagrou a liberdade de expressão como um direito fundamental de todo cidadão. Nesse sentido, tal liberdade assume especial relevo como um direito individual.

A liberdade de expressão se apresenta como um direito fundamental que materializa os valores superiores do ordenamento jurídico, por meio da ligação direta e imediata com a liberdade e o pluralismo político, e como um pressuposto para o exercício de outras liberdades, já que lhes fornece a base de sustentação para que possam alcançar a sua plenitude.

Assim, há uma conexão indissolúvel entre todas as liberdades, sendo que a violação a qualquer uma delas repercute necessariamente sobre as outras. Conseqüentemente, uma má interpretação ou uma interpretação incorreta do direito à liberdade de expressão influencia diretamente em outras liberdades individuais, como a liberdade religiosa, o direito de reunião e associação, entre outros.

Percebe-se, assim, a importância da liberdade de expressão, que tem um duplo caráter de direito individual, funcionando também como pilar de sustentação, manutenção e desenvolvimento de um sistema democrático.

Diante de tais incumbências, a liberdade de expressão apresenta diversas finalidades, ou seja, com a previsão e a promoção dessa liberdade, se proporciona o alcance de vários objetivos, entre eles a descoberta da verdade, o mercado livre das idéias, a autodeterminação democrática, o controle da atividade governamental e do exercício do poder, a garantia da diversidade de opiniões, a acomodação de interesses e a transformação pacífica da sociedade e, finalmente, a promoção e a expressão da autonomia individual.

Todavia, em que pese ao grau de importância da liberdade de expressão, esse direito, assim como todos os outros, não é absoluto, encontrando limitações principalmente no que diz respeito aos direitos da personalidade que podem ser por ele vulnerados, hipótese que pode configurar uma colisão entre tais direitos.

Essa possibilidade de colisão entre os direitos ocorre porque a dignidade humana e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem também constituem direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Assim, há uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito

fundamental por parte de outro titular. Por outro lado, há uma colisão imprópria de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. No caso de eventual conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana e os direitos de personalidade, estar-se-á diante de uma colisão autêntica de direitos fundamentais ou, em outras palavras, de uma colisão em sentido estrito.

A doutrina apresenta as seguintes formas de solução para as colisões de direitos fundamentais: a primeira diz respeito ao estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais; e a segunda, mais consentânea com o princípio da unidade da Constituição, estabelece a necessidade de um juízo de ponderação de valores para eventualmente restringir-se a um direito fundamental em favor de outro.

Na hipótese de conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, somente a ponderação dos interesses colidentes no caso concreto poderá fornecer a solução mais adequada, apropriada e fiel aos demais princípios constitucionais.

A análise de jurisprudência comparada auxilia nessa tarefa, já que, quando se estiver diante de casos em que as premissas fáticas são as mesmas, o resultado da ponderação efetuado em determinado julgamento pode servir de parâmetro para a ponderação de interesses na hipótese em exame.

Na literatura pesquisada, o atual expoente no estudo da liberdade de expressão é, sem dúvida, Jónatas Machado, que, por meio da obra *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, apresenta uma análise completa sobre o referido direito fundamental, destacando as suas finalidades substantivas.

No direito pátrio, merece menção Edilson Pereira de Farias, que, em duas obras, esmiúça a liberdade de expressão e de comunicação, bem como a sua colisão com os direitos personalíssimos.

Por sua vez, as lições de Robert Alexy, no artigo *Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*; do Mestre Joaquim José Gomes Canotilho, na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, e, por fim, dos Professores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, foram a base para o estudo da colisão de direitos.

Vale ressaltar que a seleção das jurisprudências utilizadas foi feita tendo-se por parâmetro a sua menção em obras e artigos relacionados com o tema, devendo-

se frisar que certamente há várias outras que poderiam ser tratadas no presente estudo e não o foram pelo critério de escolha adotado.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar, sob uma perspectiva ético-democrática, a colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem, estudando a importância que tais direitos têm na ordem jurídica constitucional, para, ao final, após examinar como os principais tribunais ao redor do mundo têm solucionado o embate entre esses direitos, concluir pela inexistência de uma regra geral e abstrata para a solução de tal conflito, ressaltando que somente a ponderação dos interesses colidentes no caso concreto pode oferecer um resultado compatível e adequado aos interesses e aos valores protegidos pela Constituição.

Na elaboração do trabalho, foi utilizada bibliografia nacional e estrangeira, especialmente a espanhola e a norte-americana.

Para tanto, foram utilizadas duas das três perspectivas propostas pelo Professor J. J. Canotilho para o estudo de Direito Constitucional: a analítica e a empírica.

Ao analisar e aprofundar a liberdade de expressão, a dignidade humana e os direitos da personalidade, buscando revelar o seu sentido, o seu significado e as suas finalidades, bem como ao examinar o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, a pesquisa terá cunho analítico (dogmático); não debaterá a realidade, permanecerá no plano ideal.

Por outro lado, ao questionar como a jurisprudência tem resolvido as colisões entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, nota-se que a pesquisa tem também cunho empírico.

A monografia realizada resultou de uma pesquisa operatória (estudo da liberdade de expressão, da dignidade humana, do direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, bem como do fenômeno da colisão de direitos fundamentais a partir da doutrina existente, e interpretação das jurisprudências existentes no País e no mundo sobre o tema).

No que tange ao método de procedimento, os utilizados no presente estudo são o monográfico – uma vez que se buscarão analisar a liberdade de expressão, a dignidade humana, o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, bem como o fenômeno da colisão de direitos fundamentais num panorama geral – e o comparativo, já que serão comparados diversos ordenamentos jurídicos e suas respectivas jurisprudências sobre o tema.

Por fim, quanto às “técnicas de pesquisa”, as utilizadas na elaboração do trabalho foram as técnicas bibliográfica, documental e de levantamento.

Esquemáticamente, a monografia foi dividida em três capítulos.

No primeiro, o direito à liberdade de expressão é apresentado, destacando-se principalmente seu conceito e suas finalidades substantivas, possibilitando, assim, a compreensão do seu significado, sentido e alcance.

No segundo capítulo, é estudado o fenômeno da colisão de direitos e, em especial, a colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem.

Na última parte do trabalho, terceiro capítulo, é feita uma análise da jurisprudência comparada sobre o tema, por meio da abordagem das principais decisões do Brasil, dos Estados Unidos e de alguns países da Europa acerca do conflito envolvendo a liberdade de expressão e a dignidade humana, o direito à intimidade, à vida privada e à imagem.

## **2 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Além da sua importância como liberdade individual, o direito à liberdade de expressão também é fundamental por constituir pressuposto do sistema democrático. Assim, Solozábal Echevarría consigna que o direito à liberdade de expressão tem dois aspectos: uma dimensão individual, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, e uma dimensão coletiva, fundamentada no princípio da legitimidade democrática<sup>1</sup>.

Nesse sentido, Edilsom Pereira de Farias leciona que, inicialmente, a liberdade de expressão e informação estava ligada ao direito individual de manifestação do livre pensamento e da opinião. Com a evolução dos tempos, a essa dimensão individualista-liberal foi acrescida uma dimensão de natureza coletiva, de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública, essencial para o funcionamento e a manutenção dos regimes democráticos. Conseqüentemente, a liberdade de expressão, nessa dupla perspectiva, é considerada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais. Por essa razão, em caso de colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, a liberdade

---

<sup>1</sup> SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información. In: *REDC*. n. 23, 1988. *Apud* PEREZ-UGENA Y COROMINA, Maria. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*. n. 79, p. 267-287, 1992, p. 276.

de expressão e informação tem prevalecido, *prima facie*, no entendimento dos tribunais constitucionais<sup>2</sup>.

A liberdade de expressão foi reconhecida como um direito pela primeira vez em 1776, na Declaração de Direitos da Virgínia, também constando da Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana de 1787<sup>3</sup>.

Em 1789, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão dispôs, no artigo 11, sobre a garantia da comunicação de pensamento e de opinião, sem restrições, destacando a importância desse direito para o ser humano. Assim, o cidadão pode falar, escrever e publicar livremente, desde que se responsabilize pelos eventuais excessos, nos casos previstos em lei<sup>4</sup>.

Em virtude da relevância da liberdade de expressão, tem-se que, atualmente, esse direito está previsto em vários documentos internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece, no artigo 19, que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões, e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

No mesmo sentido é o artigo 10 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações ou idéias sem que possa haver ingerência de autoridades públicas e sem consideração de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, cinematográfica ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício destas liberdades, que contêm deveres e responsabilidades, poderá ser submetido a certas formalidades, restrições ou sanções previstas pela lei, que constituem medidas necessárias em uma sociedade democrática para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do delito, a proteção da saúde ou da moral, a proteção

---

<sup>2</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 167-168. No terceiro capítulo, poder-se-ão conferir as principais decisões dos tribunais constitucionais sobre o tema.

<sup>3</sup> LANER, Vinicius Ferreira. Algumas considerações sobre o direito à informação e à liberdade de expressão no Brasil. In: *Revista do Direito/Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc)*. n. 18, p. 75-95, jul./dez. 2002, p. 77.

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

da reputação ou dos direitos alheios, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica proclama: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras”<sup>5</sup>.

Ainda no plano internacional, o Conselho da Europa editou, em 29 de abril de 1982, a Declaração sobre a Liberdade de Expressão e Informação, na qual se destaca a importância da liberdade de expressão e informação e são estabelecidos objetivos a serem alcançados com o fim de proteger e promover tal direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 regula a liberdade de expressão e de informação em diversos incisos do artigo 5º, bem como no artigo 220, §§ 1º e 2º:

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

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

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

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

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.

Assim, como se pode perceber, o direito à liberdade de expressão e informação, além de estar consagrado em diversos documentos internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, foi contemplado pela Carta Política de 1988 como um direito fundamental de todos os cidadãos.

---

<sup>5</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 161-162. No mesmo sentido: LANER, Vinicius Ferreira. *Op. cit.*, 2002, p. 77.

A partir da positivação da liberdade de expressão tanto no plano internacional quanto no ordenamento jurídico pátrio, segue-se, agora, para a conceituação e a delimitação de tal direito, visando à sua melhor compreensão.

## 2.1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Não há um consenso na doutrina e na jurisprudência internacionais sobre o conceito de liberdade de expressão.

Diante de tal dissenso doutrinário e jurisprudencial na delimitação do que é liberdade de expressão, e se há alguma diferença entre essa liberdade e a de informação, Luis Gustavo Grandinetti Carvalho traz à colação a opinião de alguns autores. Miguel Ángel Ekmekdjian assevera que o direito à informação abrange todos os direitos e as liberdades que se dirigem à expressão e à comunicação pública das idéias e das notícias<sup>6</sup>. Por sua vez, Jean François Revel, citado por Ekmekdjian, assinala que a opinião é livre, enquanto o ofício de informar, ao contrário, deve ser objetivo, deve proporcionar informação exata e séria<sup>7</sup>. Já Antonio Aguilera Fernández, devido à proximidade conceitual entre o direito à liberdade de expressão e o direito à informação, e em razão da liberdade de imprensa ou informação ser derivação necessária da liberdade de expressão – a liberdade de expressão seria gênero do qual são espécies a liberdade de imprensa e o direito à informação –, defende um tratamento comum entre eles. Para esse último autor, a única diferença entre expressão e informação é que esta última é obrigada a seguir um critério de veracidade, enquanto que a primeira não<sup>8</sup>.

Na Constituição espanhola – artigo 20 –, há a proteção à liberdade de expressão e se reconhece, de forma geral, o direito à informação ativa e passiva. Assim, a expressão e a informação estão separadas quanto ao tratamento, não sendo, portanto, sinônimas<sup>9</sup>.

Javier Cremades explica que, ao consagrar separadamente a liberdade de expressão e a liberdade de informação, o artigo 20 da Constituição Espanhola aderiu a uma concepção dual que normatiza constitucionalmente a progressiva autonomia que a liberdade de informação foi adquirindo em relação à liberdade de expressão,

---

<sup>6</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho de la información*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992. Apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21.

<sup>7</sup> *Idem, ibidem*, p. 21-22.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*. Granada: Editorial Comares, 1990. Apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. cit.*, 1999, p. 22.

<sup>9</sup> CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La



da qual se originou e com a qual mantém uma íntima conexão e elementos comuns. A Constituição Espanhola se afasta, dessa forma, da tese unificadora defendida por certos doutrinadores e acolhida nos artigos 19.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966 (Nova Iorque) e 10.2 do Convênio Europeu de Direitos Humanos, os quais tipificam o direito de informação como uma variedade da liberdade de expressão<sup>10</sup>.

Para o Tribunal Constitucional Espanhol, ainda que haja uma relação íntima entre liberdade de expressão e direito à informação, há características peculiares em cada uma delas que moldam o seu tratamento jurídico, impedindo que sejam confundidas indiscriminadamente<sup>11</sup>.

Enquanto a liberdade de expressão ampara, de forma geral, o direito de difundir publicamente, por qualquer meio e para qualquer público, qualquer conteúdo simbólico, a liberdade de informação surge – com origem na liberdade de expressão – quando o seu objeto é a notícia<sup>12</sup>.

Enquanto o objeto próprio da liberdade de expressão são os pensamentos, as idéias e as opiniões – entendidos em sentido amplo, incluindo as crenças e os juízos de valor subjetivo –, o da liberdade de informação são fatos que podem ser considerados noticiáveis<sup>13</sup>.

As liberdades de expressão e de informação não apenas possuem um conteúdo diferente, como também limites e efeitos distintos. A primeira, por tratar da formulação de opiniões e crenças pessoais, sem pretensão de afirmar fatos ou dados objetivos, dispõe de um campo de ação que só vem a ser limitado pela presença de expressões indubitavelmente injuriosas sem relação com as idéias ou as opiniões manifestadas e que resultem desnecessárias para a sua exposição. Assim, por exemplo, a quem exercita a liberdade de expressão não é exigível a prova da verdade, que condiciona a legitimidade constitucional do direito de informar. Em resumo, a liberdade de informação sofre algumas restrições que não são aplicáveis à liberdade de expressão, como a exigência da verdade. Por outro lado, o sujeito que exercita a liberdade de informação recebe certas garantias jurídicas específicas, como o segredo profissional, a cláusula de consciência, etc.,

---

Ley-actualidad, 1995, p. 63. Nesse sentido, tem-se que o Tribunal Constitucional da Espanha, com base no artigo 20 da Constituição Espanhola, tem tratado de forma distinta a liberdade de expressão e a liberdade de informação. Cf. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. cit.*, 1999, p. 24.

<sup>10</sup> CREMADES, Javier. *Op. cit.*, 1995, p. 63-64.

<sup>11</sup> *Idem, ibidem*, p. 64.

<sup>12</sup> *Idem, ibidem*, p. 65.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 81.

que não são estendidas ao sujeito ativo da liberdade de expressão. Em todo caso, vale lembrar que ambos os direitos estão ligados por uma íntima conexão e por uma multiplicidade de elementos comuns<sup>14</sup>.

De acordo com Javier Cremades, a liberdade de expressão não implica, em todos os casos, a difusão do pensamento ou da idéia, pois pode haver casos em que o sujeito se interesse apenas em exteriorizá-lo e não em difundi-lo. Conseqüentemente, a liberdade de expressão protege a manifestação exterior da idéia intelectual ou mentalmente concebida, sendo que a difusão seria a propagação dessa mesma idéia num âmbito maior. Dessa forma, esse direito de liberdade de expressar idéias e opiniões se estende, também, à faculdade de criar meios materiais por intermédio dos quais a difusão se faz possível<sup>15</sup>.

García Herrera leciona que, na Constituição espanhola, se supera a concepção que circunscreve de forma redutiva a liberdade de expressão ao pensamento e às idéias, para estendê-la, também, a notícias, a fatos, que já não têm que ser um produto pessoal, uma vez que também podem ser informações de opiniões ou de fatos sobre outros. Por outro lado, junto à liberdade de manifestação de pensamento, está configurado um direito de ser informado, de receber informações sem limites. Assim, também se incluem as possibilidades de difusão do pensamento pela utilização dos meios que o avanço tecnológico criou. Também se considera o pluralismo político e social, que corresponde à facilitação pelo poder público, nos seus meios de comunicação, do contato entre os grupos que configuram a dita pluralidade e a sociedade. Por último, se contempla, no artigo 105, a garantia de se procurarem informações perante os poderes públicos, já que tal ato constitui componente indispensável para que os cidadãos disponham de um conhecimento suficiente da gestão pública<sup>16</sup>.

Na definição de Miguel Angel García Herrera, a liberdade de expressão se apresenta como um direito fundamental que materializa os valores superiores do ordenamento jurídico por meio da sua conexão direta e imediata com a liberdade e o pluralismo político e como um pressuposto para o exercício de outras liberdades, já que lhes fornece a base de sustentação para que possam alcançar a sua plenitude. Nessas condições se cria um nexo indissolúvel que conduz todas as liberdades a um destino comum, sendo que não há atentado contra alguma delas que não repercuta sobre as demais. Como já dito anteriormente, uma interpretação inconstitucional

---

<sup>14</sup> *Idem, ibidem*, p. 81-82.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem*, p. 66.

<sup>16</sup> GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Estado Democrático e libertad de expresión. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Vol. 64, p. 141-174, invierno 1982, p. 149-150.

dos limites da liberdade de expressão incide inexoravelmente sobre as liberdades afins: a liberdade ideológica e religiosa, o direito de reunião, o de associação política e sindical, o direito de participação, a liberdade de cátedra, o direito de petição, etc<sup>17</sup>.

Como mencionado, o artigo 20 da Constituição espanhola exige, para que a informação goze de proteção jurídica, a configuração do requisito da veracidade. Contrário a tal limitação, Miguel Angel García Herrera sustenta que a vida política e o debate ideológico nem sempre se desenvolvem de maneira desapaixonada, nem sempre são um exercício acadêmico de argumentos friamente expostos. Antes disso, há uma mistura de aspectos, conjugando-se componentes intelectuais e emocionais que se dirigem tanto ao intelecto como à vontade, tanto à mente como ao coração, atuando para o convencimento do ser humano. O recurso à demagogia, à propaganda e à apologia são técnicas frequentemente utilizadas quando se quer conduzir tanto o leitor quanto o ouvinte para um determinada direção. Contudo, o fato de não se estar diante de pensamentos “quimicamente puros” não é razão para negar o seu caráter de pensamento, sendo que a circunstância de que algumas informações estão condicionadas por visões partidaristas também não é motivo para negar o seu caráter de informação e, portanto, lhes privar de proteção jurídica. Para o referido autor, a Constituição espanhola não contém nenhuma distinção nesse sentido, sendo que a operação de se levar adiante tal diferenciação está repleta de dificuldades, com graves riscos de incorrer-se em arbitrariedade ao se determinar que pensamentos ou informações são tuteláveis e quais não são. Com essa postura, muitas atividades importantes da vida política poderiam ser expulsas do âmbito jurídico e reduzidas a um estado de indefesa em frente do poder. Até mesmo parcelas da vida cultural poderiam sofrer um dano irreparável<sup>18</sup>.

Conclui-se, então, que a liberdade de expressão é um direito fundamental que protege o cidadão contra o arbítrio do Estado, que não pode adentrar na esfera subjetiva do cidadão visando a regular suas idéias e seus posicionamentos, sendo assegurada a todo indivíduo a livre divulgação de suas opiniões por qualquer meio<sup>19</sup>.

Em outros países, com maior ou menor amplitude, encontra-se uma síntese que pretende refletir as múltiplas facetas da liberdade de expressão. Assim, nos Estados Unidos da América, contempla-se a liberdade de palavra ou de imprensa (Primeira Emenda); na Itália, prevê-se o direito à manifestação do pensamento (artigo 21 da Constituição); na França, protege-se a livre comunicação de

---

<sup>17</sup> *Idem, ibidem*, p. 150-151.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, p. 152.

<sup>19</sup> LANER, Vinicius Ferreira. *Op. cit.*, 2002, p. 77.

pensamento e das idéias (artigo 11 da Constituição); na Alemanha, com mais amplitude, tutelam-se o direito de expressar e difundir livremente as opiniões e o direito de se informar sem impedimentos (artigo 5 da Constituição); e, por fim, em Portugal, estabelece-se a liberdade de expressão e de informação (artigo 37 da Constituição)<sup>20</sup>.

Sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos, Thomas Irwin Emerson consigna que um sistema de liberdade de expressão, operando numa sociedade democrática moderna, é um mecanismo complexo. Na sua essência está um grupo de direitos assegurados a membros individuais da sociedade. Esse grupo de direitos, que formam o atual conceito norte-americano de liberdade de expressão, inclui o direito de formar e manter crenças e opiniões sobre qualquer assunto e comunicar idéias, opiniões e informações por qualquer meio – pela fala, pela escrita, pela música, pela arte ou outras formas. Com alguma extensão, também envolve o direito de permanecer em silêncio. Do ponto de vista do observador, inclui o direito de ouvir as opiniões dos outros e de ouvir as suas versões sobre os fatos. Abrange o direito de inquirir e, até certo ponto, o direito de acesso à informação. Como um corolário necessário, também abarca o direito de assembléia e de formar associações, isto é, de se reunir com outras pessoas que compartilham a mesma opinião<sup>21</sup>.

Dessa forma, o que se verifica é que, nos Estados Unidos da América, todos os meios de manifestação do pensamento, do cinema à imprensa escrita, são protegidos pela Primeira Emenda, que garante a liberdade de palavra e de imprensa, que recebem, portanto, o mesmo tratamento<sup>22</sup>.

Por sua vez, na Europa, o Convênio Europeu de Direitos Humanos, no artigo 10, engloba na liberdade de expressão a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar informações<sup>23</sup>.

No Brasil, ainda que não seja possível elaborar uma distinção nítida entre informação e expressão, é preciso separá-las para a correta formação da opinião pública, que tem o direito de saber se a informação que está recebendo é mesmo uma informação, um fato, um acontecimento ou se revela uma opinião, uma manifestação da expressão criativa do homem. Assim, a liberdade de informação é dotada de um maior grau de neutralidade e imparcialidade<sup>24</sup>.

Luis Gustavo Grandinetti Carvalho destaca que, mesmo que a maioria dos doutrinadores adote uma disciplina comum entre expressão e informação,

<sup>20</sup> GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. *Op. cit.*, 1982, p. 147-148.

<sup>21</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *The system of freedom of expression*. New York: Random House, 1970. p. 3.

<sup>22</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. cit.*, 1999, p. 23.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*, p. 24.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, p. 21.

eles apontam uma diferença importante entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação. Nesse sentido, afirma Grandinetti Carvalho que:

(...) é justamente em razão desta distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão. Enquanto que a expressão de uma idéia, uma opinião, um pensamento, não encontra, necessariamente, qualquer apego aos fatos, à veracidade, à imparcialidade, atributos que não lhe cumpre preencher, a informação, como bem jurídico que é, não poder ser confundida como simples manifestação do pensamento. Quem veicula uma informação, ou seja, quem divulga a ocorrência, o acontecimento de um fato, de uma qualidade, ou de um dado, deve ficar responsável pela demonstração de sua existência objetiva, despida de qualquer apreciação pessoal<sup>25</sup>.

A necessidade de correspondência com os fatos, de veracidade e de imparcialidade da informação se justifica na medida em que é, a partir dela, que o indivíduo pode construir a sua opinião pessoal e elaborar a sua percepção sobre o mesmo fato, de modo a formar sua convicção sem qualquer interferência. Já a emissão de uma opinião é necessariamente parcial, pessoal. No primeiro caso, o recebedor formula o seu próprio pensamento, enquanto, no segundo, pode ou não aderir a um pensamento já formulado<sup>26</sup>.

Luis Gustavo Grandinetti Carvalho frisa que a distinção entre expressão e informação pode parecer irrelevante, mas não é, especialmente nos dias atuais em que a informação é massificada, em que se multiplicam os meios de comunicação social, em que a Internet possibilita uma comunicação ágil e veloz entre pessoas nos mais diversos países. Nesse contexto, torna-se imprescindível preservar o senso crítico de cada indivíduo, de forma a preservar a sua capacidade de avaliar as situações que lhe são apresentadas e de emitir um juízo de valor próprio, oriundo de suas próprias reflexões, sobre cada uma delas<sup>27</sup>.

Percebem-se, assim, a relevância e a necessidade de sistematizar o direito de informação e a liberdade de expressão. O direito de informação abrange apenas a divulgação de fatos, dados e qualidades objetivamente apuradas, enquanto a liberdade de expressão abarca qualquer tipo de expressão do pensamento, seja por meio da criação artística ou literária, seja pela opinião publicada em jornais ou periódicos ou qualquer outro veículo<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*, p. 24-25.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, p. 25.

Nas palavras de Luis Gustavo Grandinetti Carvalho, “a liberdade de expressão envolve um dever de abstenção do Estado e dos demais quanto a uma faculdade de pensar, de emitir pensamento, de criar artisticamente, de professar determinado culto religioso ou doutrina política, sem qualquer embaraço, respeitados os direitos das demais pessoas”<sup>29</sup>.

Edilsom Pereira de Farias conceitua a liberdade de expressão como sendo

(...) um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações<sup>30</sup>.

Assim, apesar de englobar na liberdade de expressão o direito à informação, Edilsom Pereira de Farias também traça uma distinção entre tais liberdades, enfatizando a importância de tal tarefa para a densificação do âmbito de proteção, bem como para a delimitação dos limites e das responsabilidades decorrentes do exercício desses direitos fundamentais. Citando o entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, já explicitado alhures, Edilsom Farias registra que, enquanto os fatos são suscetíveis de prova da verdade, as opiniões ou os juízos de valor não podem ser submetidos à comprovação, especialmente devido à sua natureza abstrata. Consequentemente, a liberdade de expressão tem âmbito de proteção mais amplo que o direito à informação, já que não estaria sujeita ao limite da veracidade, aplicável a este último<sup>31</sup>.

No mesmo sentido, Vinicius Ferreira Laner conclui que a doutrina e a jurisprudência têm destacado a importância da diferenciação entre a liberdade de expressão e o direito à informação, asseverando que o objeto da liberdade de expressão compreende os pensamentos, as idéias e as opiniões, enquanto o direito à informação se refere à faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre fatos, estes entendidos como “fatos noticiáveis, que são aqueles em que o comunicador deve tomar as devidas providências no sentido de verificar a idoneidade, a veracidade, antes mesmo de publicá-los”<sup>32</sup>.

Vinicius Laner prossegue, sustentando que a distinção entre liberdade de expressão e direito à informação se mostra importante na medida em que, por meio dela, é que se determina a proteção e se demarcam os limites e as responsabilidades

---

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 29.

<sup>30</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 162-163.

<sup>31</sup> *Idem, ibidem*, p. 163-164.

<sup>32</sup> LANER, Vinicius Ferreira. *Op. cit.*, 2002, p. 78.

decorrentes dos citados direitos<sup>33</sup>. E, citando o Professor português José Joaquim Gomes Canotilho, exemplifica:

Enquanto os fatos são susceptíveis de prova de verdade, as opiniões ou juízos de valor, devido à sua própria natureza abstrata, não podem ser submetidos à comprovação. Resulta que a liberdade de expressão tem o âmbito de proteção mais amplo que o direito à informação, vez que aquela não está sujeita, no seu exercício, ao limite interno de veracidade, aplicável a este último<sup>34</sup>.

O limite interno de veracidade, aplicável ao direito de informação, diz com a veracidade subjetiva, e não com a verdade objetiva. Isso se justifica pelo fato de que, num Estado Democrático de Direito, o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, com o objetivo de que ele faça contato com a fonte dos fatos noticiáveis e averigüe a seriedade da notícia antes de divulgá-la<sup>35</sup>.

Em termos gerais, Jónatas Machado confere ao direito à liberdade de expressão um sentido amplo, sendo nela compreendido atualmente um conjunto de direitos fundamentais enquadrados pela doutrina na categoria genérica de liberdades comunicativas ou liberdades de comunicação (*kommunikativer Freiheiten; kommunikationsfreiheiten*). Há, portanto, um conceito amplo de liberdade de expressão, também chamada de liberdade de comunicação, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito – algumas vezes denominada liberdade de opinião –, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão, assim como a liberdade de produção cinematográfica<sup>36</sup>.

Na lição de Jónatas Machado,

impõe-se a consideração do direito de liberdade de expressão como direito mãe, *cluster right* ou *background right* de todas as outras liberdades comunicativas, devendo a tarefa de concretização hermenêutica destas últimas reportar-se às finalidades substantivas que historicamente foram sendo adscritas, por via interpretativa, à liberdade de expressão<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p. 78.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1077. *Apu*d LANER, Vinicius Ferreira. *Op. cit.*, 2002, p. 78.

<sup>35</sup> LANER, Vinicius Ferreira. *Op. cit.*, 2002, p. 78.

<sup>36</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 371.

<sup>37</sup> *Idem, ibidem*, p. 372.

No presente trabalho, adotar-se-á o conceito de liberdade de expressão consignado por Jónatas Machado, uma vez que se entende que ele é o que melhor reproduz o verdadeiro significado da liberdade de expressão em sentido amplo, abrangendo todo o conjunto de direitos pertencentes à categoria das liberdades comunicativas, inclusive as importantes liberdades de informação e de imprensa.

## 2.2 FINALIDADES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

As finalidades da liberdade de expressão são apresentadas de diversas formas.

Kent Greenwalt explica que não existe um único modo correto de apresentar as justificativas importantes para a liberdade de expressão. Pode-se distinguir, por exemplo, entre razões que estão focadas nos indivíduos e aquelas que estão focadas na sociedade de forma geral, entre razões relativas aos oradores e aquelas relativas aos ouvintes ou ao público em geral, entre razões que se referem à forma de governo e as que não se referem, entre as razões que refletem otimismo sobre as capacidades humanas e as que refletem pessimismo, entre as razões que se concentram no valor positivo do discurso e as que enfatizam a indignidade de confiança do governo. Pelo fato de essas justificativas para a liberdade de expressão serem baseadas em elementos complexos e que se justapõem, nenhuma divisão ou categorização múltipla pode ser totalmente satisfatória<sup>38</sup>.

Na análise das justificativas para a liberdade de expressão, Greenwalt faz a distinção entre razões finalistas e não finalistas<sup>39</sup>. Uma prática tem valor do ponto de vista finalista se ela contribui para uma desejável situação. Assim, dizer que a liberdade de expressão contribui para a honestidade do governo é avançar para uma razão finalista para a liberdade de expressão. A força da razão finalista depende da efetiva conexão entre a prática e os supostos resultados dela decorrentes. A razão

---

<sup>38</sup> GREENWALT, Kent. Free speech justifications. In: *Columbia Law Review*. Vol. 89, p. 119-155, 1989, p. 127.

<sup>39</sup> No texto original, o autor remete à *consequentialist* e *nonconsequentialist reasons*. Tem-se pela definição que: “*Consequentialism, as its name suggests, is the view that normative properties depend only on consequences. This general approach can be applied at different levels to different normative properties of different kinds of things, but the most prominent example is consequentialism about the moral rightness of acts, which holds that whether an act is morally right depends only on the consequences of that act or of something related to that act (such as the motive behind the act or a general rule requiring acts of the same kind). Narrower uses of the term ‘consequentialism’ are also common, as we shall see, but it is useful analytically to construe the essence of consequentialism as this exclusive focus on consequences*”. Disponível em: (<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>). Acesso em: 26.11.2003. Para facilitar a compreensão, neste trabalho são adotados os termos finalista e não finalista em referência à *consequentialist* e *nonconsequentialist reasons*.



não finalista é aquela segundo a qual algo sobre uma prática particular é certo ou errado independentemente das conseqüências. Um exemplo dessas razões é aquela segundo a qual a afirmação de que suprimir as idéias de alguém é errado, por violar direitos, ou é injusto<sup>40</sup>.

Por sua vez, Thomas Irwin Emerson leciona que o sistema de liberdade de expressão numa sociedade democrática repousa em quatro premissas principais: satisfação pessoal; aprimoramento e desenvolvimento do conhecimento e da descoberta da verdade; promoção da participação dos cidadãos nas decisões que são tomadas e, por fim, maior adaptabilidade e estabilidade sociais<sup>41</sup>.

Neste estudo, será utilizada a fórmula desenvolvida por Jónatas Machado, que se revela mais elucidativa quanto às finalidades almejadas com a previsão e a proteção ao direito à liberdade de expressão.

De acordo com Jónatas Machado, são muitas as teorias que se dispõem a propor quais são as finalidades substantivas da liberdade de expressão. Entre os objetivos fundamentais que a doutrina constitucional aponta, o autor português cita, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de idéias, a participação no processo de autodeterminação democrática, o controle da atividade governamental e do exercício do poder, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual<sup>42</sup>.

As finalidades substantivas da liberdade de expressão, em seu conjunto, aumentam de forma substancial a sua capacidade de resistência em sentido amplo no processo de ponderação com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Nos dizeres de Jónatas Machado,

---

<sup>40</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 128.

<sup>41</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 6-8. Emerson ressalta que a validade das premissas descritas nunca foi provada e provavelmente não possa sê-lo. E, após tratar de cada uma delas, prossegue, afirmando: “(...) Nevertheless our society is based upon the faith that they hold the true and, in maintaining a system of freedom of expression, we act upon that faith. The considerations just outlined thus represent the values we seek in a system of freedom of expression and the functions that system is intended to perform. It should be added that, while our current system of freedom of expression is a product of constitutional liberalism, the values and functions which underlie it are essential to any open society regardless of the particular form its political, economical and social institutions may have”. Tradução livre: “Contudo, nossa sociedade é baseada na fé que possui a verdade e, mantendo um sistema de liberdade de expressão, nós agimos naquela fé. As considerações há pouco esboçadas representam, assim, os valores que nós buscamos em um sistema de liberdade de expressão e as funções que esse sistema deve desempenhar. Deve-se acrescentar que, enquanto nosso sistema atual de liberdade de expressão é um produto de liberalismo constitucional, os valores e as funções que o sustentam são essenciais a qualquer sociedade aberta, independentemente da forma particular que suas instituições políticas, econômicas e sociais possam assumir”.

<sup>42</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 237.

a complexidade do debate adequa-se particularmente bem à densidade jurídico-normativa dos preceitos constitucionais. O imenso espaço hermenêutico aberto pelas diferentes doutrinas tem o mérito de possibilitar uma interpretação teleológica das liberdades da comunicação perfeitamente compatível com uma compreensão alargada do seu *Tatbestand*, minimizando os riscos de funcionalização das mesmas<sup>43</sup>.

A seguir, analisar-se-á cada um dos objetivos almejados com a liberdade de expressão.

## 2.2.1 A PROCURA DA VERDADE

O argumento mais comum para a liberdade de expressão é que o discurso promove a descoberta da verdade. Encontrado na obra *Aeropagitica*, de John Milton (1819)<sup>44</sup>, e em opiniões dos *Justices* Holmes e Brandies<sup>45</sup>, esse argumento é o núcleo da defesa da liberdade de expressão de Stuart Mill, na obra *On Liberty* (1859)<sup>46</sup>. Mill diz que, se o governo suprime as comunicações, ele pode suprimir idéias que são verdadeiras ou parcialmente verdadeiras, Mais do que isso, ainda que uma idéia seja totalmente falsa, ela provoca um reexame da verdade que a revitaliza<sup>47</sup>.

Apesar de não assumir que as pessoas vão “agarrar” a verdade sempre que ela aparecer, Mill acredita que, se se ouvir a maior variedade de pontos de vista durante o longo percurso da descoberta da verdade, as visões verdadeiras estão mais propensas a aparecer, do que se o governo suprimir aquilo que julga falso. Nas palavras de Greenwalt,

*in this standard form, the truth-discovery justification combines a contained optimism that people have some ability over time to sort out true ideas from false ones with a realism that governments, which reflect presently dominant assumptions and have narrow interests of*

---

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*, p. 290-291.

<sup>44</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 130, nota 24.

<sup>45</sup> *Idem, ibidem*, p. 130, notas 25 e 26. Para ver a opinião do *Justice* Holmes, confira o caso *Abrams v. United States* (250 U.S. 616, 624, 630 – 1919). Por sua vez, o *Justice* Brandies se manifestou sobre o tema no caso *Whitney v. Califórnia* (274 U.S. 357, 372, 377 – 1927).

<sup>46</sup> *Idem, ibidem*, p. 1230, nota 27.

<sup>47</sup> *Idem, ibidem*, p. 130-131.

*their own to protect, will not exhibit exquisite sensitivity if they get in the business of setting what is true*<sup>48</sup>.

Sobre a justificativa da procura da verdade, o professor Michel Rosenfeld assinala que a busca da verdade real tem como origem a filosofia utilitarista de John Stuart Mill. Para Mill, a descoberta da verdade é um processo incremental empírico que se baseia no julgamento e no erro e que requer uma discussão ilimitada. A justificativa de Mill para uma liberdade de expressão extensa foi incorporada à jurisprudência constitucional americana pelo *Justice* Oliver Wendell Holmes e ficou conhecida como justificativa baseada no mercado livre das idéias (*Abrams v. United Satetes U.S. 616630 – 1919*). Essa justificativa, que desde então tem sido dominante nos Estados Unidos, é estruturada na crença de que a verdade tende a prevalecer quando há discussão aberta (ainda que essa discussão temporariamente promova idéias erradas ou falsas), e não quando são utilizados outros meios para prevenir ou erradicar idéias erradas ou falsas<sup>49</sup>.

Rosenfeld destaca que, embora a justificativa de Holmes para a liberdade de expressão seja bastante similar à de Mill, suas razões para adotar o mercado livre das idéias são diferentes. Ao contrário de Mill, que acreditava no progresso social e na prevalência da verdade enquanto fosse assegurada a liberdade de expressão, Holmes era guiado pelo ceticismo e pelo pessimismo, manifestando grandes dúvidas sobre a possibilidade da real descoberta da verdade, motivo pelo qual justificava o seu mercado livre das idéias pragmaticamente. Holmes estava convencido de que o mercado livre das idéias provavelmente reduziria o mal de duas formas: diminuiria a possibilidade de a liberdade de expressão ser suprimida desnecessariamente com base em premissas falsas e encorajaria a maioria das pessoas que tende a adotar idéias perigosas ou sem qualquer embasamento a desenvolver uma saudável medida de autoquestionamento<sup>50</sup>.

Assim como Mill, Holmes não endossava a liberdade de expressão ilimitada. Para Holmes, a liberdade de expressão deveria ser protegida, a não ser que representasse um perigo claro e presente às pessoas, como, por exemplo, a

---

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 131. Tradução livre: “nesta forma padrão, a justificação da descoberta da verdade combina um otimismo contido de que as pessoas têm alguma habilidade, com o passar do tempo, para separar as idéias verdadeiras das falsas, com o realismo de que os governos, que refletem as suposições dominantes no presente e têm interesses estreitos próprios para proteger, não demonstrarão grande sensibilidade se entrarem no assunto de fixar o que é verdade”.

<sup>49</sup> ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. In: *Cardoso Law Review*. v. 24:4, p. 1523-1567, 2003, p. 1533-1534.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem*, p. 1534.

reprodução de um tiro em um cinema ou auditório lotados, causando pânico (*Schenk v. United States* 249 U.S. 47 – 1919)<sup>51</sup>.

A finalidade da procura da verdade está ligada ao processo de emergência da história do direito à liberdade de expressão. É que a liberdade de expressão surgiu num contexto de violentas disputas teológicas marcadas pela oposição entre verdade e erro, que dominavam o discurso teológico. A partir desses debates teológicos, concebeu-se o princípio segundo o qual o conhecimento da verdade resulta de “um processo dialógico e crítico-racional potencialmente acessível a todos os indivíduos”<sup>52</sup>.

A supressão da livre expressão individual não constitui uma forma de proteger as pessoas da contaminação pelo erro, mas sim uma forma de silenciar a verdade ou partes importantes dela. Isso porque, não raro, o erro se apresenta como verdade procurando ao mesmo tempo representar a verdade como erro, razão pela qual as restrições à disseminação do erro podem afetar a difusão da verdade<sup>53</sup>.

A liberdade de expressão não é um fim em si mesmo, mas uma forma, um meio de se alcançar a verdade<sup>54</sup>.

Nesse sentido, Archibald Cox leciona que, depois de Stuart Mill, talvez devêssemos falar apenas na habilidade de progredir “para a verdade” e no valor desse processo de busca. Mill espera que, pela constante busca – pelo constante debate aberto, pela tentativa e pelo erro –, possamos alcançá-la, enquanto supõe que o processo de busca tem um inestimável valor porque as lições da busca – a disponibilidade de aprender, o esforço para entender as mentes, os corações e as necessidades dos outros e o esforço para pesar os interesses deles com os seus próprios interesses – exemplificam a única base, fundação sobre a qual os homens podem viver e crescer juntos<sup>55</sup>.

A ausência de liberdade torna sempre mais difícil a descoberta da verdade. Por um lado, a liberdade de expressão encoraja a intervenção e a crítica por todos

---

<sup>51</sup> *Idem, ibidem*, p. 1534.

<sup>52</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 238. Apesar de não se ter procedido a uma evolução histórica do direito à liberdade de expressão, vale destacar que John Milton, considerado pela doutrina como o pai da liberdade de imprensa, formulou sua proposta de liberdade de expressão e de imprensa com base nesses argumentos, também utilizados por John Locke. Ademais, embora essa linha de pensamento tenha surgido associada à religião, teve repercussões no discurso público e no debate político. (Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 60-61 e 239).

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 238.

<sup>54</sup> *Idem, ibidem*, p. 238. Isso não quer dizer que a verdade será sempre alcançada, mas apenas que existe uma maior probabilidade de isso acontecer num ambiente de livre debate de idéias.

<sup>55</sup> COX, Archibald. *Freedom of expression*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1980, p. 2.

os indivíduos, com base numa concepção comunicativa de democracia. Por outro, estabelece-se uma política de desconfiança relativa a qualquer tentativa por parte dos poderes públicos no sentido de promover uma verdade oficial. Assim, a verdade nunca é fruto de uma só pessoa, surgindo sempre do debate.

Nesse contexto é que Thomas Emerson ressalta que a liberdade de expressão é essencial para o aprimoramento e o desenvolvimento do conhecimento e da descoberta da verdade. Um indivíduo que busca o conhecimento e a verdade deve ouvir todos os lados da questão, considerar todas as alternativas, testar o seu julgamento expondo-o à oposição, à crítica, e fazer uso total dos diferentes pontos de vista. A discussão deve ser mantida, não importando o quanto uma opinião é considerada certa e verdadeira, pois muitas das verdades mais amplamente reconhecidas e aceitas acabaram por se mostrar erradas. Da mesma forma, o mesmo princípio se aplica não importando o quanto uma opinião pareça ser falsa ou perniciosa; pois tal opinião pode ser verdadeira ou parcialmente verdadeira, ou, mesmo que falsa, sua apresentação e sua abertura à discussão obrigam as pessoas a pensar novamente e a testar novamente a opinião aceita. As razões que fazem a discussão aberta essencial para uma opinião individual inteligente também a revelam imperativa para uma opinião social racional<sup>56</sup>.

Parte da doutrina, com base na sociologia do conhecimento<sup>57</sup>, adverte para a ingenuidade subjacente à procura da verdade e à crença de que, por meio da discussão, a verdade acabará por triunfar, salientando que tais pensamentos têm sido sucessivamente refutados pela permanência do nacionalismo, do racismo ou do sexismo, por exemplo, profundamente enraizados na cultura. Assim, nos dizeres de Jónatas Machado, “os “factos” conhecidos confundem-se com a experiência hermenêutica e as pré-compreensões do sujeito cognoscente”.

Além disso, a justificativa da descoberta da verdade está sujeita a uma série de possíveis desafios: o de que não existe uma verdade objetiva; o de que, se a verdade realmente existe, os seres humanos não são capazes de identificá-la ou de identificar sob quais condições ela é descoberta; o de que, se os indivíduos são capazes de identificar a verdade algumas vezes, a livre discussão não contribui

---

<sup>56</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 7.

<sup>57</sup> Essa doutrina procurou saber em que medida a história, a posição social e os diferentes jogos de linguagem condicionam o modo pelo qual se percebe e se compreende a realidade. Jónatas Machado chama atenção para a existência de uma epistemologia posicional, expressão que designa o modo como as diferentes experiências pessoais e sociais levam a concepções de verdade também diferenciadas. Assim, a utilização do debate racional nem sempre é suficiente para conseguir a ascensão de um ponto de vista impessoal a partir do qual possam ser produzidos juízos objetivos, imparciais e universais sobre a realidade (Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 241-242.)

decisivamente para a sua capacidade de fazê-lo; e o de que o modo pelo qual a discussão opera na prática infringe o mercado livre de idéias, que é pressuposto da justificativa da descoberta da verdade<sup>58</sup>.

Ao contrário da afirmação de que a assunção da existência de uma verdade objetiva é crucial para a teoria clássica do mercado das idéias e que quase ninguém acredita na verdade objetiva atualmente, o argumento da descoberta da verdade pode sobreviver a uma dose substancial de ceticismo sobre a verdade objetiva. Isso fica claro quando se trata de assuntos reais. Suponha que nenhuma verdade objetiva existe fora da experiência humana ou que a única verdade para os seres humanos é o conjunto de proposições que lhes servem melhor, ou se encaixam totalmente em suas experiências num dado estágio da história. Essas posições sobre a verdade não negam que as pessoas possam aprender pelas evidências e pelos argumentos ou que, de certa forma, elas podem ficar mais próximas ou distantes de entender o que é verdade. Diante de todas as evidências que sugerem que a terra é redonda, ao invés de ser plana, e da utilidade dessa presunção para as pessoas, pode-se dizer que alguém que acredita que a terra é redonda está mais próximo da verdade do que aquele que acredita que a terra é chata. Da mesma forma, as pessoas que acreditam que muitos judeus foram mortos nos campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial estão mais próximas da verdade do que alguém que nega a ocorrência desses eventos. Assim, qualquer um aceita a existência de alguma verdade empírica, o que desautoriza a alegação de que toda verdade é subjetiva ou relativa<sup>59</sup>.

Por sua vez, as alegações que envolvem valores, e não fatos, provocam mais dificuldades, pois a assertiva de que são totalmente subjetivas não é claramente falaciosa. Essas proposições podem ser extremamente importantes para a forma como as pessoas tentam resolver os seus problemas sociais, podendo-se afirmar que tais proposições podem estar certas, ou soarem certas, sem invocar um *status* objetivo para valores definitivos. Se a idéia de verdade é um pouco alargada para incluir os entendimentos das pessoas sobre alegações relativas a valores que melhor lhes satisfazem, pode-se falar em descoberta da verdade ainda que com relação a alegações valorativas e outros assuntos em que se possa duvidar da existência de qualquer verdade interpessoal<sup>60</sup>.

Esses exemplos comprovam que significativos domínios da verdade existem ainda que sob premissas relativamente céticas, bem como que muitas verdades

---

<sup>58</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 131.

<sup>59</sup> *Idem, ibidem*, p. 132.

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*, p. 132-133.

são acessíveis às pessoas e que a maioria delas está aberta às evidências e aos argumentos sobre tais verdades. Isso não quer dizer que as pessoas nunca poderão estar certas de coisa alguma, mas é sem dúvida razoável para elas ter um alto grau de confiança sobre algumas proposições. Até mesmo quando uma teoria dominante é tida como provisória, como é o caso de muitas teorias científicas abstratas, as pessoas podem ter um alto grau de confiança de que as que com elas competem são falsas<sup>61</sup>.

Dessa forma, é insustentável qualquer idéia de que as pessoas são totalmente incapazes de avaliar quais tipos de práticas sociais promovem a descoberta da verdade. Se a verdade é um conceito significativo e as pessoas são capazes de afirmar muitas proposições de fato e de valor com confiança, elas devem ter alguma base para reconhecer quais práticas sociais promovem a descoberta da verdade. Uma abordagem é observar várias sociedades e períodos históricos para ver quando a descoberta da verdade prosperou. Obviamente, esse método é mais prático para questões referentes a verdades interpessoais não disputadas; podemos verificar que a crença no fato de que a terra é redonda surgiu mais rapidamente onde o discurso era relativamente livre. Com relação aos valores, as experiências pessoais podem ajudar. É claro que a experiência é inevitavelmente limitada e que as pessoas são notoriamente incapazes de avaliar objetivamente muitas das suas próprias experiências. Além disso, elas mal podem supor como a sua própria vida seria numa sociedade com práticas sociais diferentes. Ainda assim, elas podem se perguntar se a discussão aberta as iluminou ou se as deixou confusas, se as ajudou a adquirir um conjunto de valores mais coerente e pessoalmente satisfatório ou não. Elas podem tentar imaginar como a vida seria se certas idéias não fossem disponíveis, e elas podem retirar das experiências de conhecimento que foram levantadas de várias culturas uma rica fonte de esclarecimento<sup>62</sup>.

Dessa forma, apesar das críticas, a procura da verdade como objetivo da liberdade de expressão tem ainda algumas vantagens, decorrentes das observações empíricas cotidianas, menos ambiciosas do ponto de vista teórico. A idéia de verdade, enquanto correspondência entre o conteúdo de uma proposição e a realidade dos fatos, mantém vigor apelativo. Na solução de um litígio jurídico concreto ou na averiguação da responsabilidade política de um governante, por exemplo, pretende-se assegurar que os fatos constantes dos autos correspondam ao que realmente aconteceu. Portanto, quando desvinculada das discussões metafísicas acerca do sentido último da realidade em si mesma, a verdade continua

---

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 133.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 134.

funcionando como garantia da inteligibilidade e da comunicabilidade intersubjetiva da experiência individual e coletiva cotidiana<sup>63</sup>.

A interpretação da liberdade de expressão com base na procura da verdade deve ser feita de modo a equilibrar suas virtudes e suas debilidades. Num Estado Constitucional, a própria existência e o sentido da verdade são objetos de discussão, bem como qualquer hipotético dever moral de procurá-la. Por outro lado, numa sociedade aberta e pluralista, a questão da verdade permanece em aberto<sup>64</sup>.

De acordo com Jónatas Machado, a utilidade social de uma determinada proposição nem sempre é proporcional à sua verdade intrínseca. São frequentes os casos em que se dá preferência a outros valores, como a tolerância, a coexistência pacífica, a igualdade de todos os cidadãos, o segredo de Estado, o segredo de justiça, a honra, a intimidade da vida privada e familiar e o sigilo profissional, entre outros, em detrimento da liberdade de expressão. Nas democracias liberais, a possibilidade de se perder alguma verdade com tais restrições não é considerada normativamente decisiva. Assim, mesmo que alguém pretendesse demonstrar cientificamente a superioridade de uma raça sobre outra, essa verdade não teria necessariamente que ser aceita como base para a ordenação jurídica da comunidade política. A verdade é apenas um entre os vários bens cuja ponderação é necessária quando se disciplina juridicamente o direito à liberdade de expressão<sup>65</sup>.

Em que pese a ser a descoberta da verdade uma importante justificativa para a liberdade de expressão, a defesa de tal direito com base nela é insuficiente para conferir uma cobertura aceitável para todos os tipos de expressão. É que tal finalidade deixa parcialmente de fora uma parte significativa das condutas expressivas não ligadas ao discurso racional, mas dotadas de relevo social, como a expressão de emoções, sentimentos e opiniões, a formulação de juízos estéticos ou de valor, a discussão de opções em sede de políticas públicas, entre outras, em que a procura da verdade está longe de constituir um elemento decisivo<sup>66</sup>.

### 2.2.2 O MERCADO LIVRE DAS IDÉIAS

O mercado livre das idéias está relacionado com as concepções que associam a discussão pública à procura da verdade, delas se diferenciando em razão dos resultados

---

<sup>63</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 243.

<sup>64</sup> *Idem, ibidem*, p. 244.

<sup>65</sup> *Idem, ibidem*, p. 245-246.

<sup>66</sup> *Idem, ibidem*, p. 246.



alcançados. Pelo objetivo da procura da verdade, esta aparece materialmente ligada às idéias de maior informação ou de maior esclarecimento da razão e do espírito, procurando representar-se da forma mais perfeita e completa, traduzindo a unidade essencial entre a consciência subjetiva e a realidade objetiva. O mercado livre das idéias, por outro lado, se apresenta como um mecanismo estrutural de interação comunicativa. Nos dizeres de Jónatas Machado, estar-se-ia perante uma verdade ‘legitimada através do procedimento’, qualquer coisa como o produto causal de uma luta pela sobrevivência de uma idéia mais apta”<sup>67</sup>.

O mercado livre das idéias surge em decorrência da dificuldade de se verificar empiricamente a hipótese segundo a qual a verdade acabará por triunfar numa discussão livre e aberta, já que como é que se vai saber que a opinião que triunfa é a realmente verdadeira? O que existe é uma sobrevivência e uma coexistência de diferentes verdades, contraditórias entre si, que traduzem diferentes consensos que, embora dominem determinados contextos institucionais, sociais e culturais, dificilmente seriam objeto de uma concordância geral ou de uma imposição universal. Nas palavras de Jónatas Machado, “muitos debates, de natureza política, ideológica, religiosa, filosófica, etc., acabam por cristalizar-se em diferentes alinhamentos doutrinários e institucionais ou por morrer de tédio ou exaspero, em vez de se resolverem através da discussão racional”.

Assim, apesar de haver quem insista na existência de uma espécie de “boca invisível”, que acabará falando a verdade por meio do mercado, o certo é que se observa uma clara tendência para a debilitação da idéia da verdade, dando-se ênfase ao controle operacional dos mecanismos de funcionamento do mercado. Uma idéia se legitima não pela sua correspondência substantiva com critérios objetivos pré-determinados, mas por ser o resultado, ainda que provisório, de um procedimento dialético, crítico, livre e aberto. Esta é a diferença entre as doutrinas da procura da verdade e do mercado livre de idéias e que justifica a sua separação<sup>68</sup>.

Mais do que descobrir racionalmente as verdades, os indivíduos as escolhem ou as criam de acordo com os seus diferentes interesses, necessidades, experiências e posições na escala econômico-social, motivo pelo qual a deliberação racional nunca conseguirá gerar, por si só, um consenso final, enquanto tais diferenças existirem. Por outro lado, numa concepção mais pessimista, o mercado está longe de representar um fórum de interação crítico-racional metodológica, formal e institucionalmente controlada por excelência, mas incorpora os preconceitos socialmente dominantes, ao mesmo tempo em que sofre as distorções de posições

---

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 247.

<sup>68</sup> *Idem, ibidem*, p. 248.

de poder e de privilégio de grupos, não necessariamente majoritários, política e economicamente poderosos. Nesse contexto, a liberdade de expressão dos indivíduos se encontra na dependência de uma lógica sistêmica que lhes é imposta em termos inelutáveis<sup>69</sup>.

Para os menos pessimistas, a idéia do mercado livre das idéias se adapta facilmente à realidade contemporânea, em que se pretende que as tradicionais pretensões da verdade objetiva, captada e proclamada de forma unilateral e centralizada, dêem lugar a procedimentos retóricos de influência recíproca, isentos de coação, bem como ela se insere no contexto de novas tendências de integração econômica e política, em que a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais conduz à livre circulação de idéias<sup>70</sup>.

Há uma série de críticas à expressão mercado livre de idéias, enquanto pretensão de fornecer um modelo de regulação das estruturas comunicativas existentes nas sociedades democráticas contemporâneas. Essas críticas, que serão divididas entre as arroladas por Kent Greenwalt e as assinaladas por Jónatas Machado, não serão analisadas em profundidade, sendo aqui apresentadas, ainda que brevemente, para demonstrar que tais objeções, embora levem a uma utilização menos eufórica e mais limitada do mercado livre das idéias, não neutralizam a sua utilidade e as suas virtudes<sup>71</sup>.

Kent Greenwalt destaca que confiar que a verdade vai avançar num regime de igualdade seria simples se as pessoas, em primeiro lugar, entendessem rapidamente a verdade quando esta lhes fosse apresentada, e se as idéias em competição tivessem uma igual repercussão na atenção das pessoas. Para o autor, duas alegações minam essa confiança: a total desigualdade entre os comunicadores no mercado de idéias e a inclinação das pessoas em acreditar nas mensagens que são socialmente dominantes ou nas que servem inconscientemente às suas necessidades irracionais<sup>72</sup>.

Isoladamente, a desigualdade daqueles que buscam se comunicar dá suporte a um entendimento particular da liberdade de expressão, em vez de levar a uma rejeição do conceito por completo. Se as pessoas são razoavelmente competentes para analisar as alegações de verdade, um processo no qual as alegações relevantes são expostas com uma audiência justa, é claramente preferível a uma supressão governamental das aparentes mentiras. Se o problema dos arranjos sociais atuais é que a agregação do poder econômico e social determina amplamente o que o

---

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*, p. 249-250.

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 249.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p. 250-251.

<sup>72</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 134.

público vai ouvir, suprimindo a possibilidade de apoio às idéias desfavoráveis, o governo deve possibilitar novos canais de comunicação, ou regular os existentes, para assegurar um acesso mais igualitário. Dessa forma, restringir-se-ia a frequência com a qual certas mensagens são apresentadas, sem, no entanto, negar a sua exposição. Essa abordagem enfatizaria a justiça na disseminação de mensagens mais do que a liberdade irrestrita daqueles que desejam se comunicar e serem ouvidos, bem como possivelmente alteraria drasticamente a liberdade que alguns meios de comunicação atualmente possuem de apresentar o que desejam<sup>73</sup>.

Nessa mesma linha de argumentação, Greenwalt também apresenta um argumento segundo o qual o governo é incapaz de regular, na prática, a apresentação de idéias visando a assegurar a justiça e que as alternativas práticas para esse problema são a supressão de idéias ou a dominação pelos centros privados. Todavia, em virtude do poder governamental de fazer circular as idéias ou de possibilitar a realização de fóruns de discussão, a utilização do remédio mais drástico – a proibição da expressão de algumas idéias – seria claramente desaconselhável<sup>74</sup>.

Pode-se argumentar que um princípio de liberdade de expressão negaria ao governo o poder de dizer aos meios de comunicação privados o que comunicar. Porém, se a desigualdade e a injustiça no mercado de idéias criam objeções à própria liberdade de expressão por completo, aceitar uma versão de liberdade de expressão que permite tal regulação faz muito mais sentido do que assumir que não existem barreiras que possibilitem a supressão de algumas idéias<sup>75</sup>.

Uma avaliação sensível sobre a descoberta da verdade e sobre a desigualdade no mercado das idéias requer uma subcategorização entre domínios de verdade e audiências e o reconhecimento dos graus de possibilidade de interferência. Exemplificando, a liberdade de expressão certamente contribui para a compreensão da verdade nas ciências sociais. Embora algumas questões científicas não possam ser respondidas com confiança, e embora muitas das teorias dominantes sejam provisórias e provavelmente não vão ser aceitas no futuro, muitas questões importantes têm respostas definidas de forma justa, sobre as quais existe uma ampla concordância. Também se concorda amplamente que o avanço no entendimento entre as pessoas capazes de consentir sobre alegações científicas é promovido por meio da liberdade de comunicação na comunidade científica e que a intervenção do governo para suprimir algumas idéias científicas em favor de outras não promoveria a descoberta da verdade científica<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*, p. 134.

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 134-135.

<sup>75</sup> *Idem, ibidem*, p. 135, nota 38.

<sup>76</sup> *Idem, ibidem*, p. 136.

No que diz respeito às verdades científicas, o que se tem é que as pessoas comuns aceitam como exata a visão que é amplamente assentida entre os cientistas. Assim como em vários outros assuntos, as pessoas não têm nenhuma relação psicológica com uma ou outra hipótese. Até mesmo quando uma avaliação dominante é instável, o público geral tende a aceitá-la enquanto o assunto for amplamente tido como científico, a unanimidade virtual dos cientistas for bem propagada e o julgamento importar aos cidadãos<sup>77</sup>.

Em outros domínios que não o científico, o alcance da verdade é muito menos seguro. Em muitos julgamentos de valor, ninguém é um verdadeiro perito, e, para muitos julgamentos interpretativos sobre questões historicamente complexas e psicológicas, os especialistas divergem sobre muitos pontos fundamentais. Para assuntos como estes, a confiança em algum avanço da verdade deve ser altamente qualificada, sendo que estes são os assuntos nos quais os julgamentos feitos pelo governo são menos confiáveis. Concordando com a opinião dominante, e desejando preservar o seu próprio poder, quando o governo decide quais idéias históricas, políticas e morais suprimir, seus objetivos são outros que não a busca desinteressada da verdade<sup>78</sup>.

Donos e editores de jornais e estações de televisão, além de outros particulares com grande influência sobre a disseminação de idéias, também terão seus próprios objetivos a perseguir, sendo que a influência privada está longe de provocar uma verdadeira supressão. Nenhuma empresa privada pode proibir os outros de falarem. Em muitos pontos, os que têm poder privado vão possuir diferentes visões da verdade ou vão ter diferentes razões para apresentar alegações rivais. Ainda quando este não for o caso, as idéias conflitantes poderão ser acessíveis a uma parte do público, por meio de escritos de professores radicais em jornais acadêmicos, por exemplo. Além disso, se alguma intervenção do governo é autorizada para reparar um desequilíbrio, a regulação, como a realizada no âmbito da televisão e do rádio, ou a apresentação de um ponto de vista conflitante pelo governo, é menos dramática do que a supressão completa<sup>79</sup>.

Por sua vez, Jónatas Machado apresenta as críticas ao mercado das idéias sustentando que há quem argumente que, apesar de o mercado livre das idéias ser adequado à proteção da liberdade de expressão, ele deve ser analisado criticamente, para que atenda a várias questões fundamentais. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que há uma grande disparidade socioeconômica, existente entre os cidadãos, que os impede de ter igual acesso aos meios de comunicação social, o

---

<sup>77</sup> *Idem, ibidem*, p. 136.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*, p. 137.

<sup>79</sup> *Idem, ibidem*, p. 137.

que representa uma das mais significativas limitações ao mercado livre das idéias. Assim, considera-se que a insistência no mercado tem por finalidade a promoção de interesses determinados, motivo por que a situação dos meios de comunicação social merece uma investigação rigorosa<sup>80</sup>.

Outro aspecto é o relativo à existência de diversos incentivos ao silêncio, à autocensura, observando-se muitos sinais de “proibida a entrada” ou de “assuntos-tabus”, sendo o mercado das idéias um procedimento particularmente apto para a resolução de questões normalmente tratadas com indiferença<sup>81</sup>. Nos dizeres de Robert Weissberg,

presentemente, uma conversação franca e pública acerca do crime, da segurança social, da desigualdade econômica, dos cuidados de saúde, dos resultados educativos, da mortalidade infantil, do desemprego e da violência é provavelmente impossível sem entrar em território perigoso. Levantar tópicos considerados “tabu” atrai afronta (*outrage*) e pode ser arriscado, tanto profissionalmente como fisicamente<sup>82</sup>.

De qualquer forma, a noção de mercado livre de idéias não pode ser colocada de lado em razão da existência de falhas, sendo necessário fomentar uma concorrência funcionalmente adequada por meio da intervenção dos poderes públicos nos domínios normativos e institucionais da liberdade de expressão. A construção de um mercado livre de idéias baseado na autonomia individual e na descentralização da autoridade pode constituir o ideal e o parâmetro regulatório da intervenção estadual em setores como a prevenção e a repressão dos abusos da posição comunicativa dominante por parte de certos grupos políticos, econômicos e sociais, além de aumentar as oportunidades de acesso aos meios de comunicação social pelos grupos menos favorecidos e, ainda, eliminar as distorções graves que possam nele existir<sup>83</sup>.

Há também quem critique o mercado livre das idéias pelo seu tratamento como se fosse um bem como qualquer outro. Nas palavras de Jónatas Machado, para essa tese,

o resultado seria a substituição de todos os padrões objectivos de valor por uma apreciação subjectiva variável, feita pelos diferentes indivíduos, mensurável em termos quantitativos, em tudo análogos

---

<sup>80</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 251.

<sup>81</sup> *Idem, ibidem*, p. 251.

<sup>82</sup> WEISBERG, Robert. *The real marketplace of ideas*. Critical Review, 10, 1996. *Apud* MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 251-252.

<sup>83</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 252.

à vontade de pagar (*willingness to pay*) que caracteriza o mercado propriamente dito.

Dessa forma, o que se percebe é que essa corrente vê o mercado livre das idéias como um meio economicamente eficiente de produção e disseminação de idéias, além de constituir a causa e a consequência do relativismo moral e da indiferença que amplamente caracterizam o ambiente intelectual e espiritual contemporâneo. Nesse diapasão, a regulação das estruturas comunicativas com base no imperativo de maximização das utilidades individuais, entre elas as dos proprietários dos meios de comunicação, é responsabilizada pela produção massificada de idéias convenientes e baratas, a preços competitivos e passíveis de agradar a um maior número de pessoas. Além disso, argumenta-se que, no campo das idéias, ao contrário do que ocorre com os bens de consumo, o objetivo maior não é trocar idéias ou obter resultados eficientes, mas sim o enriquecimento intelectual e a intercompreensão comunicativa<sup>84</sup>.

Jónatas Machado assevera que essas críticas não são fortes o suficiente a ponto de comprometer a utilização da expressão mercado livre das idéias. O professor português afirma:

Em primeiro lugar, de forma alguma se pretende fazer um juízo metafísico sobre a realidade em si mesma, incluindo a personalidade individual, as idéias, os valores morais ou as práticas comunicativas. Em segundo lugar, não se pretende fechar os olhos às posições de poder e de privilégio social existentes, ao modo como elas foram em muitos casos o resultado de decisões políticas e jurídicas determinadas e como são susceptíveis de influenciar, condicionar e distorcer as práticas e as estruturas comunicativas no seio de uma comunidade política. Em terceiro lugar, não se ignora o modo como o conhecimento depende dos interesses, das necessidades e das experiências humanas e a forma como a verdade é frequentemente escolhida ou criada em termos contextualmente dependentes, mais do que descoberta através do debate crítico-razional<sup>85</sup>.

O que se pretende com o mercado livre das idéias é destacar alguns aspectos considerados essenciais numa comunidade política constituída por cidadãos livres e iguais. O mercado das idéias não passa de um espaço aberto em que diuturnamente são tomadas várias decisões individuais no âmbito da produção, da disseminação e da recepção de idéias, opiniões e conteúdos, sem que haja a intervenção de qualquer autoridade centralizada que monopolize os fluxos de comunicação,

---

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p. 252-253.

<sup>85</sup> *Idem, ibidem*, p. 253.

partindo-se do princípio de que os indivíduos são, autonomamente, produtores, comunicadores e avaliadores de sentido, sendo essa uma característica fundamental da personalidade humana. Uma doutrina constitucionalmente adequada da liberdade de expressão e das demais liberdades de comunicação deve estar fundamentada nesses pressupostos, afastando qualquer prerrogativa especial de produção e difusão centralizadora de idéias e concepções de natureza política, filosófica, ideológica, religiosa, estética, etc. Em que pese às diferentes circunstâncias concretas que condicionam indivíduos e determinados grupos, todos se encontram em posição de igualdade no domínio das idéias<sup>86</sup>.

Portanto, apesar de suas imperfeições, o mercado livre das idéias traduz os valores fundamentais da descentralização da produção e da difusão das idéias, chamando a atenção para o fato de que a iniciativa nos processos de criação, discussão e divulgação das idéias, ou seja, a produção e a colocação das idéias no mercado, deve caber aos indivíduos e aos grupos, e não aos poderes públicos. Na lição de Jónatas Machado, “a oferta e a procura de idéias, por parte dos cidadãos e grupos de cidadãos, deve ser livre. (...) Para além disso, o mercado das idéias chama a atenção para o caráter tipicamente competitivo do debate das idéias”<sup>87</sup>.

Os indivíduos não se preocupam apenas com a possibilidade de divulgação de idéias em termos absolutos, mas também estão atentos para a posição relativa em que isso os coloca perante os outros indivíduos ou grupos. Assim, as restrições à liberdade de expressão não devem compreender apenas as que bloqueiam a comunicação, mas também as que interferem no resultado que esta conduziria por si só, aspecto esse que assume importância ímpar quando se trata de construir um parâmetro para a avaliação da atividade restritiva e positiva do Estado em matéria de comunicação, que deve ser pautado no sentido de garantir a existência, a integridade e a acessibilidade de uma esfera de discurso público aberta e pluralista. Nesse contexto, os procedimentos comunicativos devem ser deixados na dependência da iniciativa e da autonomia dos particulares, tanto quanto for possível, e respeitados na sua dinâmica pelos poderes públicos<sup>88</sup>.

Para Jónatas Machado, “a opção pelo mercado é uma questão de princípio”, sendo que a expressão “mercado de idéias deve ser utilizada como sinônimo de esfera de discurso público aberta e pluralista, protegendo as dimensões humana e normativamente essenciais da comunicação”<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*, p. 253-254.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*, p. 254.

<sup>88</sup> *Idem, ibidem*, p. 255.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, p. 255.

### 2.2.3 AUTODETERMINAÇÃO DEMOCRÁTICA

A teoria democrática da liberdade de expressão encontra-se bastante próxima das da procura da verdade e do mercado livre de idéias. Aqui se sustenta o caráter instrumental da liberdade de expressão visando à proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular<sup>90</sup>.

Sobre a relação da liberdade de expressão política na democracia, Edilson de Farias anota a sua especial importância em razão do fato de que os políticos representam os cidadãos e dependem da soberania popular para a legitimação das duas ações, bem como pelo motivo de que os políticos são responsáveis pela gestão e pela decisão de aspectos essenciais da vida social. Assim, é da essência da vida democrática a discussão e a crítica dos atos governamentais, devendo-se ressaltar, todavia, a necessidade de pertinência e adequação das manifestações das opiniões relacionadas com as personalidades públicas, pois estas sofrem apenas uma restrição, e não uma supressão da sua honra ou personalidade<sup>91</sup>.

Thomas Irwin Emerson destaca que a liberdade de expressão é essencial para promover a participação de todos os membros da sociedade nas decisões que são tomadas, o que é particularmente significativo para as decisões políticas. Ao se aceitar que o poder dos governos deriva do consentimento dos governados, tem-se que os governados, para que possam exercer o direito de consentir, devem ter plena liberdade de expressão para formar seus juízos individuais e para formar o juízo comum. Esse princípio também abarca o direito de participar da construção de toda a cultura e inclui a liberdade de expressão na religião, na literatura, na arte, na ciência e em todas as áreas de conhecimento e aprendizado humano<sup>92</sup>.

Greenwalt, por seu turno, correlaciona a alegação de que a liberdade de expressão contribui imensamente para o funcionamento da democracia liberal e para os valores a que ela serve, para a descoberta da verdade e para a identificação e a acomodação de interesses – que será adiante abordada –, na medida em que elas se aplicam ao discurso político e à participação das pessoas no processo de tomada de decisões. A democracia liberal repousa, no final das contas, nas escolhas dos seus cidadãos. A liberdade de expressão pode contribuir para a possibilidade de os cidadãos e seus representantes alcançarem as verdades significativas para a vida

---

<sup>90</sup> *Idem, ibidem*, p. 255-256.

<sup>91</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e de comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 82.

<sup>92</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 7.



política, bem como pode melhorar a identificação e a acomodação de interesses, além de promover uma relação entre os representantes públicos e os cidadãos<sup>93</sup>.

Se a participação na ordem política é considerada especialmente importante para as pessoas, ou uma das muitas oportunidades de realização dos valores participativos, essa participação pode ser mais autônoma se as informações e os argumentos relevantes estiverem disponíveis. Além disso, um regime de liberdade de expressão pode desenvolver cidadãos confiantes e corajosos. Por fim, a noção de que a participação do cidadão comum é melhorada se essa pessoa pode expressar o que acredita sobre a política, bem como o fato de que a expressão da insatisfação e das injustiças ajuda a aliviar a frustração sobre um indesejável curso dos eventos políticos e contribuem para o funcionamento da democracia<sup>94</sup>.

Devido ao fato de que um processo político decente e a tomada de decisões informadas pelos cidadãos são aspectos críticos de um modelo liberal de democracia, e porque a supressão governamental de idéias políticas tende a ser desencaminhada, extraviada, a aplicação da liberdade de expressão aos assuntos políticos é centralmente importante<sup>95</sup>.

Os procedimentos deliberativos que conduzem à definição das políticas públicas e à tomada de decisões sobre assuntos de interesse geral devem ser submetidos à publicidade democrática, para que se assegurem a racionalidade, a visibilidade e o controle. Assim, as liberdades de expressão e de informação, em conjunto com as liberdades dos meios de comunicação de massas, da imprensa, da radiodifusão, do cinema, etc., são indispensáveis para a formação da opinião pública e da vontade política, para o desenvolvimento de iniciativas políticas, para a garantia da liberdade e da publicidade da vida política, para a proteção das minorias e dos direitos de oposição política democrática. De acordo com a doutrina germânica, permite-se que as minorias possam se transformar em maiorias e vice-versa, já que esta é uma condição essencial para o funcionamento de uma democracia<sup>96</sup>.

Jónatas Machado ressalta que a liberdade de expressão é um elemento estruturante da ordem democrática constitucional. E arremata:

Não admira que alguma doutrina tenha avançado com a idéia de democracia comunicativa (*kommunikative Demokratie*) e conferido à garantia dos direitos fundamentais da comunicação o estatuto jurídico-dogmático de subprincípio concretizador do princípio

---

<sup>93</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 145.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem*, p. 146.

<sup>95</sup> *Idem, ibidem*, p. 146.

<sup>96</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 259.

democrático. A ligação que se estabelece entre a liberdade de expressão e a democracia é uma verdade evidente por si mesma no seio da jurisprudência e da doutrina constitucionais, encontrando-se referida em praticamente todas as obras que versam sobre aquele direito fundamental. Cabe sublinhar que o direito à liberdade de expressão estabelece uma íntima relação com o ideal republicano da participação cívica na discussão e na decisão de questões políticas. A par do direito de gozar plenamente de todas as suas faculdades, falava-se igualmente no dever de o fazer. Para esse entendimento, os indivíduos têm o dever cívico de falar livremente sobre os assuntos de interesse comunitário, acentuando-se a responsabilidade especial de vigilância permanente que anda associada com o autogoverno<sup>97</sup>.

A importância da liberdade de expressão para a realização da autodeterminação democrática e da participação cívica é indiscutível, constituindo uma manifestação da conexão interna existente entre a garantia dos direitos fundamentais e o governo de uma comunidade. Nesse contexto, todas as formas de participação política democrática perdem o seu sentido se não existir liberdade de expressão<sup>98</sup>.

Com o objetivo da autodeterminação democrática, não se pode partir para uma concepção que, a pretexto de esclarecer o alcance de um direito subjetivo, remete para o segundo plano o relevo que esse mesmo direito pode assumir na esfera da autonomia privada dos indivíduos e dos grupos, privilegiando exclusivamente a sua dimensão objetiva e pública. Deve-se ter em mente que, em matéria de valores e comportamentos, a soma das escolhas individuais conduz à criação de um mundo coletivo que reflete a contribuição de todos, servindo dessa forma aos ideais de autodeterminação e auto-realização<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 259-260. Nesse ponto, Jónatas Machado fornece um elenco das expectativas da performance dos meios de comunicação elaborado por Michael Gurevich e Jay G. Blumer, das quais destaca: “a) vigiar o ambiente sociopolítico, registrando todos os desenvolvimentos susceptíveis de se repercutirem, positiva ou negativamente, no bem-estar dos cidadãos; b) desempenhar uma função de *agenda-setting*, identificando assuntos e problemas-chave, incluindo as forças que podem operar a sua resolução; c) constituir-se como plataformas para políticos e representantes de causas e de grupos de interesses; d) possibilitar o diálogo entre um amplo e diversificado conjunto de perspectivas, bem como entre os titulares do poder político (actuais e prospectivos) e diferentes públicos; e) incentivar os cidadãos a aprender, a escolher e a participar activamente no processo político”. Cf. GUREVICH, Michael; BLUMLER, Jay G. *Political communications systems and democratic values*, In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and the Mass Media*. Cambridge: Mass., 1990 (1991). *Apud* MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 260.

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*, p. 260-261.

<sup>99</sup> *Idem, ibidem*, p. 263.

A possibilidade de escolher livremente os valores e os padrões de comportamento não traduz uma postura puramente individualista e anti-social, assumindo grande importância na conformação positiva da sociedade globalmente considerada e na evolução de sua particular autocompreensão. É por isso que as restrições às diversas dimensões da liberdade individual afetam tanto a autodeterminação democrática da comunidade quanto a restrição à liberdade de expressão. A tese que associa o direito à liberdade de expressão com o valor da autodeterminação democrática pode minimizar a possibilidade de existirem valores e princípios constitucionais fundamentais independentemente da ligação com a democracia<sup>100</sup>.

Em segundo lugar, ou se parte do princípio de que todas as formas de comunicação características dos diferentes subsistemas de ação social contribuem direta ou indiretamente para a autodeterminação democrática da comunidade política ou se abrem as portas para uma hierarquização dos diversos tipos de condutas expressivas, de uma forma até mesmo arbitrária, tornando fácil a sua restrição. Ainda que se dê primazia a determinadas formas de comunicação, não se devem desvalorizar imediatamente as restantes. Segundo Jónatas Machado, “essas considerações são mais do que suficientes para que se rejeite qualquer tentativa de incorporar limites imanentes nas liberdades da comunicação a partir da doutrina da autodeterminação democrática, em qualquer de suas manifestações”. Para o professor português, a comunicação deve ser protegida não apenas pela sua qualidade de meio para o bom funcionamento do sistema político, mas também por ser suporte multifuncional da realização dos projetos humanos individuais e coletivos. Além dos temas de interesse político, há os que se revestem de um interesse público, geral ou individual. Muitas condutas expressivas dizem respeito a matérias como a religião, a cultura, a economia, a ciência, as artes, a estética, o entretenimento, o desporto, etc., relacionados com indivíduos e grupos particulares, domínios que somente indiretamente estão ligados ao valor da autodeterminação democrática, mas que são protegidos intensamente desde o nascimento do constitucionalismo liberal. Para que se possa insistir na ligação entre a liberdade de expressão e a autodeterminação democrática, deve-se assentar que a opinião pública e a vontade política dependem não apenas do debate sobre assuntos de interesse público, mas também da discussão acerca de todos os outros temas<sup>101</sup>.

Apesar de o valor da autodeterminação democrática não consumir o direito à liberdade de expressão, ele assume grande importância no que se refere à conformação e à concretização legislativa do referido direito fundamental, ora

---

<sup>100</sup> *Idem, ibidem*, p. 263.

<sup>101</sup> *Idem, ibidem*, p. 264-265.

conduzindo a uma leitura ampliativa do seu âmbito de proteção, como ocorre quando estão em jogo os direitos de personalidade das figuras públicas no contexto de uma discussão em torno dos assuntos públicos relativos ao bom funcionamento das instituições democráticas, em que a função democrática da liberdade de expressão impõe uma interpretação favorável à existência de uma esfera de discurso público forte, desinibida e aberta à proteção das prerrogativas comunicativas da opinião pública, ora justificando uma compreensão restritiva de tal direito, como, por exemplo, quando se trata de limitar o controle das estruturas de comunicação pelo poder político e econômico. Se a liberdade de expressão constitui um pré-requisito para o bom funcionamento da democracia, é imprescindível que se considere o modo como as estruturas econômicas, sociais e culturais podem distorcer o processo comunicativo em prejuízo da própria democracia, aspecto esse que deve ser considerado tanto para os partidos políticos, quanto para os grandes grupos de radiodifusão, da imprensa e da informação<sup>102</sup>.

## **2.2.4 CONTROLE DA ATIVIDADE GOVERNAMENTAL E DO EXERCÍCIO DO PODER**

A garantia da liberdade de expressão em sentido amplo surgiu, desde o início, associada à fiscalização da atividade governamental – que, por sua vez, está ligada à noção de autodeterminação democrática da comunidade política – consubstanciando uma exigência de controle democrático do comportamento dos poderes públicos, tendo em vista a sua conformidade com as decisões democráticas tomadas pelos órgãos representativos da população. Verificando-se uma conexão interna entre o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito, compreende-se que a função fiscalizadora da atividade governamental realizada pela liberdade de expressão pode e deve ser entendida também por referência àquele último princípio (Estado de Direito). Assim, o que se tem é que as liberdades da comunicação constituem mecanismos fundamentais de crítica e controle do exercício dos poderes públicos<sup>103</sup>.

As formas pelas quais a exposição do abuso contribui para a saúde do governo não são limitadas às democracias liberais. Até mesmo em regimes relativamente autoritários, nos quais os cidadãos comuns têm pouco a dizer sobre os que governam, a ameaça da exposição pode restringir os oficiais de abusarem pessoalmente das suas funções<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem*, p. 265-266.

<sup>103</sup> *Idem, ibidem*, p. 266.

<sup>104</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 143.

Kent Greenwalt relaciona a justificativa segundo a qual a liberdade de expressão possibilita a verificação do abuso de autoridade, especialmente o abuso de autoridade do governo, às finalidades da descoberta da verdade e da acomodação de interesses. A idéia é que se aqueles que estão no poder estão sujeitos à exposição pública dos seus erros, eles podem ser punidos. Se as autoridades públicas souberem que não estão sujeitas ao escrutínio público, elas tendem a não resistir à tentação da corrupção e da arbitrariedade<sup>105</sup>.

A exposição e o impedimento do abuso de autoridade podem ser vistos como uma subcategoria da descoberta da verdade. Quando a verdade sobre o abuso de autoridade é revelada, os cidadãos e outros oficiais podem tomar as providências corretivas cabíveis. Porém, aqui é importante destacar uma dimensão extra da descoberta da verdade. Em áreas da vida humana que envolvem escolhas, o que as pessoas fazem depende parcialmente do que elas pensam que será conhecido. Particularmente, as pessoas tendem a não cometer atos que são considerados errados e que geralmente estão sujeitos a alguma sanção se elas não têm certeza de que esses atos serão mantidos em segredo. Conseqüentemente, a perspectiva da descoberta da verdade influencia os acontecimentos; o escrutínio público impede a realização de condutas consideradas erradas. Do ponto de vista da acomodação de interesses, uma imprensa livre, que expõe os erros, afeta a balança de sensibilidade dos interesses dos cidadãos comuns em comparação com os interesses dos próprios oficiais e daqueles com quem eles se sentem alinhados pelas vantagens mútuas ou sentimentos comuns. Além disso, uma imprensa crítica afeta o modo pelo qual os oficiais e os cidadãos consideram o exercício do poder governamental, suportando sutilmente a noção de que o serviço público é uma responsabilidade, e não uma oportunidade para vantagens pessoais<sup>106</sup>.

Muito do que foi dito em relação ao princípio democrático pode ser aplicado ao princípio do Estado de Direito e vice-versa. Esse direito fundamental tem como objetivo a detecção e a denúncia pública das patologias do exercício do poder, tais como a prepotência, o arbítrio, a corrupção, o nepotismo, a inaptidão e a incompetência dos titulares de órgão público, atuais ou futuros, e de todos os atos por eles praticados que infrinjam as normas jurídicas vigentes ou que lancem dúvidas sobre o seu caráter ou sua idoneidade moral. Nessa perspectiva, os meios de comunicação devem ser protegidos, na sua autonomia institucional e funcional, por desempenharem um papel de “cão-de-guarda” a serviço do cidadão, vigiando as diferentes instâncias do poder político, numa posição intermediária entre estas e a publicidade crítica. Aqui é importante frisar que muitos dos principais escândalos

---

<sup>105</sup> *Idem, ibidem*, p. 142.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*, p. 142-143.

políticos das últimas décadas têm sido descobertos pela imprensa. É nesse contexto que se fala dos meios de comunicação social como o “quarto poder”, apostando no controle e na responsabilização pública dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>107</sup>.

A responsabilização pública dos titulares do poder político passa por uma ampla garantia do direito à liberdade de expressão, que transcende a esfera política, repercutindo em outros domínios da vida social. As liberdades de expressão e de imprensa visam a proteger o surgimento de vozes dissidentes e de propostas alternativas à atuação estatal, sendo que o exercício dessa função constitui um dos principais alvos das medidas restritivas, e isso não apenas em Estados autoritários<sup>108</sup>.

Apenas com a publicação desinibida, pode-se assegurar a circulação da informação, e as pessoas informadas podem controlar os homens, as medidas e a conduta do governo. Somente com a liberdade de expressão, as pessoas podem expor suas queixas, suas reclamações e obter respostas, soluções, reparações. Somente pelo discurso e pela imprensa, elas podem exercer a crítica. Somente pela liberdade de expressão, de imprensa e de associação as pessoas podem construir e afirmar o poder político, incluindo o poder de mudar os homens que as governam<sup>109</sup>.

De acordo com Jónatas Machado, alguns autores chamam a atenção para a natureza quase que de confronto que se estabelece entre os meios de comunicação social e o poder político, sendo imprescindível que os primeiros resistam sistematicamente a qualquer medida no sentido de subverter a sua integridade e a sua independência. Vale ressaltar, ainda, que essa função de controle não é exercida apenas no contexto do sistema político, mas também nos sistemas econômico, cultural, religioso, científico, desportivo, etc. Assim, nesses domínios, temas como a proteção do jornalismo de investigação, o caráter confidencial das fontes de informação e a aplicação de sanções disciplinares aos denunciantes de comportamentos violadores da lei e de condutas anti-sociais assumem uma importância ímpar<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 266-267.

<sup>108</sup> *Idem, ibidem*, p. 267.

<sup>109</sup> COX, Archibald. *Op. cit.*, 1980, p. 3.

<sup>110</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 268.

## 2.2.5 GARANTIA DA DIVERSIDADE DE OPINIÕES

Uma das funções que a doutrina confere ao direito à liberdade de expressão diz com a criação de uma esfera de discurso público aberta e pluralista, sociologicamente compreendida como um fórum de interação dialógica e crítica, de encontro e de confronto entre as mais diversas concepções éticas e morais, no contexto da detecção, da tematização e da resolução dos problemas da comunidade. A esfera do discurso público consiste, nas palavras de Jónatas Machado, “numa rede convencional, sem fronteiras pré-definidas, aberta à comunicação de idéias, informações, pontos de vista e opiniões traduzindo diferentes juízos valorativos”. A esfera do discurso público é um *locus* – um local, não em sentido físico – em que o debate tem conseqüências, não se confundindo com os subsistemas sociais propriamente ditos, caracterizando-se pela criação discursiva de um espaço social de comunicação permeável às trocas semânticas que se estabelecem entre eles. Desse modo, todos os participantes integram-se nos procedimentos comunicativos virtualmente unidos entre si e separados do contexto de suas concretas relações sociais, permitindo a circulação de idéias e a sua sujeição à valoração positiva ou negativa por parte dos seus membros, de acordo com um exame crítico mais ou menos racional e exaustivo<sup>111</sup>.

A concepção da esfera do discurso público não ignora a discussão em torno do mercado livre das idéias ou da intervenção do Estado na regulação das estruturas comunicativas, também não abstraindo dos debates a relevância do direito à liberdade de expressão nos planos do princípio democrático e do Estado de Direito. A garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista está umbilicalmente relacionada com o acervo de preocupações subjacentes a todos esses temas, mas pretende ir mais além, tendo como intenção fundamental a garantia de um interesse de publicidade, como antídoto contra qualquer forma de ditadura de opinião. Além disso, a esfera de discurso público visa a assegurar condições procedimentais de diálogo que possibilitem uma justa confrontação espiritual. Na lição de Jónatas Machado, a esfera do discurso público procura libertar-se de todos os condicionamentos que impeçam discussões verdadeiramente frutíferas e esclarecedoras, abrindo-se as portas para a mais autêntica e legítima influência da opinião pública no funcionamento do sistema político<sup>112</sup>.

É importante estabelecer a relação entre a esfera de discurso público e a opinião pública. O primeiro conceito designa o *locus* adequado à formação

---

<sup>111</sup> *Idem, ibidem*, p. 268-269.

<sup>112</sup> *Idem, ibidem*, p. 269-270.

autônoma da opinião pública, que, por sua vez, nas palavras de Jónatas Machado, “assume hoje um lugar de destaque no discurso jurídico constitucional, tanto no domínio específico do direito à liberdade de expressão e da comunicação social, como em sede do princípio democrático, enquanto princípio fundamental constitucionalmente estruturante”<sup>113</sup>.

Somente a existência de uma opinião pública autônoma pode funcionar como garantia substantiva da democracia, sendo que o direito à liberdade de expressão é um dos instrumentos fundamentais de garantia de tal autonomia. Por meio do direito à liberdade de expressão, reduz-se a margem de manobra das relações de hierarquia nos procedimentos comunicativos, possibilitando a emergência de uma opinião pública do público, pelo público e para o público. Em segundo lugar, a garantia de uma opinião pública autônoma remete para importantes dimensões estruturais do direito à liberdade de expressão, tais como a criação de condições típicas de mercado no âmbito da regulação e da institucionalização das estruturas comunicativas, privilegiando o pluralismo, a competitividade e a vigilância mútua<sup>114</sup>.

Um segmento da doutrina interpreta a liberdade de expressão a partir da necessidade de apoiar a diversidade de opiniões, de forma a proteger o dissenso e a assegurar de forma permanente a riqueza do debate público. A garantia da diversidade de opiniões também está ligada às doutrinas da procura da verdade, do mercado livre das idéias, da autodeterminação democrática e do controle dos abusos de poder e da transformação pacífica da sociedade<sup>115</sup>.

De acordo com Jónatas Machado, “a diversidade de opiniões está para o ambiente social assim como a biodiversidade está para o ambiente natural”<sup>116</sup>.

Conclui-se, então, que, até mesmo como questão de respeito humano básico, nós devemos uns aos outros o dever de ouvir o que cada um tem a dizer, ou, ao menos, não devemos barrar a oportunidade de cada um falar e ouvir. Sob esse ponto de vista, a supressão representa uma forma de desprezo aos cidadãos que é contestável independentemente das suas conseqüências. Ademais, quando a supressão favorece um ponto de vista em detrimento de outros, ela pode ser considerada como uma falha no tratamento igualitário dos cidadãos<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p. 271-272.

<sup>114</sup> *Idem, ibidem*, p. 278.

<sup>115</sup> *Idem, ibidem*, p. 279.

<sup>116</sup> *Idem, ibidem*, p. 281.

<sup>117</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 153.



## 2.2.6 ACOMODAÇÃO DE INTERESSES E TRANSFORMAÇÃO PACÍFICA DA SOCIEDADE

A proteção da liberdade de expressão e do dissenso vem acompanhada, ainda, da alusão aos objetivos de transformação pacífica da sociedade e de criação de válvulas de escape que libertem o vapor da confrontação e que absorvam os conflitos. A liberdade de expressão surge, então, como uma condição essencial para a garantia da estabilidade governativa, já que um Estado baseado na liberdade de expressão e no estabelecimento de relações de confiança com os cidadãos é mais forte e menos propenso a convulsões sociais do que um Estado autoritário, estruturado sobre a repressão, o ressentimento e o medo. A liberdade de expressão permite às minorias contribuir para o governo da comunidade política, bem como evita a sua marginalização do processo político-democrático e facilita a comunicação entre os governantes e os governados, porque aumenta a capacidade de aprendizado entre uns e outros, ficando os primeiros habilitados a responder de forma pronta e adequada às aspirações, aos interesses e às necessidades dos segundos<sup>118</sup>.

De acordo com Jónatas Machado, o direito à liberdade de expressão:

(...) propicia o diagnóstico precoce dos problemas e a formulação antecipada de soluções, sensibilizando a opinião pública para as necessárias inflexões no domínio das políticas públicas. A consideração autônoma dessa finalidade reveste-se de importantes conseqüências na densificação das liberdades de comunicação, devendo estas serem construídas num nível de generalidade suficientemente elevado para acomodar, em boa medida, o discurso de ódio, do confronto e do conflito, não podendo os códigos formais, as regras de civilidade ou os padrões comunitários serem utilizados para escamotear, ignorar ou encobrir situações de tensão resultantes de relações sociais caracterizadas pela desigualdade, dominação ou discriminação<sup>119</sup>.

No âmbito da doutrina da acomodação de interesses e da transformação pacífica da sociedade, a liberdade de expressão surge ora como questão de princípio, ora como problema de conveniência e oportunidade. Na primeira perspectiva, a proteção da diversidade de opiniões envolve um problema de tolerância e de justiça comunicativa, mais do que uma questão de confiança e estabilidade. O problema da justiça comunicativa surge como que um direito do interessado nos procedimentos jurídicos decisórios, vale dizer, cuida-se de dar a todos os segmentos da população

---

<sup>118</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 282.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*, p. 282-283.

a oportunidade de se fazerem ouvir e sentir no processo político e nas demais vias, formais e informais, por meio das quais se estrutura comunicativamente a sociedade funcionalmente diferenciada<sup>120</sup>.

Apesar de o efeito dessa justiça comunicativa ser uma maior paz social, para Jónatas Machado, “esta é vista como um mero efeito reflexo da prossecução de uma finalidade substantiva decorrente dos fundamentos contratuais ou ético-comunicativos, da vida social”. Ainda que, sem renunciar à questão da justiça comunicativa, é igualmente possível a ênfase no seu valor instrumental para a ordem e a estabilidade, já que a resolução de muitos problemas sociais requer, na maioria das vezes, o ajustamento de interesses de desejos em conflito. A livre comunicação permite às pessoas manifestarem os seus anseios, aumentando, dessa forma, a probabilidade da tomada de decisões apropriadas, além de ensinar a tolerância das diferenças. Já que muitos conflitos existem por causa da falta de acomodação de interesses de tolerância, a liberdade de expressão contribui para a estabilidade social. De acordo com John Rawls, a liberdade de expressão funcionaria como uma alternativa à revolução e ao uso da força<sup>121</sup>. Portanto, ainda que a ordem e a estabilidade sejam o objetivo final a ser atingido, a garantia a uma igual liberdade de expressão surge como um meio adequado e necessário à realização do fim proposto<sup>122</sup>.

Finalmente, a liberdade de expressão é um método de alcançar uma maior adaptabilidade e, por conseqüência, uma comunidade mais estável, ao balancear as saudáveis discussões e os dissensos e o necessário consenso. Isso ocorre principalmente porque a supressão da discussão impossibilita a formação de uma opinião racional, substituindo a força pela razão; porque a supressão provoca a inflexibilidade e o embrutecimento, impedindo a sociedade de se ajustar às mudanças de circunstâncias ou ao desenvolvimento de novas idéias; e porque a supressão esconde os verdadeiros problemas da sociedade, desviando a atenção pública dos assuntos críticos. Ao mesmo tempo, o processo da discussão aberta promove uma maior coesão numa sociedade porque as pessoas estão mais preparadas para aceitar decisões contrárias a elas, se elas são parte do processo de tomada das decisões. Além disso, o Estado sempre retém os poderes adequados para promover a unidade e suprimir o recurso à força. A liberdade de expressão fornece, então, a estrutura na qual o conflito necessário para o progresso da sociedade pode existir sem destruí-la. A liberdade de expressão é um mecanismo essencial para manter o equilíbrio entre estabilidade e mudança<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> *Idem, ibidem*, p. 283.

<sup>121</sup> RAWLS, Jonh. *Political liberalism*. New York, 1996. *Apud* MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 284.

<sup>122</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 283-284.

<sup>123</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 7.

Thomas I. Emerson afirma que uma boa resposta para muitos problemas sociais depende não tanto da descoberta de verdadeiros princípios, mas da acomodação de interesses e desejos conflitantes. Não existe uma linha divisória clara entre a descoberta da verdade e a acomodação de interesses. Conhecer os interesses do outro é descobrir um tipo de verdade, e até a determinação de uma acomodação ótima ou aceitável de interesses e desejos rivais pode ser vista como a compreensão de uma mistura de fatos e valores relevantes<sup>124</sup>.

Já Greenwalt ressalta que a acomodação de interesses é mais provável se aqueles que tomam as decisões têm acesso preciso aos desejos e aos interesses, o que é possibilitado por meio da comunicação. Poucas sociedades barram a expressão de sentimentos e as atitudes pessoais que contribuem para a acomodação aceitável em famílias e outras unidades sociais pequenas, mas muitas sociedades restringem a discussão pública de pontos de vista significantes, tendo como consequência a perda da habilidade de estimar os sentimentos relevantes com a comunidade<sup>125</sup>.

O Professor Kent Greenwalt assinala, ainda, que as mesmas críticas feitas à justificativa da descoberta da verdade podem ser aplicadas em relação à acomodação de interesses. Pode-se afirmar que a liberdade de expressão não produz uma adequada reflexão sobre o espectro de desejos e interesses. Devido ao fato de se dar mais importância aos desejos dos ricos, poderosos e bem-articulados, os próprios tomadores de decisão, que geralmente fazem parte desses grupos privilegiados, têm uma falsa visão do que a população em geral realmente quer. A dificuldade no que diz respeito aos “reais” interesses da sociedade vai mais além, em virtude da extensão do controle da cultura pelos privilegiados, que os prejudicados sequer têm a habilidade de entender quais são os seus reais interesses, ainda que a expressão dos seus desejos não seja reflexo do que eles genuinamente necessitam<sup>126</sup>.

Não há dúvidas de que muitas dessas críticas são verdade. Em nenhuma sociedade os desejos e os interesses são acessados sem distorção, e a distorção geralmente favorece as classes privilegiadas. Mas, então, o que deve ser feito? Existe alguma solução? A situação melhoraria se o governo suprimisse a expressão de certos desejos e interesses? Pelas mesmas razões expostas quanto à descoberta da verdade, é extremamente improvável que proibições governamentais totais venham a produzir uma precisa acomodação dos desejos e dos interesses dos cidadãos<sup>127</sup>.

As falhas na acomodação de interesses são geralmente fontes de instabilidade social, uma vez que aqueles que não têm os seus interesses atendidos tendem a

---

<sup>124</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 141.

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*, p. 141.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem*, p. 141-142.

<sup>127</sup> *Idem, ibidem*, p. 142.

se ressentir se não lhes foi dada a oportunidade de apresentá-los no processo político. Apesar de a liberdade de expressão ser frequentemente divisora, ela pode prevenir esse tipo de frustração, contribuindo também para um necessário grau de estabilidade social<sup>128</sup>.

A idéia básica da promoção da tolerância é que, se formos forçados a reconhecer o direito de expressão dos grupos odiados, é-nos ensinada a lição de tolerância para com as opiniões e os comportamentos daqueles que são diferentes de nós mesmos. Viver em um regime de liberdade de expressão ajuda na compreensão da tolerância com relação a diversas diferenças, assim como viver em um regime de liberdade religiosa ajuda a aprender a tolerar as diversas religiões<sup>129</sup>.

No que diz respeito à tolerância, Martinez de Pisón destaca que, atualmente, ela é mencionada como um talismã para a convivência nas sociedades complexas, capaz de acomodar ilusões e esperanças na coesão social, resultando, assim, em um discurso atrativo e sugestivo a que se recorre, como uma fórmula salvadora nas mais variadas situações sociais<sup>130</sup>.

José Martinez de Pisón destaca que, para alguns, a tolerância é um princípio básico da democracia, vale dizer, um princípio político ou uma virtude liberal. E prossegue citando Camps:

A tolerância é a virtude indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e as opiniões, a convicção de que ninguém tem a verdade e razão absolutas, são o fundamento dessa abertura e generosidade que supõem o ser tolerante. Sem a virtude da tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo<sup>131</sup>.

As sociedades modernas secularizadas têm poucas chances de sobrevivência se não estão baseadas na idéia de tolerância política, que é imprescindível para regular as relações entre maiorias e minorias e que é instituída como um princípio reitor nas relações entre ideologias e grupos políticos divergentes<sup>132</sup>.

Na introdução da obra *On Liberty*, Mill ilustra o problema do surgimento de novas formas de tiranias sociais, de novos despotismos, que advêm da própria sociedade:

---

<sup>128</sup> *Idem, ibidem*, p. 142.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*, p. 143, 146-147.

<sup>130</sup> PISÓN, José Martinez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 11.

<sup>131</sup> CAMPS, V. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa-Calpe, 1990, p. 81. *Apud* PISÓN, José Martinez de. *Op. cit.*, 2001, p. 13.

<sup>132</sup> PISÓN, José Martinez de. *Op. cit.*, 2001, p. 13.

*Pero las personas reflexivas se dieron cuenta de que cuando es la sociedad misma el tirano – la sociedad colectivamente, respecto a los individuos aislados que la componen – sus medios de tiranizar no están limitados a los actos que pueden realizar por medio de sus funcionarios políticos. La sociedad [...] ejerce una tiranía social más formidable que muchas opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios de escapar a ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma. Por eso no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y sentimiento prevaleciente: contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disienten de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si posible fuera, a impedir la formación de individualidades originales y a obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio*<sup>133</sup>.

O argumento central de Mill é o de que não existe, conforme já mencionado anteriormente, uma verdade absoluta que justifique restrições às liberdades individuais. A obra *On Liberty* não é somente um argumento em favor da tolerância, mas especialmente uma defesa da liberdade de consciência e de expressão<sup>134</sup>. I. Berlim bem resumiu as razões pelas quais, na opinião de Mill, os homens querem restringir as liberdades dos outros homens: “(a) porque desejam impor o seu poder sobre os demais; (b) porque querem conformidade (não querem pensar diferentemente dos demais e não querem que os demais pensem de forma diversa da deles); finalmente (c) porque acreditam que, para a pergunta de como a pessoa

---

<sup>133</sup> MILL, John Stuart. *Sobre la libertad (prol. de I. Berlim)*. Madrid: Berlim, Alianza, 1981, p. 60. *Apud* PISÓN, José Martínez de. *Op. cit.*, 2001, p. 73. Tradução livre: “Mas as pessoas reflexivas perceberam que, quando o tirano é a própria sociedade – a sociedade coletivamente, relativa aos indivíduos isolados que a compõem –, seus meios de tiranizar não são limitados aos atos que podem levar a cabo por meio de seus funcionários políticos. A sociedade [...] exerce uma tirania social mais formidável que muitas opressões políticas, já que, se bem, de início, não tem a seu serviço penas tão graves, deixa menos meios de escapar dela, porque penetra muito mais nos detalhes da vida e acaba enjaulando a alma. Por isso, não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Também é necessária a proteção contra a tirania da opinião e do sentimento prevalecente: contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as suas próprias idéias e práticas como regras de comportamento para aqueles que dela dissitem; sufocando o desenvolvimento e, se possível, impedindo a formação de individualidades originais e obrigando todos os indivíduos a se moldarem de acordo com o modelo por ela imposto”.

<sup>134</sup> PISÓN, José Martínez de. *Op. cit.*, 2001, p. 74.

deve viver (assim como para qualquer outra pergunta), não pode haver mais do que uma única e verdadeira resposta”<sup>135</sup>.

A crítica à existência de uma verdade absoluta se converte no reconhecimento de um pluralismo ideológico e da tolerância, inclusive das opiniões que constituem erros crassos. Eis o resumo da posição de Mill sobre a verdade:

Temos reconhecido que para o bem-estar intelectual da humanidade (do qual depende todo e qualquer outro bem-estar), é necessária a liberdade de opinião, e a liberdade de expressar toda opinião; isso por quatro motivos que agora resumimos.

Primeiramente, uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, pode ser verdadeira. Negar isso é aceitar nossa própria infalibilidade.

Em segundo lugar, ainda que a opinião reduzida a silêncio seja um erro, pode conter, e com frequência contém, um porção de verdade; e como a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente, ou nunca, é toda a verdade, somente pela colisão de opiniões diversas há alguma probabilidade de se conhecer a verdade total.

Em terceiro lugar, ainda que a opinião admitida fosse não somente a verdade, mas toda a verdade, a menos que possa ser, e seja, lealmente discutida, será sustentada pelos demais que a admitem como um preconceito, com pouca compreensão ou sentido de seus fundamentos sociais. E não apenas isso, mas, em quarto lugar, o sentido da mesma doutrina correrá o risco de se perder ou de se debilitar, perdendo o seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; o dogma será convertido em uma profecia meramente formal, ineficaz para o bem, enchendo o terreno de obstáculos e impedindo o desenvolvimento de toda convicção real e sentida de coração, fundada na razão ou no sentimento pessoal<sup>136</sup>.

Primeiramente, ninguém é infalível para gozar do privilégio de sempre possuir a verdade. Ademais, não existe um verdade total, mas apenas fragmentos dela. Apenas por meio do contraste, do debate e da discussão é que se pode completar o quebra-cabeça de cada verdade. Por fim, um monopólio da verdade a enclausura e a faz perder a sua vitalidade e frescor, deixando, assim, de cumprir sua função social<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> MILL, John Stuartigo. *Sobre la libertad (prol. de I. Berlim)* Madrid: Berlim, Alianza, 1981, p. 24. *Apud* PISÓN, José Martinez de. *Op. cit.*, 2001, p. 74.

<sup>136</sup> MILL, John Stuartigo. *Sobre la libertad (prol. de I. Berlim)* Madrid: Berlim, Alianza, 1981, p. 119-120. PISÓN, José Martinez de. *Op. cit.*, 2001, p. 76.

<sup>137</sup> PISÓN, José Martinez de. *Op. cit.*, 2001, p. 76-77.

A defesa da tolerância de Mill está baseada na sua concepção sobre a liberdade individual e do reconhecimento da pluralidade de experiências vitais e de opiniões pessoais. Somente mediante o reconhecimento da liberdade, o indivíduo pode desenvolver as suas crenças, as suas opiniões e confeccionar os seus planos de vida, vale dizer, desfrutar de sua autonomia. A tolerância é, finalmente, o resultado desse emaranhado ideológico, que liga a autonomia individual com a liberdade e com o pluralismo ideológico – a pluralidade de verdades, a inexistência de uma verdade absoluta. Apenas com a tolerância é possível que os indivíduos possam desfrutar das condições mínimas para realizar a sua liberdade e materializar a sua autonomia, de forma a evitar tudo o que possa prejudicar os demais. A vida social é variedade e pluralidade, relativa à possibilidade de se restringir a liberdade de expressão da multiplicidade de experiências pessoais, e essa realidade exige a existência da tolerância<sup>138</sup>.

## 2.2.7 PROMOÇÃO E EXPRESSÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

Para Thomas Emerson, a liberdade de expressão é essencial como meio de assegurar a satisfação pessoal. A finalidade própria do homem é a realização do seu caráter e das suas potencialidades como ser humano. Para o alcance dessa realização pessoal, a mente deve ser livre. Conseqüentemente, a supressão da crença, da convicção, da opinião ou da outra expressão é uma afronta à dignidade humana, uma negação à natureza essencial do ser humano. Mais do que isso, o homem, na qualidade de membro da sociedade, tem o direito de participar das decisões comuns, que o afetam. Vedar a busca da verdade pelo homem, ou a sua expressão da verdade, é elevar a sociedade e o Estado a um comando despótico e colocar o homem sob o controle arbitrário dos outros<sup>139</sup>.

No mesmo sentido, Jónatas Machado afirma que “o entendimento jurídico-dogmático da liberdade de expressão como direito subjetivo não pode prescindir da referência à personalidade e à autonomia individuais”. De acordo com essa posição, parte da doutrina destaca o modo pelo qual a liberdade de expressão promove a autonomia individual, estabelecendo uma relação íntima com a liberdade de escolha<sup>140</sup>.

Cada indivíduo deve ter liberdade para formar suas crenças e suas concepções, bem como de comunicá-las aos outros da forma que entender adequada. Assim,

---

<sup>138</sup> *Idem, ibidem*, p. 77.

<sup>139</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 6.

<sup>140</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 285-286.

as restrições à liberdade de expressão seriam impedimento à garantia do princípio da auto-realização individual, ou seja, ao desenvolvimento moral, intelectual e espiritual de cada pessoa. Nesse contexto, a liberdade de expressão e de discussão constitui um elemento fundamental do desenvolvimento pessoal<sup>141</sup>.

Por meio da doutrina da promoção e da expressão da autonomia individual, é que se pode compreender, com maior clareza, o porquê de a proteção do direito à liberdade de expressão extravasar o âmbito da discussão pública dos assuntos políticos e se estender a domínios como a cultura, a arte ou a religião, prevalecendo sobre os padrões comunitários de correção, moralidade e decência<sup>142</sup>.

Nesse sentido, Kent Greenwalt assevera que, ao proporcionar às pessoas a oportunidade de ouvir e digerir as posições rivais e explorar as opções em conversações com os outros, a liberdade de discussão promove um julgamento e uma decisão responsáveis, que podem ser caracterizados como autonomia. Nesse sentido, a liberdade de expressão não promove autonomia se houve falhas em trazer as considerações relevantes ao público, como, por exemplo, no caso da existência de uma estrutura de controle pelo governo, ou se, apesar da oportunidade de controvérsia e exposição dos pontos de vista mais relevantes, as pessoas, num regime de liberdade de expressão, passivamente seguiram as opiniões das autoridades, ou decidiram com base em paixões irracionais. As premissas fáticas da alegação das decisões autônomas pressupõem que, num ambiente em que todas as idéias possam ser expressas, as pessoas fiquem menos sujeitas às ditaduras alheias e sejam encorajadas a exercer essa independência de forma considerável, que revele totalmente o que elas são e o que pensam. Essa suposição não significa que a liberdade de expressão vai efetivamente produzir pessoas completamente autônomas, ou mesmo pessoas mais autônomas do que não autônomas, mas apenas que as pessoas serão mais autônomas num regime de liberdade de expressão do que sob um regime de total supressão<sup>143</sup>.

A prática da liberdade de expressão melhora a vida daqueles que buscam se comunicar de diversas formas. Para quem fala, a comunicação é essencial para a relação com os demais, configurando, ainda, um indispensável meio de desabafar os sentimentos e um aspecto vital do desenvolvimento da personalidade e das idéias individuais. A disposição dos outros em ouvir o que os demais têm a dizer gera o amor-próprio, o auto-respeito. Limitar o que as pessoas podem dizer reduz todos esses benefícios. Se o governo restringir opiniões sociais que uma pessoa mantém

---

<sup>141</sup> *Idem, ibidem*, p. 286.

<sup>142</sup> *Idem, ibidem*, p. 286.

<sup>143</sup> GREENWALT, Kent. *Op. cit.*, 1989, p. 143-144.



firmemente ou deseja explorar, essa pessoa provavelmente se sentirá frustrada e se sentirá ultrajada no seu senso de dignidade<sup>144</sup>.

Porque a comunicação está tão intimamente ligada aos nossos pensamentos e aos nossos sentimentos, sua supressão usurpa nossa personalidade muito mais do que outras restrições de liberdade<sup>145</sup>.

Todavia, em que pese à centralidade da autonomia individual no âmbito das liberdades da comunicação ser atualmente reconhecida, alguma doutrina tem tido dificuldade em utilizá-la de forma consistente na resolução de problemas práticos de criação e aplicação de normas. Isso decorre do fato de que a autonomia e a auto-realização individuais não respondem a algumas questões dogmáticas fundamentais, tais como: por que há a proteção específica da liberdade de expressão e não de outras condutas igualmente dedutíveis da auto-realização individual? Em que medida se pode restringir a liberdade de expressão em diferentes situações concretas? O que fazer quando determinada expressão, apoiada no valor da auto-realização individual, fere a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de outrem? Que peso que deve ser atribuído aos direitos dos editores, dos distribuidores e de todos os demais participantes no processo comunicativo?<sup>146</sup>

### **3 COLISÃO DE DIREITOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITO À HONRA, À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À IMAGEM**

Nas palavras de Edilsom Pereira de Farias, “a colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem *versus* a liberdade de expressão e informação significa que as opiniões e os fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente”. Por outro lado, a liberdade de expressão e informação, como direitos fundamentais que transcendem a dimensão individual por contribuírem para a formação da opinião pública pluralista, essencial para o funcionamento da democracia, não deve ser restringida por direitos ou bens constitucionais de modo que fique totalmente desnaturalizada<sup>147</sup>.

De acordo com Edilsom de Farias, os critérios desenvolvidos para solucionar a colisão envolvendo a liberdade de expressão, em observância ao

---

<sup>144</sup> *Idem, ibidem*, p. 144-145.

<sup>145</sup> *Idem, ibidem*, p. 145.

<sup>146</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 287.

<sup>147</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 171.

caráter institucional dessa liberdade e a sua importância para a formação da opinião pública e para o funcionamento da democracia, têm refletido uma certa preferência valorativa abstrata pela expressão e pela comunicação, o que, de forma alguma, dispensa a ponderação concreta, mas que, sob certas circunstâncias e cumpridos determinados requisitos, pode conduzir à prevalência das opiniões e das informações divulgadas<sup>148</sup>.

A relevância social da informação ou da opinião referidas a pessoas e assuntos públicos, a veracidade das informações difundidas e a adequação das expressões utilizadas na manifestação do pensamento e na divulgação do fato noticiável geralmente conduzem à posição prevalecente da liberdade de expressão e comunicação sobre outros direitos, quando em colisão. Além desses requisitos, podem-se ainda acrescentar as circunstâncias de a liberdade de expressão ou comunicação ser concretizada por profissional da comunicação e realizada por meio de veículo de comunicação de massa, o que favoreceria a valoração de tal liberdade quando em conflito com direitos personalíssimos, tendo em vista a relevância da mídia e o papel social de seus profissionais<sup>149</sup>.

Para melhor analisar essa instigante colisão de direitos fundamentais, impende analisar, ainda que em linhas gerais, o fenômeno da colisão de direitos.

### 3.1 COLISÃO DE DIREITOS

Há uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Por outro lado, há uma colisão imprópria de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

O Professor Gilmar Mendes ensina que a doutrina sobre o tema trata de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ou sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se, tão-somente, às colisões de direitos fundamentais entre si. Já as colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios e valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2002, p. 253.

<sup>149</sup> *Idem, ibidem*, p. 253-254.

<sup>150</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 281.

Robert Alexy acrescenta que as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito surgem sempre que o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular, hipótese em que os direitos fundamentais podem ser idênticos ou de caráter diverso<sup>151</sup>.

Assim, quanto às colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, que podem se referir a direitos fundamentais idênticos ou a direitos fundamentais diversos, existem, idealmente, quatro tipos básicos de colisões: a colisão de direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; a colisão de um direito fundamental de defesa de caráter liberal e um direito de proteção; a colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito; e, por fim, a colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático, ou seja, a tensão entre o texto da norma e a sua eficácia<sup>152</sup>.

Essas quatro espécies de colisão de direitos fundamentais idênticos são explicadas pelo Professor Alexy. No primeiro caso, tem-se o mesmo direito fundamental enquanto direito liberal de defesa, como, por exemplo, no caso de dois grupos rivais se dirigirem ao mesmo tempo para o centro da cidade com o objetivo de realizar uma manifestação, o que configura um perigo de conflito. Na segunda hipótese, tem-se um mesmo direito fundamental enquanto direito de defesa na acepção liberal de alguém e enquanto direito de proteção de outrem. É o que ocorre quando se atira no seqüestrador com o objetivo de salvar a vida da vítima. A terceira hipótese de colisão é verificada entre os lados positivos e negativos de muitos direitos fundamentais, como no caso da liberdade religiosa, que abrange tanto o direito de ter uma religião e praticá-la, como também o direito de não ter uma religião ou de não desenvolver uma prática religiosa. A quarta variante das colisões de direitos fundamentais idênticos ocorre se se considera o lado jurídico e o lado fático de um mesmo direito fundamental. Aqui, Alexy dá o exemplo da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã sobre subsídios financeiros aos litigantes em processos judiciais. Partindo da igualdade jurídica, ter-se ia que, se pobres e ricos são tratados de forma igual, nenhum deles receberia ajuda ou subsídio para suportar os custos do processo ou dos advogados. Todavia, sob a perspectiva de uma igualdade fática, essa opção revela um tratamento antiisonômico, já que se retiraria ou reduziria a possibilidade dos pobres de impor os seus direitos<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999, p. 68-69.

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 281-282.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 1999, p. 69-70.

No que diz respeito às colisões de direitos fundamentais diferentes, assume especial importância a colisão entre a liberdade de expressão e os outros direitos fundamentais do atingido pela manifestação da opinião, sendo imprescindível, nesses casos, a ponderação dos direitos em jogo<sup>154</sup>.

Todas as colisões de direitos somente podem ser superadas se são impostos a um dos lados envolvidos na questão, ou a ambos, restrições ou sacrifícios. Resta saber, então, como devem ser tomadas as decisões básicas sobre a estrutura da dogmática dos direitos fundamentais<sup>155</sup>.

### 3.1.1 COLISÃO APARENTE

Antes de se analisar a colisão de direitos propriamente dita, vale dizer, a colisão efetiva entre direitos fundamentais, é oportuno destacar que há hipóteses em que a ação que se pretende ver resguardada sob o âmbito de proteção de determinado direito simplesmente não está abrangida no referido âmbito de proteção.

Gilmar Ferreira Mendes destaca que muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos fundamentais caracterizam apenas conflitos aparentes, já que as práticas controvertidas não estão abrangidas no âmbito de proteção oferecido pelo direito fundamental ou, em outras palavras, estão fora do âmbito de proteção do direito<sup>156</sup>.

Edilson Pereira de Farias também leciona que, para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais, o intérprete deve, inicialmente, determinar o âmbito de proteção do direito, pois há casos em que não há colisão simplesmente pelo fato de que a norma constitucional não protege certas formas de exercício do direito, as quais estão excluídas da esfera normativa enunciada pela Constituição<sup>157</sup>.

Portanto, de acordo com Edilson Pereira de Farias,

constatando o intérprete que, no caso concreto, o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste (através da garantia do núcleo essencial) por meio do processo de

---

<sup>154</sup> *Idem, ibidem*, p. 69.

<sup>155</sup> *Idem, ibidem*, p. 73.

<sup>156</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário e Constitucional*, n. 5, p. 178-185, 1. quin. mar. 2003, p. 185.

<sup>157</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 122.

ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais<sup>158</sup>.

Desse modo, a análise do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é indispensável para que se possa saber, inicialmente, se se está diante de uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais ou se o que existe é apenas um conflito aparente.

### 3.1.2 COLISÃO EFETIVA E RESOLUÇÃO DA COLISÃO

A autêntica colisão de direitos ocorre quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. São exemplos típicos de colisão de direitos fundamentais a liberdade artística, científica ou de comunicação *versus* a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas<sup>159</sup>.

Os direitos são considerados direitos *prima facie*, e não direitos definitivos, sendo que a sua definição depende da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas<sup>160</sup>.

O domínio normativo (*Tatbestand*) de um determinado direito é, em primeiro lugar, um domínio potencial, só se tornando um domínio atual depois da averiguação das condições concretamente existentes. A conversão de um direito *prima facie* em direito definitivo pode ser objeto de lei restritiva que, nos casos autorizados pela Constituição, constitui um primeiro instrumento de solução de conflitos<sup>161</sup>.

No que diz respeito aos direitos não sujeitos à restrição legal, tem-se que eles não podem ser convertidos em direitos com mais restrições do que aqueles restringidos diretamente pela Constituição ou por autorização constitucional. Dessa forma, os conflitos não são solucionados com as seguintes afirmações: a colisão é solucionada por meio de limites imanentes antepostos aos direitos, reduzindo-lhes, *a priori*, o âmbito normativo; a colisão é solucionada com a limitação do âmbito de proteção, sendo extensíveis somente os conteúdos ou os efeitos do direito que, sob uma perspectiva de concordância prática, não neutralizam ou aniquilam outros direitos ou bens colidentes; e, por fim, a colisão é resolvida pela idéia de justificação

---

<sup>158</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2003, p. 185.

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1231.

<sup>161</sup> *Idem, ibidem*, p. 1231.

de restrição, a qual conduz, em termos práticos, à idéia de solução do conflito por meio da restrição de um dos direitos colidentes. Portanto, os conflitos de direitos devem ser solucionados tendo-se em conta vários tópicos e exemplos<sup>162</sup>.

O que se pode perceber é que, para solucionar uma colisão de direitos fundamentais, é necessário construir regras do direito constitucional de conflitos com base na harmonização de direitos e, quando necessário, na prevalência, ou relação de prevalência, de um direito ou bem em relação a outro. Contudo, essa relação de prevalência só é possível em face das circunstâncias concretas, pois, somente nessas condições, é legítimo afirmar que um direito tem mais peso ou valor do que outro<sup>163</sup>.

A doutrina apresenta algumas formas de solução para as colisões de direitos fundamentais: a primeira diz respeito ao estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais; e a segunda, mais consentânea com o princípio da unidade da Constituição, prescreve a necessidade de um juízo de ponderação de valores para eventualmente restringir-se um direito fundamental em favor de outro.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é claro que a fixação de uma hierarquia acabaria por desnaturá-las completamente, desfigurando também a Constituição, enquanto sistema de normas unitário e harmônico. Dessa forma, somente em casos especiais e excepcionais, admite-se uma valoração diferenciada de direitos individuais<sup>164</sup>.

Assim, no Direito Alemão, a dignidade humana integra os princípios fundamentais da ordem constitucional que balizam todas as demais disposições constitucionais, sendo que a garantia da eternidade lhe confere posição especial em frente dos outros preceitos constitucionais. Da mesma forma, o direito à vida prevalece sobre outros direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o seu exercício<sup>165</sup>.

Tentou-se fixar fórmula geral, segundo a qual valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> *Idem, ibidem*, p. 1232.

<sup>163</sup> *Idem, ibidem*, p. 1232.

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2003, p. 184.

<sup>165</sup> *Idem, ibidem*, p. 184.

<sup>166</sup> DRÜIG, citado por RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Vol. II, 1976, p. 455-456. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, 2003, p. 184.

Contudo, não procede a tentativa de se atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação aos vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, pois a previsão de expressa restrição legal não contém um juízo de desvalor de determinado direito, ou seja, não significa que ele valha menos do que um direito não submetido à reserva legal, significando, apenas, que sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionais relevantes<sup>167</sup>.

Uma das propostas de solução doutrinária é a que propõe a transferência das limitações impostas a um determinado direito para aqueles insusceptíveis de restrição. Além de não resolver o problema por completo, já que não traria solução à hipótese de conflito entre direitos formalmente insusceptíveis de restrição, essa posição reduz substancialmente o significado das garantias jurídicas especialmente desenvolvidas para certos direitos considerados fundamentais<sup>168</sup>.

Outros afirmam que a colisão de direitos atua como uma forma de restrição imanente que legitima a intervenção na esfera do direito não submetido expressamente a uma limitação. Essa orientação tem a vantagem de não impor limitações, *a priori*, ao âmbito de proteção de determinado direito, limitando-se a legitimar constitucionalmente eventual restrição. Dessa forma, a interpretação sistemática atuaria de forma corretiva, permitindo tanto a justificação de novas restrições, como a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito<sup>169</sup>.

Todavia, essa abordagem também não é precisa, revelando ambigüidades na medida em que não explicita a função do princípio da reserva legal no caso de colisão de direitos individuais, deixando em aberto se as restrições decorrentes do conflito de direitos individuais são admissíveis apenas nos direitos não submetidos a restrições legais, ou se são possíveis, também, em relação aos demais direitos individuais suscetíveis de restrição legal, e se tais restrições podem ser identificadas apenas pelo legislador, ou se, ao contrário, a Administração e o Judiciário também podem fazê-lo<sup>170</sup>.

O que se percebe, portanto, é que não basta que se proceda a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado, até porque dificilmente se pode estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Faz-se necessário, assim, um juízo de

---

<sup>167</sup> RÜFNER, Wolfgang. *Grundrechtesskonflikte*. Op. cit., p. 462. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2003, p. 184.

<sup>168</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2003, p. 183.

<sup>169</sup> *Idem, ibidem*, p. 183.

<sup>170</sup> *Idem, ibidem*, p. 183.

ponderação entre os valores em conflito, contemplando-se as circunstâncias particulares de cada caso concreto<sup>171</sup>.

Vale ressaltar que o juízo de ponderação e a valoração de prevalência podem ser efetuados desde logo pelo legislativo ou no momento da elaboração da decisão para o caso concreto, sendo que, neste estudo, merece especial destaque a ponderação efetuada pelos juízes e pelos tribunais ao se depararem com conflitos efetivos entre direitos fundamentais<sup>172</sup>.

As normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, tanto quanto possível, de acordo com o contexto jurídico e a situação fática. Não existe um padrão ou um critério de solução de conflitos de direitos válidos em termos gerais e abstratos. A ponderação ou a harmonização de direitos no caso concreto é, apesar do perigo da subjetividade das decisões judiciais, uma necessidade inafastável. Contudo, isso não invalida a utilização de critérios metódicos abstratos que orientem a tarefa de ponderação ou harmonização concretas, tais como o “princípio da concordância prática” de Hesse ou a “idéia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes” de Lerche<sup>173</sup>.

Como dito anteriormente, só se pode falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecido o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras de tais direitos. Portanto, a primeira tarefa metódica da restrição de direitos, liberdades e garantias consiste na análise da estrutura da norma constitucional, determinando-se quais são os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – o âmbito de proteção da norma –, verificando-se, ainda, se tais bens já sofrem alguma restrição imediatamente estabelecida pela própria Constituição – restrição constitucional expressa – ou se a Constituição autoriza a restrição desse âmbito de proteção pela lei – reserva legal<sup>174</sup>.

Para o Professor Gilmar Ferreira Mendes, a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais configura pressuposto primário e essencial para a proteção de tais direitos.<sup>175</sup> Esse âmbito da proteção do direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos contemplados na norma jurídica e a consequência comum estabelecida para eles, ou seja, é aquela parcela da realidade que o legislador constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> *Idem, ibidem*, p. 183.

<sup>172</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 1997, p. 1233.

<sup>173</sup> *Idem, ibidem*, p. 1233.

<sup>174</sup> *Idem, ibidem*, p. 1233.

<sup>175</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 210-211.

<sup>176</sup> *Idem, ibidem*, p. 211.



Entretanto, não se deve confundir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais com a conformação, a restrição ou a colisão de tais direitos, pois, muito embora sejam conceitos correlatos, eles não se confundem. O Professor Gilmar Mendes adverte que qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição de tais direitos não integra o âmbito de proteção dos direitos fundamentais<sup>177</sup>.

A determinação do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais, sendo que, muitas vezes, há de ser obtida em confronto com eventual restrição a tal direito<sup>178</sup>.

Uma vez concluída a tarefa metódica de delimitação do âmbito de proteção, devem-se averiguar o tipo, a natureza e as finalidades da medida legal restritiva. Existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é direta ou indiretamente limitado por meio da lei. De forma geral, as leis restritivas de direitos diminuem ou limitam as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção da norma e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental<sup>179</sup>.

Para que se possa compreender a problemática das restrições de direitos, liberdades e garantias, exige-se uma sistemática de limites, ou seja, devem-se analisar os tipos de restrições eventualmente existentes, pressupondo-se a seguinte tipologia: restrições constitucionais diretas ou imediatas (restrições diretamente estabelecidas pela Constituição), restrições estabelecidas pela lei, mediante autorização expressa da Constituição (reserva legal) e limites imanentes ou implícitos (limites constitucionais não expressos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos)<sup>180</sup>.

De acordo com o Professor Gilmar Mendes, a idéia de restrições aos direitos individuais suscita o problema relativo à possibilidade lógica do estabelecimento de tais restrições. Pela teoria interna, direito individual e restrição são duas categorias distintas lógica e juridicamente, razão pela qual existe, inicialmente, um direito propriamente dito, não limitado, que, com a imposição de restrições, se converte em um direito limitado. Assim, pela teoria externa, inexistente uma relação necessária entre direito individual e a idéia de restrição, sendo que tal relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos. Em contraposição a esse entendimento, a teoria interna

---

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*, p. 211-212.

<sup>178</sup> *Idem, ibidem*, p. 212.

<sup>179</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 1997, p. 1234.

<sup>180</sup> *Idem, ibidem*, p. 1235.

apregoa que não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de um direito individual com determinado conteúdo, vale dizer, o direito fundamental já se apresenta com um conteúdo que é determinado pela restrição a ele subjacente. Assim, a idéia de restrição é substituída pela de limite, razão pela qual não se trata de saber se o direito fundamental deve ou não ser limitado, mas, sim, qual o seu conteúdo<sup>181</sup>.

O Professor Gilmar Mendes, analisando a doutrina de Alexy, expõe que, entre a teoria interna e a teoria externa, existe mais do que uma controvérsia terminológica ou conceitual, sendo que uma corrente que defenda uma concepção individualista da sociedade e do Estado tenderá a adotar a teoria externa, enquanto que aqueles que optam por uma concepção social, vislumbrando a necessidade de integração do indivíduo na comunidade, optarão pela teoria interna. Dessa forma, a resposta acerca da preferência por uma ou outra teoria dependerá, em última análise, do entendimento acerca dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o Professor Gilmar Mendes conclui:

se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (regras: Regel), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie positionen*: Princípios), então há de se considerar correta a teoria externa.<sup>182</sup>

Alexy entende, assim como o Professor Gilmar Mendes, que os direitos fundamentais devem ser concebidos como princípios, de forma que optaram pela teoria externa – também adotada no presente trabalho – segundo a qual as restrições aos direitos fundamentais são possíveis<sup>183</sup>.

Portanto, partindo do pressuposto de que é possível a existência das restrições, faz-se necessário analisar, no campo de estudo de tais restrições, a questão da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a sistemática de restrições (que estuda os eventuais tipos de restrições existentes) e, por fim, a problemática da proteção do núcleo essencial.

Os direitos individuais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição

---

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 224.

<sup>182</sup> *Idem, ibidem*, p. 224.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1988. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 226.

imediate) ou mediante lei ordinária, desde que autorizada expressamente pelo texto constitucional (restrição imediata)<sup>184</sup>.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, são restrições legais as limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, com respaldo em expressa autorização constitucional<sup>185</sup>. E adverte que

o conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais. A utilização de fórmulas vagas e conceitos indeterminados pode configurar autêntica ameaça aos direitos individuais<sup>186</sup>.

É que a formulação imprecisa de garantia individual ou a outorga ao legislador de responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar completamente o significado dos direitos individuais numa dada ordem constitucional<sup>187</sup>.

A falta de previsão quanto à reserva legal não assegura maior efetividade à garantia fundamental, uma vez que, em muitos casos, o esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção ou até mesmo legitimar a imposição de restrições. Por outro lado, a utilização abusiva das reservas legais pode reduzir ou nulificar a garantia prevista na Constituição<sup>188</sup>.

Se o estabelecimento de reservas legais impede a multiplicação de conflitos entre direitos individuais, não se pode olvidar, por outro lado, que a técnica que exige autorização constitucional expressa traduz uma preocupação de segurança jurídica, impedindo o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias<sup>189</sup>.

A questão relativa à reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização, bem como aspectos materiais, referentes ao exercício dessa competência, especialmente no que diz respeito à reserva legal qualificada, aos limites estabelecidos pelo princípio da proteção do núcleo essencial e à aplicação dos princípios da proporcionalidade e da ponderação<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 227.

<sup>185</sup> *Idem, ibidem*, p. 228.

<sup>186</sup> *Idem, ibidem*, p. 229.

<sup>187</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*, p. 230.

<sup>189</sup> *Idem, ibidem*, p. 230-231.

<sup>190</sup> *Idem, ibidem*, p. 231.

A restrição legal simples é aquela em que se exige apenas que a eventual restrição seja prevista em lei. Geralmente, o constituinte se vale de fórmulas como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, entre outras, para explicitar a chamada reserva legal simples. Outras vezes, o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, submetendo o direito fundamental à aplicação de conceito ou instituto jurídico que necessita ser densificado<sup>191</sup>.

Tem-se uma reserva legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados<sup>192</sup>.

Nos casos de direitos fundamentais sem reserva legal simples ou qualificada, a Constituição não prevê explicitamente a possibilidade de intervenção legislativa. Nesses direitos, também há o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados por eventuais titulares de direitos fundamentais. Porém, nesses casos em que não há reserva legal expressa, o legislador não pode, a princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção<sup>193</sup>.

De acordo com a Corte Constitucional Alemã,

apenas a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional podem, excepcionalmente, em consideração à unidade da Constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal<sup>194</sup>.

Assim, a possibilidade de uma colisão legitimaria o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a uma reserva legal expressa<sup>195</sup>.

Canotilho adverte que o reconhecimento de limites imanentes é muito problemático, mas que sua admissibilidade é justificada, no contexto sistemático da Constituição, em razão da salvaguarda de outros direitos ou bens. Assim, apesar de a Constituição não admitir limites a determinados direitos, estes se justificariam tendo em conta a finalidade de se protegerem outros direitos ou bens constitucionalmente garantidos<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> *Idem, ibidem*, p. 232-233.

<sup>192</sup> *Idem, ibidem*, p. 236-237.

<sup>193</sup> *Idem, ibidem*, p. 240.

<sup>194</sup> *BverfGE* 28, 243 (26). MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 240.

<sup>195</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 240.

<sup>196</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 1997, p. 1235.

As normas constitucionais imediatamente restritivas de direitos são, a um só tempo, normas de garantia de direitos e normas limitativas de direitos. São normas de garantia porque garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção a um determinado direito. Por outro lado, são normas restritivas porque estabelecem imediatamente limites ao âmbito de proteção. Esses limites ou essas restrições imediatamente criados pelas normas constitucionais estão ligados intrinsecamente com a norma de garantia, pois é da articulação entre elas que se deduz o âmbito de proteção concretamente garantido pelos preceitos constitucionais<sup>197</sup>.

A norma constitucional que autoriza a restrição de direitos por meio de lei é, por sua vez, simultaneamente uma norma de garantia – porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental – e uma norma de autorização de restrição, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido<sup>198</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes ressalta, contudo, que da análise dos direitos individuais, pode-se concluir erroneamente que os direitos, as liberdades, os poderes e as garantias são passíveis de restrição. É preciso não perder de vista que tais restrições são limitadas, existindo os chamados limites imanescentes ou “limites dos limites”, que balizam a ação do legislador quando este restringe direitos individuais. Esses limites, decorrentes da própria Constituição, se referem tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial quando à clareza, à determinação, à generalidade e à proporcionalidade das restrições impostas<sup>199</sup>.

Alguns ordenamentos jurídicos prevêm expressamente a proteção do núcleo essencial, como se pode ver no artigo 19, II, da Lei Fundamental Alemã de 1949 e na Constituição Portuguesa de 1976, no artigo 18, III. Em outros sistemas, como no norte-americano, também se cogita da existência de um núcleo essencial de direitos individuais<sup>200</sup>.

Enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição, ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial tem por finalidade evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais<sup>201</sup>.

O significado e a própria idéia de proteção do núcleo essencial geram controvérsias na doutrina e na jurisprudência, existindo, a princípio, dois modelos básicos<sup>202</sup>.

---

<sup>197</sup> *Idem, ibidem*, p. 1236.

<sup>198</sup> *Idem, ibidem*, p. 1236.

<sup>199</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 241.

<sup>200</sup> *Idem, ibidem*, p. 241.

<sup>201</sup> *Idem, ibidem*, p. 243.

<sup>202</sup> *Idem, ibidem*, p. 243.

De um lado, há os partidários da teoria absoluta que entendem que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, está a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material, pela qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal, insuscetível de limitação por parte do legislador. Desse modo, além da exigência de justificação imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite dos limites” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço não passível de regulação<sup>203</sup>.

Em contrapartida, os adeptos da teoria relativa entendem que o núcleo essencial deve ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo visado pela norma restritiva. Assim, o núcleo essencial seria definido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade, consistindo num mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Para essa corrente, portanto, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório<sup>204</sup>.

Tanto a teoria absoluta quanto a relativa têm por finalidade assegurar uma maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada. Todavia, ambas também apresentam fragilidades.

A tese da teoria absoluta, pela qual há um núcleo último, insuscetível de redução por parte do legislador, pode se converter numa fórmula vazia, dada a dificuldade ou a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. A afirmação de que se há de preservar um “mínimo essencial” sem se indicar uma forma ou critério para fazê-lo pouco contribui para o esclarecimento do tema<sup>205</sup>.

O processo de ponderação proposto pela teoria relativa também não consegue, enquanto princípio formal, fornecer uma resposta adequada a qualquer questão relacionada com o conteúdo do núcleo essencial, já que confere uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais que acaba por descaracterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional<sup>206</sup>.

Como ambas as teorias não apresentam solução para a questão relativa à proteção do núcleo essencial, o Professor Gilmar Mendes propõe, com apoio

---

<sup>203</sup> *Idem, ibidem*, p. 243-244.

<sup>204</sup> *Idem, ibidem*, p. 244-245.

<sup>205</sup> *Idem, ibidem*, p. 245.

<sup>206</sup> *Idem, ibidem*, p. 245.

da doutrina de Konrad Hesse, uma fórmula conciliadora, a qual reconhece, no princípio da proporcionalidade, uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “é que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”<sup>207</sup>.

A seguir, analisará-se-á mais detidamente o processo de ponderação como solucionador do conflito entre os direitos fundamentais, bem como a importante função do princípio da proporcionalidade na tarefa de resolução de colisões.

### **3.1.2.1 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES COMO MÉTODO SOLUCIONADOR DO CONFLITO**

Inicialmente, se verificada a existência de reserva legal autorizada constitucionalmente, a solução de conflitos entre direitos fundamentais é confiada ao legislador. Dessa forma, existindo a reserva de lei na Constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver o conflito comprimindo o direito ou os direitos restringíveis, sujeitos à reserva de lei, respeitando determinados requisitos, tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos<sup>208</sup>.

Quando os direitos colidentes não estiverem submetidos à reserva legal, a solução da colisão fica a cargo dos juízes ou dos tribunais. Edilson Pereira da Farias ressalta que para se proceder à análise da solução do conflito de direitos fundamentais no âmbito de decisão judicial, deve-se partir da constatação de que existem dois tipos de contradição de normas jurídicas em sentido amplo: o conflito de regras e a colisão de princípios<sup>209</sup>.

De acordo com Alexy, as regras são normas que são aplicáveis ou não aplicáveis. Se uma regra está em vigor, exige-se que se cumpra o que nela disposto, nem mais e nem menos. As regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível, sendo postulados definitivos. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> *Idem, ibidem*, p. 245.

<sup>208</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 118-119.

<sup>209</sup> *Idem, ibidem*, p. 119.

<sup>210</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 1999, p. 75.

Assim, no conflito de regras, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, já que o sistema jurídico não admite a existência de regras contrárias entre si. Daí serem utilizados três critérios para resolver os conflitos aparentes entre as regras jurídicas: o critério cronológico (a lei posterior derroga a anterior), o critério hierárquico (a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior) e o critério da especialidade (a lei especial prepondera em relação à geral)<sup>211</sup>.

Ocorre que, em se tratando de direitos fundamentais, tem-se que eles vêm expressos em normas contemporâneas previstas na Constituição, que são normas gerais, não havendo hierarquia entre eles. Dessa forma, os critérios de solução para os conflitos de regras não solucionam a colisão entre direitos fundamentais<sup>212</sup>.

A colisão de princípios, ao contrário do que ocorre no conflito de regras, que tem lugar na dimensão da validade, ocorre dentro do ordenamento jurídico. Na lição de Alexy,

as contradições de normas em sentido amplo que têm lugar dentro do ordenamento jurídico são sempre colisões de princípios, e as colisões de princípios sucedem sempre dentro do ordenamento jurídico. Isso põe claramente de manifesto que o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão<sup>213</sup>.

Assim, a solução da colisão de princípios não se resolve com a supressão de um em favor de outro, mas deve ser resolvida levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada um deles, para que, no caso concreto, se possa determinar qual deles prevalecerá ou sofrerá menos restrições.

Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem essencialmente as características de princípios, ou, nas palavras do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, “no âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes”<sup>214</sup>, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais<sup>215</sup>.

Na lição de Alexy, segundo a definição básica da teoria dos princípios, estes são normas que permitem que algo seja realizado da maneira mais completa

<sup>211</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 119-120.

<sup>212</sup> *Idem, ibidem*, p. 120.

<sup>213</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 105. *Apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 120.

<sup>214</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 181.

<sup>215</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 121.



possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática. Portanto, princípios são mandatos de otimização que podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas, as quais são determinadas por regras e, sobretudo, por princípios. As colisões de direitos fundamentais devem ser consideradas, segundo a teoria dos princípios, vale dizer, como uma colisão de princípios, e o processo para a solução dessa colisão é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados de uma mesma moeda; os princípios se referem ao aspecto normativo, enquanto as ponderações dizem com o aspecto metodológico. Dessa forma, quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas envolvidas têm estrutura de princípios, e, por outro lado, quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação<sup>216</sup>.

O que se verifica, assim, é que, em se tratando de direitos fundamentais, que têm estrutura de princípio, o método adequado para a solução de eventual colisão é o da ponderação dos interesses em jogo no caso em particular.

Segundo o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, quando se está diante de uma colisão de direitos fundamentais, a prevalência de um sobre outro somente pode ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto. Dessa forma, não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. O que pode ocorrer, no máximo, é colher-se de um precedente uma regra de solução de conflitos que consistirá na afirmação de que, diante das mesmas condições de fato, um direito deverá prevalecer sobre o outro<sup>217</sup>.

No importante processo de solução de colisão de direitos fundamentais, Clèmerson Clève e Alexandre Freire consignam a imprescindibilidade da observância dos princípios de interpretação constitucional, quais sejam: o princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador, o princípio da conformidade constitucional, o princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o princípio da força normativa da Constituição, o princípio da interpretação conforme à Constituição e, por fim, o princípio da concordância prática ou da harmonização<sup>218</sup>.

O princípio da unidade da Constituição é relevante a partir do momento em que ela é considerada como um sistema aberto de normas e princípios,

---

<sup>216</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 1999, p. 74-75.

<sup>217</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 183.

<sup>218</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*. n. 01, p. 29-42, mar./ago. 2002, p. 34-35.

devendo o intérprete harmonizar os eventuais espaços de tensão entre as normas constitucionais. Com apoio na doutrina de Otto y Pardo, pode-se afirmar que o princípio da unidade da Constituição goza do *status* de critério fundamental no manuseio das técnicas de limitação e restrição de direitos fundamentais, uma vez que, no caso de colisão entre normas constitucionais, deve-se decidir o caso concreto visando sempre a preservar o *design* da Lei Maior<sup>219</sup>.

O princípio do efeito integrador está relacionado com a necessidade de serem utilizados, nos conflitos de natureza constitucional, critérios que otimizem a integração política e social, proporcionando solução que dê continuidade à fórmula da unidade política<sup>220</sup>.

Pelo princípio da conformidade constitucional, fixa-se o âmbito da competência funcional atribuída aos órgãos participantes do processo de interpretação da Constituição, sendo que cada um deles deve manter-se dentro dos limites das funções que lhe foram outorgadas, não se devendo modificar a distribuição de tais funções por meio da atividade de interpretação<sup>221</sup>.

O princípio da eficiência ou da interpretação efetiva atribui à norma constitucional a máxima eficácia possível. Assim, quando houver dúvida sobre qual é a melhor interpretação, deve-se optar por aquela que confere à norma constitucional uma maior eficácia.<sup>222</sup>

O princípio da força normativa da Constituição confere, no âmbito discursivo dos problemas jurídico-constitucionais, primazia aos argumentos que agreguem as normas constitucionais à máxima eficácia e à atualização normativa. No que diz respeito especificamente aos direitos fundamentais, a aplicação desse princípio otimiza a sua eficácia e reforça a sua vinculação jurídico-constitucional, afastando-os da livre disposição do legislador<sup>223</sup>.

Já o princípio da interpretação conforme a Constituição constitui mais do que um critério interpretativo, consubstanciando técnica de decisão no controle de constitucionalidade. Por esse princípio, na presença de normas dotadas de conteúdos plurissignificativos, busca-se a interpretação que lhes confira o sentido mais afinado com a Constituição.

---

<sup>219</sup> OTTO Y PARDO, Ignacio de; MARTIN-RETORRILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1998, p. 107-10. *Apud* CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Op. cit.*, 2002, p. 34.

<sup>220</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Op. cit.*, 2002, p. 34.

<sup>221</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>222</sup> *Idem, ibidem*, p. 34.

<sup>223</sup> *Idem, ibidem*, p. 34-35.

Por fim, o princípio da concordância prática ou da harmonização tem por finalidade oferecer soluções coordenadas e combinadas aos conflitos entre bens jurídicos, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos outros. Esse princípio é especialmente observado na colisão de direitos, em que, como já explicado, deve haver uma ponderação de bens visando a equilibrar os interesses conflitantes em determinado caso concreto. Assim, pela concordância prática, deve-se evitar ao máximo as soluções que importem excesso na coordenação e na combinação de bens em conflito<sup>224</sup>.

De acordo com Edilson Pereira de Farias, o princípio da concordância prática ou da harmonização decorre do princípio da unidade da Constituição, uma vez que prevê que os direitos fundamentais e os valores constitucionais devem ser harmonizados, no caso concreto, por meio de um juízo de ponderação que objetive preservar e concretizar ao máximo os direitos e os bens constitucionalmente protegidos<sup>225</sup>.

Edilson Pereira de Farias ressalta que, verificada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos visando a resolver a colisão com o mínimo de sacrifício dos direitos em jogo, tarefa que pode ser guiada especialmente pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, entre outros fornecidos pela doutrina<sup>226</sup>.

Resta analisar, então, o princípio da proporcionalidade que, para Edilson Pereira de Farias, nada mais é do que a realização do princípio da concordância prática no caso concreto, isto é, significa a distribuição necessária e adequada dos custos, de forma a salvaguardar os direitos fundamentais e/ou valores constitucionais em colisão<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>225</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 123.

<sup>226</sup> *Idem, ibidem*, p. 122.

<sup>227</sup> *Idem, ibidem*, p. 123. Também é nesse sentido a lição de Paulo Bonavides, para quem: “Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentado-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao “princípio da concordância prática”, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião” Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 387.

### 3.1.2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Paulo Bonavides leciona que o princípio da proporcionalidade pretende instituir uma relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível um controle do excesso<sup>228</sup>.

Paulo Bonavides destaca que:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e uma difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual<sup>229</sup>.

O Professor Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que o princípio da proporcionalidade consiste na exigência de que “o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução”<sup>230</sup>.

Paulo Bonavides afirma que tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Européia têm utilizado freqüentemente o princípio da proporcionalidade, sendo que a doutrina também tem tentado consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição<sup>231</sup>. Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso tem a qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito, sendo que a sua utilização envolve a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa. No Direito Português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi alçado à dignidade de princípio constitucional, previsto no artigo 18, 2, da Lei Maior,

---

<sup>228</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 357.

<sup>229</sup> *Idem, ibidem*, p. 359.

<sup>230</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 183.

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 360.

pelo qual “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>232</sup>.

O que se pode concluir, portanto, é que a doutrina constitucional moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade de tais restrições com o princípio da proporcionalidade<sup>233</sup>.

Desse modo, essa orientação permitiu converter o princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional, que pressupõe não apenas a legitimidade dos meios utilizados e dos fins almejados pelo legislador, mas também a adequação desses meios para o alcance dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização<sup>234</sup>.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não está previsto enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. Essa noção pode ser inferida dos outros princípios que lhe são afins, como o princípio da igualdade. O Direito Constitucional Brasileiro acolhe expressões nítidas e especiais da proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, sem contudo explicitá-lo. A proporcionalidade decorre dos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 5º, incisos V, X e XXV<sup>235</sup>; artigo 7º, incisos IV, V e XXI<sup>236</sup>; artigo 36, § 3º<sup>237</sup>; artigo 37, inciso IX e § 4º<sup>238</sup>; artigo 71, inciso VIII<sup>239</sup>; artigo 84, parágrafo único<sup>240</sup>; artigo 129, incisos II e IX<sup>241</sup>; artigo 170, *caput*<sup>242</sup>; artigo 173, §§ 3º, 4º e 5º<sup>243</sup>; artigo 174, § 1º<sup>244</sup>; e artigo 175, inciso IV<sup>245</sup>.<sup>246</sup>

<sup>232</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 248-249.

<sup>233</sup> *Idem, ibidem*, p. 250.

<sup>234</sup> *Idem, ibidem*, p. 250.

<sup>235</sup> Constituição Federal, artigo 5º, incisos V, X e XXV:

“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:

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

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

(...) XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

<sup>236</sup> Constituição Federal, artigo 7º, incisos IV, V e XXI: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Para Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios, quais sejam: a pertinência ou a aptidão, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito<sup>247</sup>.

(...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

(...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"

<sup>237</sup> Constituição Federal, artigo 36, § 3º: "A decretação da intervenção dependerá:

(...) § 3º Nos casos do artigo 34, VI e VII, ou do artigo 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade".

<sup>238</sup> Constituição Federal, artigo 37, inciso IX e § 4º: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

(...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

<sup>239</sup> Constituição Federal, artigo 71, inciso VIII: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;"

<sup>240</sup> Constituição Federal, artigo 84, parágrafo único: "Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações."

<sup>241</sup> Constituição Federal, artigo 129, incisos II e IX: "São funções institucionais do Ministério Público:

(...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

(...) IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

<sup>242</sup> Constituição Federal, artigo 170, *caput*: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:"

<sup>243</sup> Constituição Federal, artigo 173, §§ 3º, 4º e 5º: "A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular".

<sup>244</sup> Constituição Federal, artigo 174, § 1º "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado:

(...) § 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".

<sup>245</sup> Constituição Federal, artigo 175, inciso IV: "A lei disporá sobre:

(...) IV - a obrigação de manter serviço adequado".

<sup>246</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 395.

<sup>247</sup> *Idem, ibidem*, p. 360-361.

Suzana de Toledo Barros também consigna a formação do princípio da proporcionalidade por três elementos ou subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, os quais, em conjunto, conferem-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito<sup>248</sup>.

A pertinência ou a aptidão implicam saber se a medida representa o meio certo para se chegar a um determinado fim baseado no interesse público. Examina-se então a adequação, a conformidade ou a validade do fim, o que demonstra a relação desse princípio com o da vedação do arbítrio. Portanto, para que se possa adequar o meio ao fim que se almeja alcançar, é preciso que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido<sup>249</sup>.

Na lição de Suzana de Toledo Barros, o primeiro passo a ser tomado na verificação da proporcionalidade de determinada restrição é a verificação da adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto. Dessa forma, a adequação dos meios aos fins traduz-se numa exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida. Assim, sob a perspectiva da adequação, exclui-se qualquer consideração quanto ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos para se chegar ao fim desejado, já que a questão sobre a escolha do melhor meio, do meio menos gravoso ao cidadão, entra na órbita do princípio da necessidade<sup>250</sup>.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade, pela qual a medida não pode exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo desejado, ou, em outras palavras, impõe-se que a medida, para ser admissível, deve ser necessária. Dessa forma, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, deve-se escolher a menos nociva aos interesses do cidadão, motivo por que o princípio da necessidade também pode ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave<sup>251</sup>.

Sobre o subprincípio da necessidade, Suzana de Toledo Barros assevera que ele pressupõe que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio direito, ou de outro direito fundamental, e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. Dessa forma, ao se analisar se uma medida é inexigível ou desnecessária, e, por isso, fere o princípio da proporcionalidade, é importante que se possa indicar outra medida menos gravosa

---

<sup>248</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 72-73.

<sup>249</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 360.

<sup>250</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, 1996, p. 74.

<sup>251</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 361.

e, ao mesmo tempo, apta para alcançar o mesmo resultado ou até mesmo um resultado melhor<sup>252</sup>.

Sobre a relação entre os subprincípios da adequação e da necessidade, o Professor Gilmar Ferreira Mendes informa que o subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos buscados. O subprincípio da necessidade, por sua vez, pressupõe que não existe nenhum outro meio igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos, mas menos gravoso para o indivíduo, que possa ser utilizado<sup>253</sup>.

Em outras palavras, Gilmar Ferreira Mendes explica:

(...) o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário, não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final<sup>254</sup>.

Por fim, o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade consiste na proporcionalidade em sentido estrito. Por esse subprincípio, está-se diante de uma obrigação de fazer uso dos meios adequados e de uma interdição, uma proibição quanto ao uso de meios desproporcionados. A medida não pode, então, ser excessiva, ou injustificável, tendo em conta os interesses em jogo num dado caso específico<sup>255</sup>.

O Professor Gilmar Mendes revela que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade de determinada medida depende, ainda, da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador. É o que se chama de proporcionalidade em sentido estrito<sup>256</sup>.

<sup>252</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, 1996, p. 76-77.

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 250.

<sup>254</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrechte II*. Heidelberg, 1998. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 250.

<sup>255</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2001, p. 361.

<sup>256</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrechte II*. Heidelberg, 1998. *Apud* MENDES,



Portanto, na tarefa de ponderar interesses em conflito, o princípio da proporcionalidade assume relevo especial, ao possibilitar que, no caso concreto, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, verifique-se se o ato impugnado é adequado (ou seja, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (vale dizer, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

### **3.2 O CARÁTER NÃO ABSOLUTO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão, apesar da sua primazia em alguns ordenamentos jurídicos, como o norte-americano, por exemplo, nunca pode ser absoluta. Em tempos de guerra ou crises similares, algumas publicações podem ameaçar a própria sobrevivência da Nação. Em qualquer tempo, a expressão ilimitada poder conflitar com importantes interesses públicos e privados. As publicações difamatórias podem invadir injustamente o interesse na reputação. Impugnar a integridade de uma Corte publicando provas antes do julgamento pode colocar em perigo a administração da justiça. A obscenidade pode conflitar com o interesse da moralidade pública. Piquetes, paradas e outras formas de manifestação e algumas vezes até mesmo palavras, se permitidas em determinados locais e horas, podem ameaçar a segurança pública ou a ordem, apesar da informação, das idéias ou das emoções expressas<sup>257</sup>.

Kevin Boyle afirma que a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para a democracia. Se a democracia é definida como o controle popular do governo, a não ser que as pessoas possam expressar os seus pontos de vista livremente, tal controle não é possível; não haveria uma sociedade democrática. No entanto, um elemento nuclear da democracia também é o valor da igualdade política. A igualdade política é, portanto, necessária, se a sociedade quer ser democrática. Uma sociedade que clama pela democracia deve proteger tanto a liberdade de expressão, quanto a liberdade de não-discriminação. Para alcançar a igualdade política, é necessário também proibir a discriminação ou a exclusão

---

Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 251.

<sup>257</sup> COX, Archibald. *Op. cit.*, 1980, p. 4.

em qualquer aspecto que possa negar a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito de participar da política<sup>258</sup>.

Thomas Emerson também destaca o caráter não absoluto da liberdade de expressão, sustentando que qualquer sistema dessa liberdade também deve incluir princípios pelos quais o exercício desses direitos por uma pessoa ou grupo possa ser conciliado com a igual oportunidade de outras pessoas os desfrutarem. Assim, todos os direitos inerentes à liberdade de expressão devem ser conciliados com outros interesses individuais e sociais. É esse processo de conciliação que originou a maioria das controvérsias no passado e continua a ser o maior foco de atenção no presente<sup>259</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, fica claro que as liberdades de expressão e informação não são direitos absolutos, encontrando limites, por exemplo, nos direitos de personalidade.

Questão que tem gerado muita polêmica é a que diz respeito à possibilidade de eventual intervenção legislativa com o objetivo de disciplinar ou regular a liberdade de informação, tendo em vista a proteção do direito à honra, à imagem e à intimidade. Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos diplomas constitucionais (Constituição Portuguesa de 1976, artigo 18, e Constituição Espanhola de 1978, artigo 53), e do que estabelecido nas Constituições Brasileiras de 1934 – artigo 113 –, 1946 – artigo 141, § 5º – e 1967/69 – artigo 153, § 8º –, a Constituição de 1988 não previu expressamente, na disposição que trata da liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção legislativa com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação<sup>260</sup>.

Para o Professor Gilmar Mendes, não deve ser feita uma leitura rasa do texto constitucional, especialmente se se considerar que a liberdade de informação foi disciplinada destacadamente no capítulo dedicado à comunicação social. Dessa forma, da leitura do artigo 220 da Constituição<sup>261</sup>, o que se pode perceber é que o constituinte não ignorou que a liberdade de informação deve ser exercida de modo compatível com o direito à honra, à imagem e à vida privada. A própria formulação “nenhuma lei conterà dispositivo (...) observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X,

---

<sup>258</sup> BOYLE, Kevin. Hate speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*. Vol. 53:2, p. 448-502, 2001, p. 490-491.

<sup>259</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 3.

<sup>260</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 234-235.

<sup>261</sup> Constituição Federal, artigo 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

XIII e XIV” parece revelar que o constituinte não pretendeu instituir um domínio inexpugnável à intervenção legislativa, indicando, ao contrário, que somente é inadmissível a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação<sup>262</sup>.

Ademais, não deve ser outro o juízo em relação ao direito à honra, à imagem, e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Assim, deve-se igualmente admitir que o texto constitucional não apenas legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa visando a concretizar os valores relativos à imagem, à honra e à privacidade<sup>263</sup>.

O Professor Gilmar Mendes assevera que a teor do disposto no artigo 220 da Constituição Federal<sup>264</sup>, é fácil observar que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de restrições à liberdade de expressão e comunicação, estabelecendo expressamente que o exercício dessas liberdades deveria ser feito em observância ao que nela disposto<sup>265</sup>.

Assim, de uma formulação aparentemente negativa, o que se tem, na verdade, é uma autorização para que o legislador discipline a liberdade de expressão, tendo

---

§ 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 artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade”.

<sup>262</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 235-236.

<sup>263</sup> *Idem, ibidem*, p. 236.

<sup>264</sup> Constituição Federal, artigo 220, *caput*: “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”.

<sup>265</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 31, n. 9122, p. 297-301, abr./jun. 1994, p. 297.

em vista, especialmente, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas<sup>266</sup>.

Conclui-se, desse modo, que a liberdade de expressão, embora tenha importância ímpar, tanto pelo seu aspecto de direito individual como por constituir um dos fundamentos essenciais da sociedade democrática, uma das condições primordiais para o seu progresso e para o desenvolvimento dos homens<sup>267</sup>, não é um direito absoluto, devendo ser conjugada com outros direitos, valores e interesses protegidos constitucionalmente.

Dessa forma, os direitos à vida privada, à honra, à imagem, que são, nas palavras de Carine Reis, decorrência imediata do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil<sup>268</sup>, funcionam como limites à liberdade de expressão.

Nesse sentido, Edilsom de Farias afirma que, apesar de não se encontrar submetida ao controle interno da verdade, a liberdade de expressão não está livre de qualquer parâmetro para o seu exercício. Assim, o marco da liberdade de expressão diz com as exigências de continência e pertinência na apresentação das idéias, visando a evitar que as opiniões impliquem ofensas gratuitas aos direitos personalíssimos, tais como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada<sup>269</sup>.

No artigo 5º, inciso X, a Constituição estabelece explicitamente que a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas são invioláveis, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação de tais direitos<sup>270</sup>.

Nas palavras de Edilsom Pereira de Farias:

alçados ao nível de decisões políticas fundamentais, através do seu reconhecimento na constituição como direitos fundamentais, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem passam a gozar de regime jurídico especial, consubstanciado no princípio geral de “maior valor dos direitos fundamentais”. Assim, esses direitos, como integrantes do sistema de direito fundamentais, *vg.*, passam a ter a garantia de “cláusulas pétreas” (CF, artigo 60, § 4º, IV); aplicação imediata (CF, artigo 5º, § 1º); restrição com arrimo na

---

<sup>266</sup> *Idem, ibidem*, p. 297.

<sup>267</sup> PEREZ-UGENA Y COROMINA, Maria. *Op. cit.*, p. 268.

<sup>268</sup> REIS, Carine Delgado Caúla. A dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade de expressão. *In: Direito Civil Constitucional (Caderno 3)*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 255.

<sup>269</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2004, p. 81.

<sup>270</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 128.

constituição por meio de lei (reserva legal) com o escopo de realizar a compatibilização com outro direito fundamental ou outro bem de estatura constitucional; proteção do núcleo essencial<sup>271</sup>.

Os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem são direitos que têm duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais, são, ao mesmo tempo, direitos de personalidade, isto é, essenciais à pessoa, a ela inerentes e, em princípio, extrapatrimoniais<sup>272</sup>.

Conseqüentemente, como direitos de personalidade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem um mínimo necessário e imprescindível para o conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ser humano, existentes desde o seu nascimento<sup>273</sup>, razão pela qual deve ser feita uma análise, ainda que breve, sobre a dignidade da pessoa humana e os referidos direitos para que se possa entender o porquê do conflito entre eles e a liberdade de expressão, bem como a razão pela qual, em determinadas situações, tais valores devem prevalecer sobre a referida liberdade.

### **3.2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Segundo Ana Paula de Barcellos, um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. A dignidade humana, o valor do ser humano em si mesmo é atualmente um axioma da civilização ocidental<sup>274</sup>.

A dignidade humana não deve ser entendida de forma metafísica, como um valor imutável, mas como um valor que se realiza na sociedade, de acordo com as circunstâncias históricas das quais emergem sugestões concretas no que concerne ao conteúdo, ao alcance e aos meios de realização da dignidade humana<sup>275</sup>.

Para Jónatas Machado, “o conceito de dignidade humana apresenta-se desvinculado de qualquer concepção mundividencial fechada e heterônoma acerca do sentido existencial e ético de vida, não podendo servir para a imposição constitucional de um qualquer absolutismo valorativo”. E prossegue:

<sup>271</sup> *Idem, ibidem*, p. 129-130.

<sup>272</sup> *Idem, ibidem*, p. 130.

<sup>273</sup> *Idem, ibidem*, p. 131-132.

<sup>274</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103-104.

<sup>275</sup> GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. *Op. cit.*, 1982, p. 160.

(...) a dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objectivos espirituais, morais, racionais, intelectuais emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política. Mais especificamente, ela tem em vista, acima de tudo, a afirmação da autonomia racional e moral-prática de cada indivíduo, como valor a realizar em concreto. Ela consubstancia um limite axiológico ao poder constituinte, e um padrão valorativo das actividades de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas<sup>276</sup>.

Carine Reis apresenta a definição de dignidade da pessoa humana elaborada por Alexandre de Moraes, segundo a qual a dignidade corresponde a um valor moral inerente à pessoa que

se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>277</sup>.

Assim, o princípio da dignidade humana se apresenta sob dois aspectos: o primeiro como um direito individual de proteção quanto ao próprio Estado e aos demais indivíduos; e o segundo como um autêntico dever fundamental de tratamento isonômico dos próprios semelhantes, que se configura pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade do próximo, da mesma forma que a Constituição exige que lhe respeitem a própria<sup>278</sup>.

Por sua vez, Edilsom Pereira de Farias afirma que:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas ao ser humano no sentido de que ao

---

<sup>276</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 358-359.

<sup>277</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60. *Apud* REIS, Carine Delgado Caúla. *Op. cit.*, 2002, p. 244.

<sup>278</sup> REIS, Carine Delgado Caúla. *Op. cit.*, 2002, p. 244.

homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. (...) A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa não ser ofendida ou humilhada e quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento de cada indivíduo<sup>279</sup>.

A dignidade humana, como pressuposto de um Estado Democrático de Direito, significa a superioridade do ser humano sobre tudo o que o cerca. Assim, toda a concepção de direitos fundamentais individuais, sociais ou coletivos passa por uma origem comum: a dignidade humana.

Para José Carlos Vieira de Andrade, “realmente, o princípio da dignidade humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”<sup>280</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana dá coerência e unidade ao conjunto de direitos fundamentais. Dessa forma, o extenso rol de garantias e direitos fundamentais consagrados pelo Título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, explicitado no inciso III do artigo 1º da Carta da República<sup>281</sup>. Além disso, a dignidade humana funcionaria como uma cláusula aberta, no sentido de respaldar o surgimento de novos direitos não expressos na Constituição, mas nela implícitos, seja em razão do regime de princípios por ela adotados, seja em virtude de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, pelo que se pode afirmar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional<sup>282</sup>.

Canotilho leciona que a República fundamentada na dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Assim, a

---

<sup>279</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 63-64.

<sup>280</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 102. *Apud* BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, 2002, p. 111.

<sup>281</sup> Constituição Federal, artigo 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana;”

<sup>282</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 67.

República é uma organização política que serve o homem, e não é este que serve os aparelhos político-organizacionais<sup>283</sup>.

A dignidade da pessoa humana também demonstra a abertura da República à idéia de “comunidade constitucional inclusiva”, pautada no multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. Portanto, o exposto reconhecimento da pessoa humana como núcleo da República significa o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos. Nas palavras de Canotilho,

o republicanismo clássico exprimia essa idéia através dos princípios da não-identificação e da neutralidade, pois a República só poderia conceber-se como ordem livre na medida em que não se identificasse com qualquer “tese”, “dogma”, “religião” ou “verdade” de compreensão do mundo e da vida<sup>284</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana constitui elemento imprescindível para a legitimação da atuação do Estado Brasileiro. Desse modo, qualquer ação do Poder Público e dos seus órgãos jamais poderá restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa humana, sob pena de ser declarada inconstitucional e considerada ilegítima. A dignidade humana, portanto, só pode sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais<sup>285</sup>.

Dessa forma, para Edilson Pereira de Farias, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto, também estando sujeito à lei de colisão, podendo, sob determinadas circunstâncias, não prevalecer sobre princípios colidentes, o que será indicado pelas peculiaridades do caso concreto<sup>286</sup>.

Sobre a relação entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, assim leciona Jónatas Machado:

A liberdade de expressão em sentido amplo, como instrumento de autodefinição e autodeterminação individual, tem o seu escoramento na dignidade da pessoa humana, enquanto referida a sujeitos livres e responsáveis, dotados de competências racionais e moral-práticas insusceptíveis de instrumentalização, objectivação ou comodificação. Isto, não apenas pelos poderes públicos, mas também pelo mercado, incluindo o mercado das idéias. A premissa material da dignidade da pessoa humana conduz necessariamente a que a autonomia individual seja vista não num sentido meramente descritivo, quantitativamente

<sup>283</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 1997, p. 225.

<sup>284</sup> *Idem, ibidem*, p. 225-226.

<sup>285</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 63.

<sup>286</sup> *Idem, ibidem*, p. 64-65.



mensurável, mas sim como uma adscrição moral à personalidade individual. Longe de corresponder a uma concepção egoísta e individualista, a liberdade de expressão é inerentemente comunitária e contextual, procurando um justo equilíbrio entre as prerrogativas individuais e as necessidades da vida colectiva. Ela pressupõe que o sujeito desenvolve e afirma a sua personalidade mediante a interacção comunicativa que estabelece com os outros, que ele se desenvolve na comunicação, e através da comunicação, sendo esta um pressuposto fundamental do seu sentimento de auto-estima e da sua capacidade de escolha racional<sup>287</sup>.

E o professor português continua, sustentando que:

(...) a liberdade de expressão, juntamente com as demais liberdade comunicativas, procura modelar normativamente esse processo de acordo com princípios fundamentais de justificação e reciprocidade conversacional, em que a coerção e a discriminação sejam rigorosamente circunscritas ou mesmo eliminadas. Ao desenvolvimento comunicativo vai associada uma importante função constitutiva do processo político-democrático. O ideal regulatório que lhe serve de horizonte é dado pela situação ideal de diálogo ou pela construção realista das possibilidades comunicativas existentes<sup>288</sup>.

E o constitucionalista explica:

(...) o valor da dignidade da pessoa humana funciona como fundamento da liberdade de expressão, mas também como limite. O exercício desse direito fundamental deve fazer-se, na medida do possível, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana assume a natureza de conceito de comunicação, salientando as dimensões relacionais da existência humana e os direitos de reconhecimento, consideração e respeito do indivíduo perante a sociedade. Ele pode justificar restrições à programação dos meios de comunicação social, designadamente quando esteja em causa uma programação que degrade a pessoa humana em termos intoleráveis<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Op. cit.*, 2002, p. 359-360.

<sup>288</sup> *Idem, ibidem*, p. 360-361.

<sup>289</sup> *Idem, ibidem*, p. 360-361.

E finaliza:

neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana encontra-se num nível especialmente elevado de generalidade que lhe permite, a um só tempo, sustentar um princípio de neutralidade estatal relativamente a múltiplas mundividências ou concepções do bem, criando condições favoráveis à diversidade de perspectivas e à expansão de oportunidades de desenvolvimento pessoal e social, sem pretender ser absolutamente neutro relativamente a todos os conteúdos ou valores expressos, designadamente àqueles que pretenderem atentar contra os valores básicos da dignidade humana e da própria neutralidade<sup>290</sup>.

Como a dignidade humana serve também como fundamento da liberdade de expressão, tem-se que, na medida em que funcionar como critério de limitação das liberdades de comunicação, deve ser objeto de um controle rigoroso. É por isso que a construção de uma retórica fundamentadora de restrições aos direitos, às liberdades e às garantias com esteio na dignidade da pessoa humana merece críticas por estar assentada numa base altamente geral e abstrata, que não se coaduna com as exigências de certeza, segurança e controle caracterizadoras do ordenamento jurídico. Nas palavras de Jónatas Machado: “alusões vagas à consideração dos indivíduos como “fins em si mesmos” ou aos perigos do “voyerismo e do sensacionalismo” são particularmente débeis quando confrontadas com o exercício do direito à liberdade de expressão e informação. O valor em presença valerá, quando muito, em situações extremas. Em segundo lugar, o conceito de dignidade da pessoa humana não é unânime, nem pacífico, razão pela qual não pode ser utilizado como instrumento de racionalização autoritária da restrição da liberdade de expressão. Além disso, o conceito de dignidade da pessoa humana varia conforme as circunstâncias concretas de tempo, lugar e contexto social, “dotado de abertura suficiente para acomodar transformações significativas das representações éticas e morais vigentes”. Nesse contexto, tem importância crucial a presunção constitucional em favor da autonomia individual, subjacente, conforme Jónatas Machado, “a todo o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, juntamente com os princípios da proporcionalidade em sentido amplo e da salvaguarda do núcleo essencial daqueles direitos”<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> *Idem, ibidem*, p. 360-361.

<sup>291</sup> *Idem, ibidem*, p. 361-362.

### 3.2.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITO À HONRA

A honra, que é um dos sentimentos mais apreciados da personalidade, constitui, na opinião de Adriano de Cupis, “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa”, definição essa que revela as características essenciais de tal direito de personalidade<sup>292</sup>.

A primeira característica da honra é que ela está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, vale dizer, é atributo inerente a qualquer pessoa, independentemente da raça, da religião, da classe social, etc. A segunda característica é que o conteúdo da honra se refere tanto à honra objetiva (a dignidade da pessoa refletida na consideração dos outros), quanto à honra subjetiva (a dignidade da pessoa refletida no seu próprio sentimento)<sup>293</sup>.

No mesmo sentido, Mônica Castro afirma que “a honra é um bem jurídico material representativo das qualidades morais que o homem detém e pelas quais é reconhecido”<sup>294</sup>. E prossegue, estabelecendo que a definição da honra implica o reconhecimento de que ela possui um duplo caráter: objetivo e subjetivo. A honra objetiva consiste no juízo de valor que os demais fazem da dignidade de alguém, enquanto que a honra subjetiva é determinada pela estima que cada pessoa tem de si mesmo. Conseqüentemente, tem-se que a honra alcança tanto o sentimento pessoal de estima, quanto o de reputação<sup>295</sup>.

A honra que toda pessoa possui é indispensável à saudável manifestação da personalidade. Por isso, quem se sente desonrado perde as bases anímicas de luta e superação, ficando decaídos, debilitados e rompidos os mais firmes suportes da sua individualidade, tornando-se o indivíduo exposto à ridicularização, à reprovação e à indiferença dos demais; a um sentimento de fracasso, de vergonha ou turbção<sup>296</sup>.

O direito à honra é uma parte da dignidade da pessoa em que se consideram compreendidos valores éticos e sociais. É um direito humano fundamental que mantém, de acordo com Carlos Soria, o direito à propriedade da própria dignidade e personalidade<sup>297</sup>.

<sup>292</sup> CUPIS, Adriano de. *Teoria e pratica del diritto civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 112. *Apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 134.

<sup>293</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 134-135.

<sup>294</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

<sup>295</sup> *Idem, ibidem*, p. 6-7.

<sup>296</sup> CIFUENTES, Santos. *Derechos personalissimos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 454. *Apud* CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 8.

<sup>297</sup> SORIA, Carlos. *Derecho a la información y derecho a la honra*. Barcelona: Ate, 1981. *Apud* PEREZ-UGENA Y COROMINA. *Op. cit.*, 1992, p. 269.

Tal como os demais direitos de personalidade, o direito à honra não é absoluto ou ilimitado, sendo que as legislações têm prescrito a exceção da verdade como limite a esse direito. Nesse sentido, o Código Penal brasileiro admite que o autor prove a veracidade do fato que imputou em determinadas hipóteses de crimes contra a honra. Assim, em regra, a exceção da verdade é admitida nos crimes de calúnia e na difamação proferida contra pessoas no exercício de funções públicas, não sendo admitida quanto à injúria<sup>298</sup>.

### 3.2.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITO À INTIMIDADE

O Jornal *O Povo* de 25 de janeiro de 1999 traz a seguinte notícia, que exemplifica claramente um conflito entre liberdade de informação jornalística e direito à intimidade:

Dois fotógrafos denunciaram que foram perseguidos por seguranças da apresentadora X.M. em uma praia do Ceará. Um dos seguranças teria atirado para intimidá-los. Eles prestaram queixa à polícia.

Os fotógrafos C.d.O.S. e L.K. prestaram queixa na Polícia, ontem de manhã, contra seguranças da apresentadora de programas infantis na televisão, M.d.G.X.M., que está passando férias no litoral do Ceará. Eles contaram que foram perseguidos e ameaçados com armas.

Segundo os profissionais, um dos seguranças, inclusive, teria disparado para cima, com o objetivo de intimidá-los. C. e L. não conseguiram identificar pelo nome os homens que os impediram de trabalhar. Há cerca de uma semana, X. está no Ceará e tem se mantido longe da imprensa e dos admiradores. C.O. e L.K., que foram contratados pela revista C. para fazer uma série de fotos de X. na praia, relatam que montaram o equipamento fotográfico a cerca de dois quilômetros da casa onde estava a apresentadora.

Após terem feito algumas fotos, perceberam que vários seguranças da apresentadora infantil corriam na direção deles. Rapidamente, desmontaram o equipamento, entraram no carro e tentaram fugir.

Os seguranças, no entanto, perseguiram os dois num carro Suzuki. Contaram ainda ao delegado J.M.B. que, durante a perseguição, ouviu um disparo de arma de fogo, proveniente do Suzuki. Os seguranças de X. emparelharam os veículos e ordenaram, então, que os dois fotógrafos encostassem o carro, sendo obedecidos.

---

<sup>298</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 135.

- Quando paramos, eles pararam logo atrás e exigiram que déssemos os filmes que estavam nas máquinas. Nós entregamos. Mandaram que fôssemos embora.

Após o ocorrido, C. e L. se dirigiram à delegacia do município, registrando a queixa do ocorrido<sup>299</sup>.

A intimidade pode ser definida, nas palavras de Adriano de Cupis, “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”<sup>300</sup>.

A intimidade consiste num direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só à pessoa interessam, sendo uma exigência moral da personalidade para que, em determinadas situações, o indivíduo seja deixado em paz<sup>301</sup>.

O direito à intimidade pode ser diferenciado no seu âmbito de proteção a partir do momento em que se tratar de pessoas públicas ou privadas. Assim, o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, já que essas últimas voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar de parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio buscados. Deve-se ressaltar, contudo, que, com relação às pessoas públicas, há apenas uma limitação, e não uma supressão da intimidade, já que ela subsiste nas hipóteses em que a divulgação entra na esfera íntima da intimidade<sup>302</sup>.

Além da tutela constitucional, a intimidade pode ser resguardada no âmbito do direito penal e do direito civil. Tanto é que, embora não exista uma proteção expressa da intimidade pela legislação penal, o Código Penal a protege de forma indireta em alguns delitos, tais como a violação de domicílio (artigo 150), a violação, a sonegação ou a destruição de correspondência e a violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (artigo 151) e a violação de correspondência comercial (artigo 152)<sup>303</sup>.

Embora em várias situações apareçam entrelaçados, os direitos à honra e à intimidade não devem ser confundidos, pois guardam diferenças significativas entre

---

<sup>299</sup> TRIGUEIRO, Edmac Lima. O princípio da proporcionalidade na liberdade de expressão. In: *Revista da OAB-CE*, Vol. 27, n. 4, p. 267-274, jul./dez. 2000, p. 267-268.

<sup>300</sup> CUPIS, Adriano de. *Teoria e pratica del diritto civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1967, p. 129. *Apud* FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 137.

<sup>301</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 140.

<sup>302</sup> *Idem, ibidem*, p. 143.

<sup>303</sup> *Idem, ibidem*, p. 143-144.

si. Com a proteção da intimidade, objetiva-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia, para satisfazer as exigências de isolamento moral do indivíduo. Com o direito à honra, ao contrário, pretende-se proteger a personalidade de ofensas que a depreciem ou ataquem a sua reputação. Assim, a violação da intimidade não pressupõe juízo negativo ou rebaixamento moral da vítima, da mesma forma que a ofensa à honra pode ocorrer independentemente das intromissões na esfera da intimidade do lesado<sup>304</sup>.

### 3.2.4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITO À VIDA PRIVADA

Warren e Brandeis, citados por Thomas Irwin Emerson, adotam um conceito amplo de privacidade, descrito pelo Justice Brandeis no caso *Olmstead v. United States*, pelo qual:

*The makers of our Constitution undertook to secure condition favorable to the pursuit of happiness. They recognized the significance of man's spiritual nature, of his feeling and of his intellect (...) They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be alone – the most comprehensive of rights and the most valued by civilized men*<sup>305</sup>.

O Professor Bloustein também adota uma visão ampla do direito à privacidade, que envolve o interesse em preservar a dignidade humana e a individualidade, assim como a necessária proteção contra condutas que possam destruir a dignidade e a integridade individuais e castrar a liberdade individual e a independência<sup>306</sup>. O Professor Konvitz escreve no mesmo sentido sobre a privacidade:

*Its essence is the claim that there is a sphere of space that has not been dedicated to public use or control. It is a kind of space that a man may carry with him, into his bedroom or into the street. Even*

---

<sup>304</sup> *Idem, ibidem*, p. 145.

<sup>305</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right of privacy. In: *Harvard Law Review*. Vol. 4 (1890), p. 193, 205, 195; *Olmstead v. United States*, U.S. 438, 478 (1928). *Apud* EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 544. Tradução livre: “Os elaboradores de nossa Constituição objetivaram assegurar condições favoráveis para a busca de felicidade. Eles reconheceram a importância da natureza espiritual de homem, do seu sentimento e do seu intelecto (...) Eles buscaram proteger os americanos nas suas convicções, nos seus pensamentos, nas suas emoções e nas suas sensações. Eles conferiram, como contra o Governo, o direito de ficar sozinho – o mais compreensível de todos os direitos, e o mais valorizados pelos homens civilizados”.

<sup>306</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser. In: *New York*

*when public, it is a part of the inner man, it is part of his “property”, as Locke would say, the kind of “property” with respect to which its owner has delegates no power to the state*<sup>307</sup>.

Outros conceituam a privacidade de forma mais restrita. Nesse sentido é a lição do Professor Westin, para quem a privacidade é a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições de determinarem por eles próprios quando, como e em que extensão informações sobre eles podem ser transmitidas para os outros<sup>308</sup>.

De forma geral, um conceito de direito à privacidade tenta traçar uma linha entre o individual e o coletivo, entre o indivíduo e a sociedade. O direito à privacidade busca assegurar ao indivíduo uma zona na qual ele possa ser somente um indivíduo, e não um membro da comunidade. Nessa zona, ele pode pensar sozinho, ter seus próprios segredos, viver sua própria vida e revelar somente o que desejar para o mundo exterior. Em resumo, o direito à privacidade estabelece uma área excluída da vida coletiva, não regida pelas normas da vida coletiva. O direito à privacidade está baseado nas premissas do individualismo, que a sociedade existe para promover o valor e a dignidade do indivíduo, e é contrário às teorias de total comprometimento com o Estado, com a sociedade ou de qualquer parte deles<sup>309</sup>.

Do ponto de vista social, o sistema de privacidade é vital para o funcionamento do processo democrático. A democracia supõe que cada um dos cidadãos vai ativamente e independentemente participar na tomada das decisões e na operação das instituições da sociedade. O indivíduo só é capaz de desempenhar esse papel se ele pode, em alguns pontos, se separar das pressões e da obediência da vida coletiva. Nesse sentido é a lição de Bloustein:

*The man who is compelled to live every minute of his life among others and whose every need, thought, desire, fancy or gratification is subject to public scrutiny, has been deprived of his individuality and human dignity. Such an individual merges with the mass. His opinions, being public, tend never to be different; his aspirations, being known, end always to be conventionally accepted ones; his*

---

*University Law Review*. Vol. 39 (1964) p. 962, 1005, 971. *Apud* EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 544-545.

<sup>307</sup> KONVITZ, Milton R. Privacy and the law: A philosophical prelude. In: *Law and Contemporary Problems*. Vol. 31 (1966), p. 272, 279-280. *Apud* EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 545. Tradução livre: “Sua essência é a reivindicação de que há uma esfera de espaço que não foi dedicada ao uso de público ou controle. É um tipo de espaço que um homem pode levar com ele, em seu quarto ou na rua. Até mesmo quando público, é uma parte interna do homem, faz parte da “propriedade” dele, como diria Locke, o tipo de “propriedade” com respeito à qual seu dono não delegou nenhum poder para o estado”.

<sup>308</sup> WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1967, p. 7. *Apud* EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 545.

<sup>309</sup> EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 545.

*feelings, being openly exhibited, tend to lose their quality of unique personal warmth and to become the feelings of every man. Such being, although sentient, is fungible; he is not an individual*<sup>310</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 tutelou de forma autônoma o conceito de vida privada, distinguindo-o da figura da intimidade, de modo que se pode concluir, assim, que, no texto constitucional, o termo “vida privada” foi utilizado de forma estrita, constituindo uma das esferas da intimidade<sup>311</sup>.

Assim, além da separação entre intimidade e vida privada pela teoria das esferas da intimidade, pode-se considerar também o direito à intimidade como um aspecto mais restrito do direito à vida privada<sup>312</sup>.

Nesse sentido, Darcy Arruda Miranda separa a vida privada da vida íntima (familiar, doméstica), pelo que existiriam fatos atinentes ao mundo dos negócios ou das próprias relações pessoais entre os cidadãos que apenas a eles dizem respeito, não justificando o interesse do público no conhecimento deles. Assim, propõe que devem ser considerados como pertencentes a vida privada “não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte”<sup>313</sup>.

Por sua vez, Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera a intimidade como um âmbito mais exclusivo da vida privada. Nesse sentido, o autor exemplifica como sendo manifestações da intimidade o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade já constrange. Já a vida pessoal, para ele, encerraria “as situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento)”, que, em determinadas ocasiões, “podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel)”. A diferença entre a vida privada e a intimidade residiria nessa “forma de repercussão”<sup>314</sup>.

---

<sup>310</sup> BLOUSTEIN, Edward J. Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser”. In: *New York University Law Review*. *Op. cit.*, 1970, p. 32-39. *Apud* EMERSON, Thomas Irwin. *Op. cit.*, 1970, p. 546. Tradução livre: “O homem que é compelido a viver todos os minutos da sua vida entre outros, e cuja necessidade, pensamento, desejo, fantasia ou satisfação estão sujeitos ao escrutínio público, tem sido privado da sua individualidade e dignidade humana. Tal indivíduo se funde com a massa. As opiniões dele, enquanto públicas, nunca tendem a ser diferentes; as suas aspirações, enquanto conhecidas, sempre tendem a ser as convencionalmente aceitas; os seus sentimentos, sendo exibidos abertamente, tendem a perder a qualidade de calor pessoal único, sem igual, e se tornarem os sentimentos de todo homem. Tal ser, embora sensível, é fungível; ele não é um indivíduo”.

<sup>311</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 146.

<sup>312</sup> *Idem, ibidem*, p. 146.

<sup>313</sup> MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. Vols. I e II. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 279. *Apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 147.

<sup>314</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 147.



O direito à vida privada é, portanto, o direito que cada indivíduo tem de excluir do conhecimento público fatos que se referem exclusivamente à esfera privada, que não são de interesse público, devendo ser subtraídos dessa esfera de informação<sup>315</sup>.

O direito à privacidade é um direito estritamente ligado à esfera pessoal dos indivíduos, por meio do qual são impostos limites à divulgação pública de atitudes familiares, afetivas, morais, religiosas, entre outras. A vida privada a que se refere a Constituição brasileira é a que representa a parcela da vida de cada pessoa que não pode ser acessível a terceiros, exceto se houver concordância expressa<sup>316</sup>.

### 3.2.5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* DIREITO À IMAGEM

Na concepção jurídica, a idéia de imagem restringe-se à reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer, ou seja, o direito à imagem compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de sua aparência, autorizando ou não a sua captação ou difusão<sup>317</sup>.

A imagem, para Mônica Castro, não deve ser entendida apenas como a representação de uma pessoa, mas também como a forma pela qual ela é vista pela coletividade. Assim, o direito à imagem não compreende apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua voz e quaisquer outros sinais pessoais de natureza física pelos quais ela possa ser reconhecida. Nas palavras da autora,

ao dizer direito à própria imagem, está-se apontando para critérios de individualidade, identidade e reconhecimento, como determinantes da realidade jurídica humana, posto que o direito somente atua se a representação visível de uma pessoa humana pode atribuir-se a um sujeito concreto<sup>318</sup>.

Parte da doutrina<sup>319</sup> divide a imagem em imagem-retrato e imagem-atributo. A imagem-retrato compreenderia a proteção ao aspecto visual da pessoa em sua projeção exterior, como seus gestos, sua voz, suas atitudes, sua fisionomia, etc., que correspondem exatamente ao conteúdo tradicionalmente fixado pela doutrina

<sup>315</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 31-32.

<sup>316</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. O direito da sociedade à informação jornalística e os direitos da pessoa. *In: Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro*. Vol. 3, n. 3, p. 171-196, 2002, p. 178.

<sup>317</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 148.

<sup>318</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 17.

<sup>319</sup> No Brasil, essa distinção foi introduzida pelo autor Luiz Alberto David Araújo. Cf. CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 17-18.

como imagem. Por sua vez, a imagem-atributo seria o conjunto de características pelas quais o indivíduo é reconhecido, ou seja, as características por meio das quais sua personalidade é apreendida pela coletividade, no sentido do conceito social de que desfruta. Dessa forma, o bem jurídico enfocado não se restringiria apenas à representação da fisionomia da pessoa, ganhando uma nova dimensão que decorre da inserção do homem na vida em sociedade. É nesse sentido que se fala, por exemplo, na imagem do Poder Judiciário, na imagem do Presidente da República, etc<sup>320</sup>.

A maior crítica que se faz a essa corrente doutrinária que distingue entre imagem-retrato e imagem-atributo é que essa última se confundiria com a honra objetiva, já estando, portanto, por ela assegurada.

Todavia, o autor Luiz Alberto David Araújo persiste na distinção, destacando que “imagem e honra são bens distintos. Posso estar honrando alguém, sem lhe alterar a imagem. Posso estar destruindo a sua imagem, ressaltando a sua honra”<sup>321</sup>.

Apesar de possuírem características comuns, a honra e a imagem se diferenciam em alguns aspectos. A honra está mais ligada à reputação da pessoa na sociedade, ao passo que a imagem diz com a forma como a pessoa se apresenta fisicamente à sociedade<sup>322</sup>.

Mônica Castro conclui, com apoio na doutrina de Luiz Alberto David Araújo,

que o âmbito do direito à imagem (retrato) se estende àqueles modos de captação, fixação, reprodução e difusão que se ajustam às características da imagem, nas quais a representação da figura humana não requer uma mediação intelectual, enquanto que a imagem-atributo engloba, além do indivíduo, a pessoa coletiva<sup>323</sup>.

O direito à imagem foi inicialmente considerado como uma simples manifestação do direito à intimidade, sendo que atualmente dele se distingue em alguns aspectos. É que é normal ocorrerem situações em que se verifica a disposição da imagem sem que sejam atingidas esferas íntimas, secretas ou da vida privada do sujeito. Quando uma pessoa autoriza a publicação ou a exposição pública de seu retrato para um determinado fim, por exemplo, estará dispondo da sua imagem e, provavelmente, da sua intimidade. Se se permitir, posteriormente, o uso do mesmo

---

<sup>320</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 18-19.

<sup>321</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 123. *Apud* CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 19-20.

<sup>322</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *Op. cit.*, 2002, p. 179.

<sup>323</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Op. cit.*, 2002, p. 23.

retrato para outros fins e sob condições diversas da primeira publicação, a hipótese não revela mais qualquer possibilidade de invasão da intimidade, já devassada com a primeira exposição, sendo o objeto do direito, agora, apenas a imagem<sup>324</sup>.

Desse modo, como já foi dito, o direito à imagem também não se confunde com o direito à honra, pois pode haver a violação do direito à imagem sem que seja atingido o direito à honra, como é o caso, por exemplo, da publicação da fotografia de uma pessoa para fins comerciais sem a sua anuência<sup>325</sup>.

Existem duas ordens de limitações ao direito de imagem decorrentes da faculdade reconhecida à pessoa de dispor do direito à própria imagem: a primeira diz com a própria natureza essencial da pessoa; e a segunda visa a atender os interesses da coletividade<sup>326</sup>.

No primeiro caso, cabe à pessoa decidir sobre a captação e a exposição da sua imagem. Contudo, na lição de Edilsom Pereira de Farias, “se o titular pode exercer atos de disposição sobre o direito à própria imagem livremente, não pode privar-se totalmente do mesmo, em razão de ser esse um direito da personalidade (e portanto, inalienável, irrenunciável, inextinguível, intransmissível e imprescritível).<sup>327</sup>”

No segundo caso, as limitações não são criadas pelo titular do direito à imagem, mas são por ele suportadas em razão do interesse público, como nas seguintes hipóteses: notoriedade do titular do direito à imagem (as pessoas célebres, em face do interesse que despertam na sociedade, sofrem restrição ao seu direito de imagem<sup>328</sup>), acontecimentos de interesse público ou realizados em público, em função do interesse científico, didático ou cultural (autoriza-se a publicação da imagem de uma pessoa quando se tem por objetivo alcançar fins científicos, didáticos ou culturais) e, por fim, em razão de interesse de ordem pública (divulgação da imagem da pessoa para atender interesses da administração da justiça e da segurança pública)<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 150.

<sup>325</sup> *Idem, ibidem*, p. 152.

<sup>326</sup> *Idem, ibidem*, p. 152.

<sup>327</sup> *Idem, ibidem*, p. 152-153.

<sup>328</sup> Vale ressaltar que, de acordo com Celso Robeiro Bastos, quando as pessoas estão profissionalmente ligadas ao público, como, por exemplo, os artistas e os políticos, elas não podem reclamar um direito de imagem com a mesma extensão do conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade. Todavia, isso não quer dizer que tais pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não-públicos, ou seja, privados, e flagradas em situações inadequadas. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. *Apud* TRIGUEIRO, Edmac Lima. *Op. cit.*, 2000, p. 269.

<sup>329</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 153-154.

#### 4 JURISPRUDÊNCIA COMPARADA

No que diz respeito aos limites da liberdade de expressão, o que se tem é que o Direito Constitucional Comparado é plural no tratamento do tema. Nos países socialistas, conjuga-se uma concepção de liberdade de expressão como liberdade material com uma ligação funcional dela própria com os fins da sociedade socialista, formulação essa que permite uma ampla intervenção autoritária. São exemplos dessa abordagem a Constituição Cubana (artigo 52) e a Constituição Russa (artigo 50)<sup>330</sup>.

Nas democracias capitalistas, encontra-se uma grande diversidade. Empiricamente, pode-se diferenciar entre as Constituições que não contemplam nenhum limite (por exemplo, o artigo 18 da Constituição Belga: “a imprensa é livre e não se poderá estabelecer a censura em nenhum caso, nem exigir fiança aos escritores, editores e impressores.”), as que contêm um amplo reenvio que deixa para um momento posterior a determinação dos limites (como, por exemplo, a Constituição Sueca – capítulo 2, artigo 1.1, e capítulo 8; a Constituição Portuguesa – artigo 27.3; a Constituição de Luxemburgo – artigo 24; e a Constituição dos Estados Unidos – Primeira e Décima Quarta Emendas) e, por fim, as que enunciam expressamente os limites, opondo-se, dessa forma, a ampliações posteriores (exemplificando, a Constituição Norueguesa, no artigo 100)<sup>331</sup>.

Cláudio Garcia relata que o conflito entre liberdade de expressão e direito à honra vem sendo atualmente resolvido no direito espanhol pela aplicação do princípio da ponderação de bens, oriundo do direito norte-americano (*balancing*), por meio do qual, partindo-se de uma idêntica posição de direitos, sem que nenhum deles prevaleça sobre o outro, chega-se a uma situação em que se dá prevalência a um deles, no caso concreto, mediante a valoração de uma circunstância ou uma condição específica pelo órgão julgador<sup>332</sup>.

Em termos gerais, o que se pode constatar é que os conflitos envolvendo a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem têm sido resolvidos por meio da ponderação dos interesses colidentes no caso concreto.

Além disso, o único ordenamento jurídico no qual se pode afirmar que há uma clara preferência ao direito à liberdade de expressão em detrimento dos demais direitos é o ordenamento jurídico norte-americano.

<sup>330</sup> GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. *Op. cit.*, 1982, p. 164.

<sup>331</sup> *Idem, ibidem*, p. 164-165.

<sup>332</sup> GARCIA, Cláudio Vianna. Honra e liberdade de expressão. In: *Revista Jurídica Consulex*. Vol. 5, n. 106, p. 42-44, jun. 2001, p. 43.

## 4.1 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já vem há algum tempo decidindo questões envolvendo a colisão de direitos fundamentais.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também tem tratado do direito à liberdade de expressão.

Destaca-se, ainda, decisão do Tribunal Superior Eleitoral que tratou da censura prévia a um jornal em tempos de eleição.

Todavia, até recentemente, a jurisprudência da Corte brasileira sobre o conflito específico entre liberdade de expressão e outros direitos era um pouco tímida, havendo poucos julgados sobre o tema.

Em 2002, chegou à Suprema Corte brasileira um *habeas corpus* em que se discutiu a possibilidade de se publicarem ou editarem livros contendo idéias consideradas preconceituosas e discriminatórias.

Ao decidir a matéria, o Supremo Tribunal Federal deu um grande passo em direção ao estabelecimento de uma jurisprudência favorável à dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão em matéria de discurso considerado ofensivo ou de ódio.

Passemos, então, a analisar os casos decididos pelos Tribunais brasileiros envolvendo a liberdade de expressão.

### 4.1.1 PRINCIPAIS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No dia 18 de março de 2004, o Supremo Tribunal Federal negou referendo à liminar concedida pelo Ministro Cezar Peluso em Mandado de Segurança (MS nº 24.832/DF) ajuizado pela defesa do chinês Law Kin Chong, para que não houvesse a divulgação de sua imagem ao ser ouvido, em audiência pública, pela CPI da Pirataria da Câmara dos Deputados<sup>333</sup>.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal foi proferida por maioria de sete a dois votos, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Relator, e o Ministro Gilmar Mendes<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministros do STF discutem direito de imagem e direito à informação ao julgarem MS de comerciante chinês*. Disponível em: (<http://www.stf.gov.br/noticias>) Acesso em: 18.03.2004.

<sup>334</sup> *Idem, ibidem*.

O empresário chinês impetrou novo Mandado de Segurança contra o presidente da CPI da Pirataria para impedir a exposição de sua imagem na imprensa, fundamentado na garantia constitucional de seu direito de imagem. Segundo o advogado do empresário, a liminar anteriormente concedida pela Corte fora violada a partir do momento em que a TV Câmara transmitiu o depoimento de Kin Chong, sendo as imagens aproveitadas e retransmitidas pelas demais redes televisivas<sup>335</sup>.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, deferiu a liminar, proibindo o acesso de câmeras de televisão, gravadores e máquinas fotográficas de particulares ou concessionárias, incluindo as da TV Câmara e da TV Senado, nas dependências onde Law Kin Chong depor, sendo que, no mesmo dia em que proferida a decisão, o Ministro recebeu um pedido da Câmara dos Deputados para reconsiderar a liminar concedida. Segundo o Ministro Peluso, o depoimento previsto estava suspenso até a apreciação do pedido de reconsideração<sup>336</sup>.

O Ministro Peluso entendeu que a questão em debate revelava-se grave e delicada na medida em que envolvia uma colisão de princípios constitucionais, implicando o reconhecimento da limitação do âmbito de um deles. Para o Ministro, o pedido do empresário seria razoável por ele estar à disposição da CPI e permitir a publicidade dos atos, desejando apenas resguardar sua imagem de eventual abuso de exposição na mídia. Observou que é freqüente a exibição de imagens, pela mídia, de pessoas supostamente envolvidas em fatos criminosos e que se vêem antecipadamente submetidas a verdadeiro julgamento público. Assim, a mera divulgação de rostos pela imprensa, sugerindo tratar-se de criminosos, é fato irreparável, que lhes imprime uma nódoa de desonestidade e de periculosidade que dificilmente será desfeita, deixando um dano moral de difícil reparação. Para o Ministro, a restrição à exposição abusiva da imagem não sacrifica o interesse público, figurado no livre trabalho de apuração da CPI e na publicidade dos atos, que o empresário, aliás, não deseja impedir, estando presente quando convocado a depor pela Comissão<sup>337</sup>.

O Ministro Cezar Peluso ressaltou que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados submete à discricção do presidente das Comissões a condição de haver ou não televisionamento, decisão não essencial à publicidade do ato. Destacou, ainda, que o particular não tem direito subjetivo de gravar nem fotografar a inquirição de testemunhas. O Ministro consignou que é permitida a presença de pessoas

---

<sup>335</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>336</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>337</sup> *Idem, ibidem.*

em audiências das CPIs, o que pode, sem prejuízo algum da liberdade de informação e da imprensa, até ser vetada, quando dela puder advir escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, consoante o artigo 792 do Código de Processo Penal, combinado com a Lei das Comissões Parlamentares de Inquérito (Lei nº 1.579/52)<sup>338</sup>.

O presidente da CPI da Pirataria ingressou com um pedido de reconsideração por entender que o caso não seria de colisão de direitos fundamentais, mas de invasão de competência constitucional, pois a Constituição Federal e o Regimento Interno da Câmara dos Deputados garantiriam a publicidade dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como a exibição de matérias de interesse da sociedade<sup>339</sup>.

Argumentou, também, que a liminar afrontaria o direito à informação e configuraria censura prévia, sendo inexecutável a decisão na parte que impede qualquer gravação de imagem ou voz em outros recintos da Câmara<sup>340</sup>.

Ao apreciar tal pedido, o Ministro Peluso assinalou que a jurisprudência assentada no Supremo é a de que não é a natureza da norma que caracteriza a matéria como interna dos órgãos – *interna corporis* –, mas a questão de saber se o ato fundado na Constituição ou no Regimento Interno pode, em tese, violar ou não direito subjetivo dos próprios congressistas<sup>341</sup>.

Para o Ministro Peluso, a decisão proferida não estaria a obstar a publicidade das sessões, mas apenas limitaria a exposição perniciosa da imagem de quem não se sabe se é testemunha ou indiciado, já que a CPI não define como o cidadão intimado deva comparecer perante ela, se como indiciado ou como testemunha. A liminar, segundo o Relator, mantém todos os poderes da CPI e permite que a imprensa faça suas anotações, sem que haja divulgação da imagem do empresário<sup>342</sup>.

O primeiro voto contrário ao referendo foi proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, para quem o núcleo da liminar deferida foi a proibição do televisionamento do depoimento. Citando dispositivo da Constituição Federal (parágrafo 1º do artigo 220), que, ao falar sobre liberdade de imprensa, estabeleceu que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, ele defendeu a

---

<sup>338</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>339</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>340</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>341</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>342</sup> *Idem, ibidem.*

conciliação desse dispositivo com incisos do artigo 5º que prevêem a liberdade de pensamento, o direito de resposta, a inviolabilidade da honra, da imagem, da vida privada e da intimidade<sup>343</sup>.

O Ministro Carlos Ayres Britto destacou a importância da informação para a democracia, asseverando que este

é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, prima pela excelência da informação, e é claro que a informação televisada ganha essa tonalidade de excelência, de transparência. Então, no caso, eu entendo que não houve prejuízo ao direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisoramento direto<sup>344</sup>.

A Ministra Ellen Gracie acompanhou o Ministro Carlos Ayres Britto. Ela concedeu, em parte, o pedido da Câmara e justificou que o depoente deve ser resguardado da exposição, o que não impede a divulgação dos trabalhos da Casa. Ressaltou a Ministra Ellen Gracie que o país tem, hoje, uma democracia mais participativa em função do acesso da população às Casas do Congresso e às suas deliberações. Para ela,

a restrição feita pelo eminente Relator de que esse canal seja ainda fechado é uma questão eminentemente técnica que, ao que estou informada, deverá ser superada brevemente, para que os canais abertos também possam transmitir as deliberações das Casas legislativas e deste Supremo Tribunal, também<sup>345</sup>.

A Ministra observou que os exemplos dos Estados Unidos não servem de parâmetro para o Brasil, pois lá, as Casas Judiciárias não deliberam em público, nem permitem a transmissão de seus julgamentos. Afirmou que “sequer notas à mão se podem tomar na Suprema Corte americana”, consignando que “parece-me que a divulgação deve obedecer ao sentido de conveniência e oportunidade da Casa legislativa”<sup>346</sup>.

Ao votar, o Ministro Marco Aurélio afirmou que a atuação do Legislativo é aberta e deve ser acompanhada pela sociedade: “não consigo imaginar que um ataque obstaculize a atividade, a divulgação de qualquer atividade desenvolvida por qualquer Casa legislativa, muito menos partindo do próprio Judiciário. Ou seja, o Judiciário interferindo naquela Casa para ditar regras contrárias”. Salientou o

---

<sup>343</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>344</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>345</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>346</sup> *Idem, ibidem.*



direito do cidadão à informação, não podendo o Judiciário implementar censura e obstaculizar a própria informação<sup>347</sup>.

O Ministro Carlos Velloso citou o parágrafo 3º do artigo 58 da Constituição Federal, que dispõe que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, sem poderes para julgar, mas para investigar, concluindo que a CPI se sujeita às mesmas regras a que estão sujeitos os magistrados. Citou, ainda, o inciso IX do artigo 39 da Constituição Federal, pelo qual todas as sessões do Judiciário serão públicas. Finalizou manifestando-se no sentido de não verificar, no caso, nenhuma razão para que a sessão fosse reservada e, sendo pública, questionou se poderia haver restrição à liberdade de informação<sup>348</sup>.

O Ministro Celso de Mello destacou a importância da garantia da liberdade de expressão e de comunicação, asseverando não haver privilégio do mistério numa República fundada em bases democráticas. O Ministro ressaltou a exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho do Estado, resguardando o direito subjetivo do público de ter acesso a fatos que, impregnados de relevante interesse social, merecem, por isso mesmo, ampla divulgação<sup>349</sup>.

O Ministro Celso de Mello negou a necessidade de impor restrições prévias ao exercício da liberdade pública. Segundo ele, a perspectiva do abuso não deve justificar uma reação antecipada do poder público, impondo restrições prévias ao

“direito de comunicar e de fazer transmitir para conhecimento público e geral, e de modo pleno, as informações e os eventos que o próprio poder legislativo entender essenciais à compreensão e à divulgação de seus trabalhos e de sua alta missão institucional”<sup>350</sup>.

Assim, por votação majoritária, o Supremo Tribunal Federal negou referendo à liminar<sup>351</sup>.

Vê-se, por meio dessa recente decisão, a prevalência da liberdade de expressão e informação quando em conflito com o direito à imagem, especialmente em se tratando de uma questão de interesse público.

No *Habeas Corpus* nº 78.426-6/SP, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de diferenciações, tendo

---

<sup>347</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>348</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>349</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>350</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>351</sup> O acórdão do referido *mandamus* ainda não foi publicado, sendo que o processo ainda se encontra em tramitação, conforme andamento processual obtido no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: (<http://www.stf>).

em vista as diversas situações desempenhadas pelos envolvidos, admitindo, assim, que fossem estabelecidos critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em conta a maior ou menor exposição pública das pessoas. Eis a ementa do acórdão:

Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Ementa: Crime contra a honra e a vida pública. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a *zona di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município “com dívidas causadas por suas falcaturas”.

HC n.º 78.426. Relator: Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 16.3.99. DJ de 7.5.99.

Em outro caso relativo a uma queixa-crime ajuizada por deputado federal contra um Ministro de Estado por calúnia, injúria e difamação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a resposta oferecida contra os ataques efetuados da tribuna parlamentar – e, portanto, abrangidos pela imunidade – pode ser considerada como simples retorsão. É o que se depreende da emenda do acórdão do Inquérito nº 1.247-5/DF:

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa: Crime contra a honra – Elemento subjetivo – O dolo – Inviolabilidade parlamentar – Retorsão – Alcance. Tratando-se de hipótese a revelar a prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando os valores de igual envergadura. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no princípio

---

[gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=24832&CLASSE=MS&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=24832&CLASSE=MS&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)) Acesso em: 4.1.2004.

da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo do próprio tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedente singular ao caso concreto.

Inq n.º 1.247. Relator: Marco Aurélio. Data do julgamento: 15.4.98. DJ de 18.10.02, p. 75.

No que diz respeito ao direito à imagem, a Corte brasileira não admite a publicação de fotografia sem o consentimento do retratado, ainda que este seja pessoa conhecida, pública, famosa, no caso, uma artista de televisão. É o que diz o acórdão:

Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Ementa: Constitucional. Dano moral. Fotografia. Publicação não consentida. Indenização. Cumulação com o dano material: possibilidade. Constituição Federal, artigo 5º, X.

A. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação de fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, artigo 5º, X.

B. RE conhecido e provido.

RE n.º 215.984. Relator: Carlos Velloso. Data do julgamento: 4.6.02. DJ de 28.6.02, p. 870.

Em dezembro de 2002, foi iniciado o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS, considerado por muitos como um dos mais importantes na história do Supremo Tribunal Federal. No caso, tratava-se de saber se é possível a publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas.

Muito se discutiu, no julgamento, sobre o fato de o povo judeu constituir ou não uma raça, para que se pudesse, então, enquadrar a conduta do paciente, que editou e publicou as obras consideradas ofensivas, no crime de racismo. Todavia, esse debate não diz respeito com o assunto tratado neste trabalho, a liberdade de expressão. Assim, aqui somente se irão comentar as partes do julgamento que de fato interessam para o presente estudo.

Dos onze votos proferidos no julgado, dois merecem destaque: o do Ministro Gilmar Mendes e o do Ministro Marco Aurélio. Essa relevância pode ser justificada pelo fato de que ambos trataram do conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, fizeram-no em atenção ao princípio da proporcionalidade e chegaram a conclusões diametralmente opostas.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, consignou que:

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.

Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do *hate speech*. Ressalte-se, porém, que o *hate speech* não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 490).

Nesse sentido 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. ‘*Every one counts as one and no more than one*’, como disse Jeremy Bentham. 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).

E, aplicando o princípio da proporcionalidade ao caso, o Ministro Gilmar Mendes arrematou:

(...) Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF), do pluralismo político (artigo 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (artigo 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (artigo 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da “proibição do excesso”.

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros

bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade. Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio teceu considerações sobre a censura e a liberdade de expressão, destacando a importância da tolerância. Sua defesa da liberdade individual de manifestação do pensamento foi reiterada em todo o voto. Eis alguns trechos:

(...) Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz (...).

(...) É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e as finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas do mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é sempre bom lembrarmos Hans Kelsen, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria (...).

(...) À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, 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 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 (por exemplo, pornografia, no caso *Miller v. California*) ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso *Falwell v. Hustler Magazine Inc.* No caso *New York Times v. Sullivan*, o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: “a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de idéias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo.

(...) O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e os grupos políticos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário é que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que alberga em sua essência um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam estas impostas pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Há que se proclamar a autonomia do pensamento individual como forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo (...).

(...) O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites apenas nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios. Essa matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado (...).

(...) A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflitos de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no

mundo – vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola, relatado por Javier Cremades, e da Suprema Corte Americana, o já citado *New York Times v. Sullivan*.

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou de uma liberdade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação da opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio consignou que:

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade. São eles a idéia de conformidade ou adequação dos meios, a exigibilidade ou a necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – pronunciamento condenatório – a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre Ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para



concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

(...)

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de escolha do meio mais suave. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio mais gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”. O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise da adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente (...). Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela

edição de livros alheios, responsabilizá-lo por idéias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet* (...).

(...)

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Como se pode notar, tanto o Ministro Gilmar Mendes quanto o Ministro Marco Aurélio procederam à ponderação de bens no caso concreto, utilizando o princípio da proporcionalidade, tendo chegado, no entanto, a resultados diversos.

Para o Ministro Gilmar Mendes, no caso do conflito em exame, do conflito entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, a primeira deve prevalecer, pois também configura pressuposto de uma democracia, sendo que, nas palavras do Ministro Gilmar, “a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio não vislumbrou as declarações do paciente como uma forma de instigar ou incitar a prática do racismo. Nesse sentido, asseverou que

a questão de fundo neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revela idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

Portanto, para ele, na espécie a liberdade de expressão deve prevalecer, já que da conduta do paciente não resultou qualquer afronta à dignidade do povo judeu.

Como se afirmou com certa freqüência à época do julgamento, esse caso constitui um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio do qual se estabeleceu que manifestações cujo conteúdo possa se revelar preconceituoso, discriminatório, ou, em outras palavras, manifestações que possam ser enquadradas no conceito de *hate speech*, ou discurso de ódio<sup>352</sup>, não são toleradas

---

<sup>352</sup> Kevin Boyle conceitua o discurso de ódio ou *hate speech* como sendo uma expressão americana que passou a ser usada internacionalmente, apesar de também significar propaganda de ódio em outros lugares. O discurso

pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo configurar a prática do crime de racismo, que, constitucionalmente, é inafiançável e imprescritível.

O acórdão desse relevante *habeas corpus* foi publicado no dia 19 de março de 2004, e está assim ementado:

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ementa: Habeas corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).
2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.
3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.
4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.
5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do

---

de ódio descreve uma problemática categoria de discurso e outras liberdades correlatas, como a liberdade de associação e de reunião, que envolve a pregação do ódio e da discriminação contra grupos com base em sua raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, entre outros. Cf. BOYLE, Kevin. *Op. cit.*, 2001, p. 489.

mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e na dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamafobia” e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e pela repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e sua aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam, em seu ordenamento legal, punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplica sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e a publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao descrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

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

15. “Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça

a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

HC n.º 82.424. Relator: Moreira Alves. Relator para o Acórdão: Maurício Corrêa. Data do julgamento: 17.9.03. DJ de 19.3.04, p. 524.

#### **4.1.2 PRINCIPAIS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também tem-se decidido acerca do direito à liberdade de expressão.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que policiais militares não podem ser punidos por dar entrevistas sobre trabalhos científicos, ainda que tratem de segurança pública e policiamento.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça extinguiu processo administrativo disciplinar no qual o Capitão José Mauro da Costa, da Polícia Militar de Santa Catarina, fora punido com seis dias de prisão, por descumprir ordem que o proibia de dar entrevistas sobre sua monografia.

O militar realizou trabalho científico intitulado “Sistema de Segurança Pública – Interação e Complementação das Atividades” e dava entrevista à imprensa nas dependências do Centro de Ensino da Polícia Militar, sem o conhecimento da corporação. Ao ser repreendido, dirigiu-se ao estúdio da emissora de televisão para continuar a entrevista.

O militar sustentou que o seu depoimento estaria resguardado pela Constituição Federal, que, no artigo 5º, inciso IX, consagra a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O Relator do recurso, Ministro Gilson Dipp, afirmou que a determinação do ordenamento militar que impõe a autorização prévia e expressa para entrevistas com policiais militares sobre qualquer assunto é nula, ainda mais porque a entrevista, no caso concreto, não tratou de críticas pessoais ou ofensas, nem abordou atividades estratégicas ou específicas da polícia.

O acórdão ficou assim ementado:

Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Ementa: Constitucional – Administrativo – Militar – Atividade científica – Liberdade de expressão independente de censura ou licença – Garantia constitucional – Lei de hierarquia inferior – Inafastabilidade – Processo administrativo

disciplinar – Transgressão militar – Inexistência – Falta de justa causa – Punição anulada – Recurso provido.

I - A Constituição Federal, à luz do princípio da supremacia constitucional, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais buscam o seu fundamento de validade.

II - Da garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independente de censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros (art. 5º, IX), não podem ser excluídos os militares em razão de normas aplicáveis especificamente aos membros da Corporação Militar. Regra hierarquicamente inferior não pode restringir onde a Lei Maior não o fez, sob pena de inconstitucionalidade.

III - Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em consequência a punição administrativa aplicada.

IV - Recurso conhecido e provido.

RMS n.º 11.587. Relator: Gilson Dipp. Data do julgamento: 16.9.04. DJ de 3.11.04, p. 206.

Em outro caso atual e de repercussão nacional e internacional, o jornalista norte-americano William Larry Rohter Junior, autor de matéria publicada no jornal *The New York Times*, na qual se referiu a outras reportagens que atribuem ao Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva o uso de bebida alcoólica, obteve no Superior Tribunal de Justiça a garantia de livre trânsito em território nacional, após ter o visto de permanência temporário no Brasil cancelado pelo Ministro da Justiça interino.

No dia 13 de maio de 2004, o Senador Sérgio Cabral, do PMDB, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, com pedido de liminar, para anular o ato de cancelamento do visto do jornalista norte-americano, ao argumento de que o ato praticado pelo Ministro interino da Justiça violaria os princípios de liberdade de expressão e de imprensa<sup>353</sup>. Para o Senador, seria inadmissível expulsar alguém

---

<sup>353</sup> Vale mencionar que o Senador Sérgio Cabral impetrou outro *habeas corpus* em favor do jornalista americano no Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.285), que sequer chegou a ser apreciado em razão do pedido de desistência formulado pelo impetrante. O andamento processual do referido *habeas* está disponível em: ([http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=84285&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=84285&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)) Acesso em: 04.01.2004.

do País simplesmente porque reproduziu, no jornal para o qual trabalha, matérias publicadas no Brasil que desagradem a quem quer que seja<sup>354</sup>.

Ao analisar o pedido, o Ministro Peçanha Martins destacou que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que o Presidente da República contribuiu com intensa participação política para a instauração da democracia plena no País. Asseverou que a imprensa é um dos pilares fundamentais da democracia e que é livre a “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, conforme preceitua a Constituição Federal.

O Ministro Peçanha ressaltou que o jornalista estrangeiro teve o visto de permanência no País cancelado simplesmente por ter assinado reportagem acusada de leviana, mentirosa e ofensiva à honra do Presidente da República brasileiro, providência que não poderia ter sido tomada, uma vez que, apesar de o ato de concessão ou revogação de visto de permanência de estrangeiro no país ser ato de soberania, uma vez concedida a autorização, não poderia ser ela revogada pelo simples fato de o estrangeiro ter exercido um direito assegurado pela Constituição – o de externar sua opinião no exercício da atividade jornalística. Nos dizeres do Ministro, “no Estado Democrático de Direito, não se pode submeter a liberdade às razões de conveniência ou oportunidade da Administração”, sendo que, aos estrangeiros, assim como aos brasileiros, são assegurados direitos e garantias fundamentais pela Constituição Federal descritos no artigo 5º, entre eles o de liberdade de expressão<sup>355</sup>.

Apesar de o pedido não estar acompanhado de cópia do ato, estando a inicial acompanhada apenas de alegações e notícias publicadas em jornais, o Ministro Peçanha Martins entendeu ser medida urgente assegurar ao jornalista a plena eficácia das garantias fundamentais constitucionais, motivo pelo qual lhe concedeu o salvo-conduto, previsto no artigo 201 do Regimento Interno do STJ, até a decisão final do *habeas corpus*<sup>356</sup>.

A expulsão do jornalista americano do Brasil pelo simples fato de haver publicado matéria considerada ofensiva à honra do Presidente da República foi amplamente criticada na imprensa nacional e internacional.

Após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, assegurando ao jornalista a permanência no País, o *habeas corpus* foi julgado extinto pela perda do objeto,

---

<sup>354</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Concedido salvo-conduto a jornalista do jornal The New York Times*. Disponível em: ([http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticia=10669](http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=10669)) Acesso em: 13.05.2004.

<sup>355</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>356</sup> *Idem, ibidem*.



em virtude da revogação do despacho no qual fora cassado o visto concedido ao periodista estrangeiro<sup>357</sup>.

#### 4.1.3 PRINCIPAIS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Um caso que repercutiu no Brasil e que revela a importância do direito à liberdade de expressão e informação em uma sociedade democrática é o que envolve a censura prévia realizada em um grande jornal de Brasília.

No dia 23 de outubro de 2002, diante de decisão do Desembargador Jirair Meguerian, do Tribunal Regional Eleitoral, o jornal Correio Braziliense recebeu a visita do oficial de Justiça Ricardo Yoshida e do advogado da Coligação Frente Brasília Solidária, Adolfo Marques da Costa, que entraram na redação do jornal com o objetivo de censurar toda reportagem que transcrevesse trechos de uma gravação realizada com autorização judicial e que relacionasse o Governador Roriz com os irmãos Passos<sup>358</sup>.

Na decisão<sup>359</sup>, determinou-se a

busca e apreensão, com arrombamento ou entrada compulsória, na sede, se houver necessidade, de todos os exemplares do jornal Correio Braziliense, edição de 24.10.2002, desde que publique trechos ou a íntegra de conteúdo das fitas de gravação das conversas telefônicas interceptadas por ordem judicial<sup>360</sup>.

As gravações em referência foram realizadas pela Polícia Federal, e nelas foram captadas conversas de personagens do primeiro escalão do Governo do Distrito Federal com os irmãos Pedro Passos e Márcio Passos, empresários acusados de parcelamento irregular do solo<sup>361</sup>.

O pedido de censura prévia foi feito pela coligação Frente Brasília Solidária e pelo Governador Joaquim Roriz (PMDB), candidato à reeleição, baseados na

---

<sup>357</sup> A decisão que julgou extinto o *habeas corpus* impetrado em favor do jornalista norte-americano foi publicada no DJ de 24.05.2004.

<sup>358</sup> CORREIO BRAZILIENSE. *Justiça censura edição do Correio*. Disponível em: ([http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO\\_20021024/pri\\_ult\\_241002\\_259.htm](http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021024/pri_ult_241002_259.htm)) Acesso em: 21.11.2004.

<sup>359</sup> A decisão monocrática proferida pelo Ministro Peçanha Martins no dia 13 de maio de 2004 foi publicada no DJ de 18 de maio do corrente ano.

<sup>360</sup> CORREIO BRAZILIENSE. *Justiça censura edição do Correio*. Disponível em: ([http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO\\_20021024/pri\\_ult\\_241002\\_259.htm](http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20021024/pri_ult_241002_259.htm)) Acesso em: 21.11.2004.

<sup>361</sup> *Idem, ibidem*.

suposta informação de que o jornal iria divulgar as escutas feitas nos telefones dos irmãos Passos<sup>362</sup>.

De acordo com a reportagem, o oficial de justiça e o advogado de Roriz fiscalizaram cada setor da empresa envolvido com a produção de notícias, da redação do jornal à gráfica. Todas as páginas do Correio Braziliense do dia 24 de outubro de 2002 foram vistoriadas por Yoshida e por Adolfo Marques da Costa<sup>363</sup>.

Tal decisão do Tribunal Regional Eleitoral foi, em seguida, revertida no Tribunal Superior Eleitoral, que decidiu, no dia 24 de outubro de 2002, por unanimidade, que a Justiça Eleitoral do Distrito Federal não tem competência para vetar a publicação de material jornalístico e promover quaisquer tipos de censura prévia<sup>364</sup>.

O voto condutor foi o do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para quem a decisão do juiz, além de ferir os dispositivos constitucionais sobre a liberdade de imprensa, fugia à competência da Justiça Eleitoral. Ele lembrou que a lei eleitoral dá tratamento diverso à imprensa escrita e às emissoras de rádio e televisão, bem como que a censura prévia não é admitida nem nos programas de propaganda gratuita dos partidos no horário eleitoral obrigatório no rádio e na TV<sup>365</sup>.

A decretação de segredo de justiça, pela 1ª Vara Criminal de Brasília, para o inquérito em que o Governador é acusado de conivência com grileiros de terras não poderia ser apreciada pela Justiça Eleitoral. Caso o Correio Braziliense ou quaisquer outros jornais ou revistas publicassem os conteúdos das fitas, eles poderiam ser acionados pelo juiz do inquérito criminal<sup>366</sup>.

Num longo voto, o Ministro Sepúlveda Pertence lembrou que o § 6º do artigo 220 da Constituição dispõe que a imprensa escrita “independe de licença de autoridade” para o seu funcionamento, ao contrário dos meios de radiodifusão, que dependem de concessões. Acentuou que, no plano da legislação eleitoral, só há duas limitações referentes à imprensa escrita: o tamanho da propaganda eleitoral paga, até o dia da eleição – o que não é matéria de liberdade de expressão –, e a obrigatoriedade do direito de resposta a candidato que tenha ofendida sua honra ou imagem<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>363</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>364</sup> CARNEIRO, Luiz Orlando; MARQUES, Hugo. *TSE acaba com censura prévia: Ministros decidem que veto a matérias do ‘Correio Braziliense’ é inconstitucional*. Disponível em: (<http://jbonline.terra.com/jb/papel/brasil/2002/10/25/jorbra20021025001.html>) Acesso em: 21.11.2004.

<sup>365</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>366</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>367</sup> *Idem, ibidem.*

O acórdão da Medida Cautelar nº 1.241 ainda não foi publicado, encontrando-se em tramitação no Tribunal Superior Eleitoral<sup>368</sup>.

No caso narrado, pode-se observar a prevalência da liberdade de informação, especialmente quando se trata de figuras públicas, no caso um político que disputava o cargo de Governador do Distrito Federal.

Também se pode extrair da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que, se, porventura, fosse violado o segredo de justiça relativo às fitas cuja degravação se buscava proibir, não seria cabível a censura, mas deveriam ser tomadas as medidas judiciais necessárias no sentido de punir quem divulgou a informação sigilosa.

## 4.2 JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA<sup>369</sup>

Luis Gustavo Grandinetti Carvalho destaca a importância do estudo das liberdades de comunicação nos Estados Unidos da seguinte forma:

o estudo da liberdade de palavra no contexto do sistema jurídico norte-americano é especialmente interessante e importante porque nos permite reunir dois aspectos do mais alto destaque da sua cultura: de um lado, a estabilidade de seu direito e a respeitabilidade de seu sistema constitucional, e de outro lado, o patamar da liberdade de palavra, jamais alcançado em outro país<sup>370</sup>.

Os Estados Unidos foram o primeiro país a constitucionalizar a liberdade de expressão – primeiramente concebida como liberdade de imprensa –, não propriamente na Constituição, mas na Primeira Emenda, de 1791<sup>371</sup>. É que, inicialmente, a redação da Constituição preocupou-se fundamentalmente com a organização dos poderes, especialmente do poder central, e das relações entre os Estados<sup>372</sup>. Somente posteriormente surgiu a preocupação com os direitos

<sup>368</sup> Andamento processual obtido no *site* do Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: (<http://www.tse.gov.br>) Acesso em: 03.01.2004.

<sup>369</sup> As seguintes obras tratam da liberdade de expressão no ordenamento jurídico norte-americano, trazendo em seu bojo diversas decisões envolvendo tal direito: COX, Archibald. *Freedom of expression*. Cambridge; London: Harvard University Press, 1980; EMERSON, Thomas Irwin. *The system of freedom of expression*. New York: Random House, 1970; JR. CHAFEE, Zechariah. *Free speech in the United States*. Massachusetts: Harvard University Press, 1964; e SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. New Jersey: Prentice-Hall, 1966.

<sup>370</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. cit.*, 1999, p. 251.

<sup>371</sup> *Idem, ibidem*, p. 252.

<sup>372</sup> *Idem, ibidem*, p. 258. Isso se deveu, especialmente, à origem da formação social norte-americana, que não será objeto de estudo neste trabalho.

individuais, que foram inseridos na ordem constitucional por meio de emendas, sendo que as dez primeiras delas formaram o famoso *Bill of Rights*<sup>373</sup>.

Pela análise da jurisprudência norte-americana, o que se percebe é que, nesse país, a liberdade de expressão tende a prevalecer sobre outros valores constitucionais, por ser considerada bem jurídico indispensável ao aperfeiçoamento e à manutenção do sistema democrático<sup>374</sup>.

Em síntese, no sistema constitucional norte-americano tem prevalecido a liberdade de imprensa, de expressão e de informação em relação ao direito de intimidade, especialmente quando se trata de agente público ou de pessoa pública, casos em que a proteção à privacidade é ainda menor<sup>375</sup>.

Antes de proceder à ponderação de bens no caso concreto, a Suprema Corte norte-americana verifica se o exercício da liberdade de expressão está dentro do marco traçado para a sua forma lícita de ação. Nesse sentido, estabelece os seguintes critérios: primeiramente, os assuntos ou os sujeitos públicos devem ser separados dos privados, essencialmente em razão da função social que a liberdade de expressão e de informação exercem na sociedade democrática. Assim, não há justificativa para se dar preferência à liberdade de expressão e informação quando se referirem ao âmbito privado dos assuntos ou sujeitos. Em seguida, examina-se se o comunicador agiu com diligência, no sentido de produzir uma notícia correta e honesta. Desse modo, a informação que revelar manifesto desprezo pela verdade ou pela falsidade não tem preferência, já que não cumpre a relevante função social desempenhada pela liberdade de expressão e informação<sup>376</sup>.

Nos Estados Unidos, a solução para o conflito entre liberdade de expressão e direito à honra tem sua origem no julgamento do caso *New York Times v. Sullivan*, em 1964. Desde a decisão tomada nesse caso, a Suprema Corte norte-americana vem ampliando os pressupostos de supremacia da liberdade de expressão sobre os direitos de personalidade<sup>377</sup>.

No célebre caso *New York Times v. Sullivan*, a Suprema Corte norte-americana, tendo em vista o controle da atividade governamental e do exercício do poder, entendeu que a crítica, ainda que incisiva, das autoridades era permitida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e que mesmo as notícias equivocadas sobre a atuação das autoridades eram protegidas pela

---

<sup>373</sup> *Idem, ibidem*, p. 258-259.

<sup>374</sup> *Idem, ibidem*, p. 253.

<sup>375</sup> *Idem, ibidem*, p. 287.

<sup>376</sup> FARIAS, Edilsom Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 177.

<sup>377</sup> GARCIA, Cláudio Vianna. *Op. cit.*, 2001, p. 44.

liberdade de expressão, exceto nas hipóteses em que as autoridades provassem que as matérias haviam sido publicadas com conhecimento da sua falsidade ou com negligência na apuração da sua veracidade<sup>378</sup>.

Burt Neuborne conta que, enquanto preparava um artigo sobre a Suprema Corte norte-americana e a Primeira Emenda, ele se deu conta de que os atuais nove juízes podem constituir a mais forte Corte quanto à defesa da liberdade de expressão na história dos Estados Unidos<sup>379</sup>.

Uma avaliação dos casos de liberdade de expressão decididos pela Suprema Corte nos últimos tempos confirma a receptividade da Corte aos argumentos da liberdade de expressão. Pelas contas de Burt Neuborne<sup>380</sup>, nos últimos anos, em

---

<sup>378</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 189, nota 185.

<sup>379</sup> NEUBORNE, Burt. The Supreme Court and free speech: love and a question. In: *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 42, n. 3, p. 789-811, summer 1998, p. 789.

<sup>380</sup> Eis os casos examinados pelo referido autor: *Reno v. ACLU* (117 S. Ct. 2329 – 1997) – no qual se invalidou tentativa de banir discurso “indecente” da Internet; *Glickman v. Wileman Bros.* (117 S. Ct. 2130 – 1997) – no qual se rejeitou uma objeção ao discurso comercial em favor do programa conjunto de publicidade; *Turner Broadcasting Co. v. FCC* (117 S. Ct. 1174 – 1997) – no qual foram apoiadas as regras necessárias; *Schenck v. Pro-Choice Network* (117 S. Ct. 855 – 1997) – no qual se limitou injunção regulando demonstrações anti-aborto; *Denver Area Educacional Consortium v. FCC* (518 U.S. 727 – 1996) – em que se invalidou requisitos estatutários, legais, que o telespectador deveria cumprir para ter acesso à programação erótica; mantendo o poder voluntário das empresas de televisão a cabo de limitar a programação erótica nos seus canais; *O'Hare Truck Service v. Northlake* (518 U.S. 712 – 1996) – no qual se invalidou tentativa de demitir contratante independente em razão de suas atividades políticas; *Board of Co. Comm'rs v. Umbehr* (518 U.S. 668 – 1996) – em que se invalidou o estabelecimento de teto para as despesas de campanha dos partidos políticos; *Colo. Republican Fed. Campaign Comm. V. FEC* (518 U.S. 604 – 1996) – no qual também se invalidou o estabelecimento de teto para as despesas de campanha dos partidos políticos; *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 – 1996) – em que se invalidou a proibição de anúncio do preço do licor; *Rosenberg v. University of Virginia* (515 U.S. 819) – no qual se pôs abaixo recusa discriminatória de financiar jornal de alunos de determinada orientação religiosa; *Capitol Square Review Bd. v. Pinette* (515 U.S. 753 – 1995) – em que se manteve o direito da *Ku Klux Klan* de exibir uma cruz em um parque; *Florida Bar v. Went for It* (515 U.S. 618 – 1995) – em que se rejeitou objeção ao discurso comercial para banir a solicitação em correspondência de vítimas de acidente por advogados dentro de 30 dias do acidente; *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian and Bi-sexual Org.* (515 U.S. 557 – 1995) – no qual se manteve o direito do patrocinador particular da parada em proibir a participação de grupo *gay* na parada do Dia de St. Patrick; *Rubin v. Coors Brewing Co.* (514 U.S. 476 – 1995) – no qual se invalidou a proibição de descoberta verdadeira sobre o conteúdo alcoólico nos rótulos de cerveja; *McIntire v. Ohio Elections Comm'n* (514 U.S. 334 – 1995) – em que se apoiou o direito de panfletagem política anônima; *United States v. Nat'l Treasury Employees Union* (513 U.S. 454 – 1994) – em que se invalidou a proibição de honorários para as atividades relativas à Primeira Emenda; *Lebron v. Nat'l RR Passenger Corp.* (513 U.S. 374 – 1994) – no qual o assunto *Amtrack* foi mantido preso à Primeira Emenda; e, por fim, *United States v. X-Cement Video* (513 U.S. 64 – 1994) – em que se reafirmou o requisito constitucional de ciência na ação referente à obscenidade.

apenas duas ocasiões, os argumentos clássicos de defesa à liberdade de expressão foram rejeitados, sendo que ambos os casos envolviam a liberdade de fala, de linguagem comercial<sup>381</sup>. Todavia, em vez de se sentir exaltado, Burt Neuborne assevera que começou a se perguntar se a doutrina de liberdade de expressão da Suprema Corte se tornou tão efetiva em afastar o governo da atividade de regulação que acabou por criar um poderoso vácuo de poder, um vácuo que possibilita enormes concentrações de opulência privada, alegando imunidade da regulação do governo por serem “oradores”<sup>382</sup>, a teor da Primeira Emenda, e agindo de forma que põem em perigo os mais profundos valores da Primeira Emenda<sup>383</sup>.

Burt Neuborne assevera que a teoria sobre a Primeira Emenda se divide em vários eixos. Um eixo separa os advogados instrumentalistas dos naturais. Os instrumentalistas defendem a liberdade de expressão pela demonstração da sua importância para o devido funcionamento das instituições fundamentais de escolha: a democracia política e o capitalismo de livre mercado, e pela ênfase nos riscos de essas instituições terem estado historicamente associadas à regulação do discurso pelo governo. Os advogados do eixo natural defendem a liberdade de expressão pela sua ligação com a dignidade inerente aos indivíduos, independentemente do seu valor instrumental. Existe uma óbvia tensão entre essas duas abordagens quando o discurso que parece ofender uma importante instituição é defendido com base na dignidade, ou quando se recusa proteção a um certo discurso por sua incompatibilidade, ou por ser destrutivo à dignidade pessoal de outro indivíduo<sup>384</sup>.

Um segundo eixo separa os ponderadores dos categóricos. Os ponderadores argumentam que a proteção da liberdade de expressão é sempre uma função de ponderação de interesses do grupo contra o interesse individual. Os categóricos, temendo que a ponderação seja muito subjetiva e concentrada em favor do grupo, buscam desenvolver regras para as várias categorias de discurso. No fim das contas, a principal diferença entre as duas abordagens pode ser o nível em que a ponderação ocorre, já que os ponderadores a fazem em cada caso concreto, enquanto os categóricos a fazem de forma genérica, com relação a toda uma categoria de discurso<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> NEUBORNE, Burt. *Op. cit.*, 1998, p. 789-790. No original, o autor fala em *commercial speech* ou *commercial speech doctrine*.

<sup>382</sup> No original fala-se em *speakers*.

<sup>383</sup> NEUBORNE, Burt. *Op. cit.*, 1998, p. 790-791.

<sup>384</sup> *Idem, ibidem*, p. 798.

<sup>385</sup> *Idem, ibidem*, p. 798.

Há, ainda, um terceiro eixo que separa os unificadores dos contextualistas. Os unificadores buscam uma única teoria para a Primeira Emenda, aplicável a todo um espectro de contextos de discurso. Os contextualistas acreditam que as regras que regulam a liberdade de expressão variam de acordo com um critério contextual apresentado, incluindo o valor social do discurso, sua colocação física, a natureza do orador e os atributos do ouvinte<sup>386</sup>.

Em que pese a tais diferenças doutrinárias, o que é certo é que os Estados Unidos são o único país com relação ao qual se pode afirmar que, em quase 100% dos casos, a liberdade de expressão tem preferência sobre outros direitos.

O Professor Michel Rosenfeld, em artigo que trata do discurso de ódio na jurisprudência constitucional comparada, estabelece os quatro principais estádios da jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão. Rosenfeld leciona que a teoria e a prática dos Estados Unidos relativa à liberdade de expressão são altamente complexas e nem sempre consistentes. Em termos amplos, podem-se distinguir quatro diferentes estádios nos quais a principal função buscada com a liberdade de expressão sofreu significativas mudanças. De outro lado, também houve quatro principais justificativas filosóficas para a liberdade de expressão, que informaram e explicaram a jurisprudência constitucional mais relevante. Nem sempre as justificativas filosóficas corresponderam aos momentos históricos. Também não há divisões claras que demonstrem a superação de um período histórico por outro. O ponto principal entre tais estádios variados é a mudança da função dominante do discurso livre. Tudo isso implica uma construção complexa, com uma ampla possibilidade de mudanças. Assim, somente em linhas gerais é que se estabelecerá o contexto histórico e teórico da jurisprudência sobre a liberdade de expressão<sup>387</sup>.

Dos quatro estádios históricos da liberdade de expressão, os três primeiros definitivamente tiveram – ainda que implicitamente – influências na jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema. Em contrapartida, o quarto estádio, que ainda está em fase inicial, não tem afetado muito as decisões judiciais relativas à liberdade de expressão, apesar de já ter causado impacto em alguns legisladores e doutrinadores. Um exemplo de legislação consistente com a quarta fase é a determinação mantida como inconstitucional no caso *R.A.V. v. City of Saint Paul* (505 U.S. 377 – 1992)<sup>388</sup>.

A primeira das quatro fases da liberdade de expressão remonta à Guerra da Independência contra a Inglaterra, em 1776, e estabelece a proteção do povo contra

---

<sup>386</sup> *Idem, ibidem*, p. 798.

<sup>387</sup> ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2003, p. 1529-1530.

<sup>388</sup> *Idem, ibidem*, p. 1531. O caso será, a seguir, melhor examinado.



o governo como principal finalidade da liberdade de expressão<sup>389</sup>. Na segunda fase, a liberdade de expressão foi concebida, acima de tudo, para proteger os proponentes de visões não populares da ameaça da maioria. O terceiro período, que surgiu entre os anos de 1950 e 1980, corresponde a uma fase nos Estados Unidos em que muitos acreditavam no fim das ideologias, o que resultou num amplo consenso acerca dos valores essenciais. Conseqüentemente, o terceiro estágio é caracterizado pela conformidade, e a principal função da liberdade de expressão muda da retirada das restrições impostas aos “discursantes” para a garantia da manutenção das “mentes abertas” dos ouvintes. Finalmente, no começo dos anos 80, com a rápida expansão do feminismo, do racismo e de outros discursos alternativos – que atacavam o discurso oficial e majoritário, acusando-o de opressivo e dominado pelos homens brancos –, emergiu uma grande consciência de pluralização e fragmentação do discurso. De acordo com essa crença, o principal papel da liberdade de expressão na quarta fase passa a ser a proteção dos discursos dos oprimidos e dos marginalizados e de duas propostas contra as tendências hegemônicas dos discursos dos poderosos<sup>390</sup>.

Dos quatro estádios, o terceiro é o que tem maior tolerância ao discurso de ódio, ao passo que o quarto é o que melhor propicia a sua supressão, ao menos no que tange ao discurso contra minorias raciais ou religiosas<sup>391</sup>.

Rosenfeld assevera que a atual jurisprudência constitucional americana relativa ao discurso de ódio está amplamente embasada na busca da verdade e tende a refletir, implicitamente, o terceiro estágio ou uma combinação entre a segunda e a terceira fases<sup>392</sup>.

Desse modo, tem-se que a tendência da jurisprudência norte-americana é não entender que o discurso de ódio esteja excluído da proteção da Primeira Emenda, ao menos enquanto não possa ser enquadrado como *libel* (crime contra a honra), *obscenity* (obscenidade) ou *fighting words* (palavras que incitam a retaliação pela pessoa comum e, dessa forma, causam a quebra da paz). Porém, o discurso obsceno tem sido banido da esfera de proteção da Primeira Emenda<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2003, p. 1531.

<sup>390</sup> *Idem, ibidem*, p. 1531-1532.

<sup>391</sup> *Idem, ibidem*, p. 1532.

<sup>392</sup> *Idem, ibidem*, p. 1536.

<sup>393</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 189, nota 188. O professor da Universidade de Yale, Owen Fiss, propugna por que o discurso de ódio racial (*hate speech*) e a pornografia não sejam entendidos como ações protegidas pela liberdade de expressão, a partir da compreensão do uso da função social do direito como meio para o esclarecimento do seu âmbito de proteção, enfatizando a sua função democrática. Para o referido autor, “os princípios genuinamente democráticos requerem



Assim, o que se percebe é que, apenas em poucas hipóteses, como nos casos a envolver o discurso obsceno, é que a liberdade de expressão é restrita nos Estados Unidos da América.

#### 4.2.1 PRINCIPAIS DECISÕES DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

A jurisprudência americana é riquíssima em decisões envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos, especialmente os direitos de personalidade. Todavia, como não é possível tratar nem de uma pequena percentagem delas neste trabalho, optou-se por selecionar as mais mencionadas na doutrina e em outras jurisprudências como forma de demonstrar como os Estados Unidos encaram o tema.

Inicialmente, no que diz respeito à colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade, podem ser citados os seguintes casos relatados pelo Professor Erwin Chemerinsky, em estudo que realizou acerca da ponderação entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa<sup>394</sup>.

No caso *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* (420 U.S. 469-1975), a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que, em observância à Primeira Emenda, podem ser levadas a público informações de fatos privados obtidas por meio de registros públicos. No caso em comento, um repórter teve acesso e publicou o nome de uma vítima de estupro, informação obtida de registros públicos, mais especificamente os registros judiciais que são abertos ao público<sup>395</sup>.

---

que os cidadãos estabeleçam as metas públicas e que sejam sempre livres para modificá-las”. Por ser a liberdade de expressão essencial para o controle do cumprimento das responsabilidades democráticas por quem exerce o poder, Fiss sustenta que a pornografia e os discursos racistas não estão contidos entre as finalidades de tal liberdade, já que, em ambas as hipóteses, haveria uma tendência para diminuir o senso de auto-estima das pessoas afetadas. Os efeitos do discurso de ódio e da pornografia não se limitariam a inibir, psicologicamente, a plena participação dos grupos discriminados nas mais variadas atividades da sociedade civil, fazendo, ainda, com que o discurso dessas vítimas perdesse autoridade quando elas se dispusessem a participar de debates públicos, por exemplo. A finalidade democrática da liberdade de expressão justificaria a alegação de que o discurso de ódio e a pornografia não estão protegidos constitucionalmente. Cf. FISS, Owen. *The irony of free speech*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1996. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, 2002, p. 188-189.

<sup>394</sup> CHERMERINSKY, Erwin. Balancing the rights of privacy and the press: a reply to Professor Smolla. In: *George Washington Law Review*. Vol. 67, p. 1152-1164, 1998-1999, p. 1159.

<sup>395</sup> *Idem, ibidem*, p. 1159.

Aplicando a decisão tomada no caso *Cox Broadcasting* no caso *Florida Star v. B.J.F.* (491 U.S. 524 – 1989), a Corte sustentou que não pode haver acusação de invasão de privacidade quando existe a verdadeira reprodução, na reportagem, de informação legitimamente obtida de registros públicos, a menos que exista um interesse estatal da mais alta ordem para justificar a proibição. Nesse caso, o repórter de um jornal obteve o nome de uma vítima de estupro de registros policiais públicos. O nome da vítima foi publicado no jornal, a despeito de haver uma lei na Flórida que proíbe a publicação do nome de uma vítima de agressão sexual<sup>396</sup>.

O padrão constitucional atual que estabelece como limite da liberdade de expressão a incitação à violência foi estabelecido em 1969, na decisão do caso *Brandenburg v. Ohio* (349 U.S. 444 – 1969), que envolveu um líder e vários membros da Ku Klus Kan, que, numa passeata transmitida pela televisão, na frente de alguns repórteres, fizeram vários sinais contra negros e contra alguns judeus. Sem ameaçarem qualquer ato iminente de violência, os manifestantes sugeriram que os negros deveriam voltar para a África, e os judeus, para Israel, e anunciaram que peticionariam para que o governo tomasse alguma providência, e que, se nada fosse feito, eles não teriam outro recurso senão resolver o problema com suas próprias mãos. Determinadas partes dessa manifestação foram posteriormente transmitidas local e nacionalmente pela televisão<sup>397</sup>.

A Suprema Corte, em decisão unânime, afastou a condenação criminal de Bradenburg, concluindo que a Ku Klus Kan poderia até ter advogado ou defendido a violência, mas que não a havia incitado<sup>398</sup>.

Um caso que simboliza a resposta contemporânea política e constitucional norte-americana ao discurso de ódio é o caso *Skokie (Nat'l Socialist Party of Am.v. Vill. Of Skokie – 432 U.S. 43 – 1977)*, do final dos anos 70. Esse caso nasceu de uma marcha de neo-nazistas, uniformizados e com suásticas, por Skokie, um subúrbio de Chicago com uma grande população judia, inclusive sobreviventes do Holocausto. As autoridades locais municipais tomaram medidas – inclusive editando nova legislação – com o objetivo de prevenir a marcha, mas tanto a Corte Estadual quanto a Federal invalidaram tais medidas, considerando-as como violadoras ao direito à liberdade de expressão dos neo-nazistas<sup>399</sup>.

A discussão constitucional consistia em saber se a marcha em Skokie configuraria incitação à violência. Com base nos testemunhos dos sobreviventes

---

<sup>396</sup> *Idem, ibidem*, p. 1159.

<sup>397</sup> ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2003, p. 1536-1537.

<sup>398</sup> *Idem, ibidem*, p. 1537.

<sup>399</sup> *Idem, ibidem*, p. 1537.

do Holocausto que moravam em Skokie, que asseveraram que a exposição da suástica poderia provocá-los e gerar violência, a Corte Estadual determinou que a marcha poderia ser proibida, decisão que foi revertida em sede de apelação, ao argumento de que a decisão recorrida teria erroneamente concluído que a marcha caracterizaria incitação à violência. A Corte, ao apreciar o recurso, afirmou que, apesar de saber que a marcha desencadearia uma exacerbação dos sentimentos dos sobreviventes do Holocausto, tal fato não era suficiente para proibi-la. A Corte não especificou qual *standard* teria que ser alcançado para justificar o banimento da exposição da suástica. E se um judeu que não fosse sobrevivente do Holocausto testemunhasse que a marcha dos neo-nazistas com a suástica o incitaria à violência? E se um gentio testemunhasse nesse mesmo sentido?<sup>400</sup>

Outro julgamento importante foi o do caso *R.A.V. v. City of Saint Paul* (505 U.S. 377 – 1992). Na hipótese, alguns jovens haviam queimado cruzes no jardim da residência de uma família negra – símbolo característico da Ku Klus Kan, organização do Sul dos Estados Unidos que prega a inferioridade dos negros. Eles foram condenados por desordem, entre outras coisas, como forma de proteção das minorias. A Corte anulou a condenação com base na Primeira Emenda. A maioria adotou posição que aparenta rejeitar qualquer restrição legislativa quanto ao discurso abusivo que não tem conteúdo neutro e que especifica seu objetivo de proteger grupos particulares, como os religiosos, os raciais ou as minorias étnicas. O discurso só pode ser proibido, qualquer que seja o motivo, se ele leva a uma incitação à iminente violência. O Tribunal entendeu ser inconstitucional a lei da cidade de Saint Paul por meio da qual se tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos, objetos, grafites, incluindo cruzes em chamas ou da suástica nazista, que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero. A decisão baseou-se no fato de que a lei poderia ocasionar uma demasiada restrição à liberdade de manifestação de pensamento.

Sobre o caso *R.A.V. v. City of Saint Paul*, Michel Rosenfeld relata que a Corte considerou inconstitucional a lei local que proibia a colocação de objetos ou símbolos – não necessariamente uma cruz em chamas ou a suástica – que provocassem ódio, alarme ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião, etc., por dois motivos. Em primeiro lugar, ponderou-se que a lei tinha por objeto discursos que não incitavam à violência. Em segundo, ainda que uma cruz em chamas pudesse ser qualificada como discurso de ódio, a criminalização desses tipo de manifestação, e não de outras, configuraria discriminação. De fato, ao criminalizar tal manifestação que poderia incitar à violência com base na

---

<sup>400</sup> *Idem, ibidem*, p. 1538.

raça ou na religião, a lei não o fez com relação a expressões similares que igualmente poderiam incitar à violência, mas por outros motivos, como o homossexualismo, por exemplo<sup>401</sup>.

Recentemente, no ano de 2003, no caso *Virginia v. Black* (123 S. Ct. 1536, 538 U.S. – 2003), a Suprema Corte decidiu que a criminalização da conduta de queimar cruzes com o intuito de intimidação era constitucional, mas que o Estatuto da Virgínia em questão era inconstitucional, uma vez que tratava a queima de cruzes como uma evidência *prima facie* da intenção de intimidar. No voto condutor, a Justice O'Connor anotou que, ao longo da história da Ku Klus Kan, a queima de cruzes tem sido utilizada tanto para comunicar ameaças de violência quanto para transmitir mensagens de uma ideologia compartilhada. Porque a queima de cruzes tem sido frequentemente utilizada em agressões, linchamentos, tiroteios e assassinatos de afro-americanos, ela tanto incita à violência como cria um temor razoável naqueles que são o seu alvo e que se tornam as vítimas da violência iminente. Por outro lado, quando as cruzes em chamas são carregadas em reuniões exclusivas aos membros da Klan, o seu intuito principal é comunicar ao grupo a sua solidariedade com a crença na ideologia da superioridade dos brancos. Desse modo, a decisão da Corte nesse caso é consistente com o caso *R.A.V.* e com o *standart* de incitação à violência estabelecido nas hipóteses de discurso de ódio<sup>402</sup>.

Um caso célebre na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é o *Terminiello v. Chicago* (337 U.S. 1 – 1949). O Padre Terminiello foi preso pela Polícia de Chicago por ter proferido discurso ofensivo contra a causa negra e judaica. Argumentou-se que seus sermões de índole anti-semita e fascista causavam desordem. O Padre recorreu à Suprema Corte, que, diante da controvérsia, sustentou que a função da liberdade de expressão é promover a disputa e que esse objeto poderia ser melhor alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam pessoas à raiva. Na essência, todos os discursos são frequentemente provocativos e desafiadores, podendo se valer de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, diante de tais argumentos, a Corte reviu a condenação imposta ao Padre na primeira instância.

No caso *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 – 1989), a Suprema Corte consignou que atear fogo à bandeira norte-americana configurava espécie de manifestação de pensamento protegida pela Primeira Emenda à Constituição. No caso, durante a Convenção Nacional Republicana ocorrida em Dallas, Texas, em 1984, Johnson protestou contra a política da administração de Ronald Reagan colocando fogo

---

<sup>401</sup> *Idem, ibidem*, p. 1539.

<sup>402</sup> *Idem, ibidem*, p. 1541.

na bandeira americana sob a cantoria da multidão. Por esse ato, Johnson foi condenado por profanação de símbolo nacional, com base nas leis do Estado do Texas, tendo recorrido até à Corte Maior, pela qual foi absolvido em razão da posição adotada pelo Tribunal.

### 4.3 JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

O Tribunal Constitucional alemão, especialmente a partir do caso Lüth, também estabeleceu uma preferência pela liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático. Contudo, o Tribunal consignou que a presunção a favor da liberdade de expressão pode ser anulada em razão das circunstâncias do caso particular. Conseqüentemente, a presunção a favor da expressão está condicionada ao atendimento dos seguintes requisitos: exigência de veracidade na comunicação de fatos objeto do direito à informação, que se concretiza no dever de comprovação da notícia; a liberdade de expressão e de informação deverá estar a serviço da formação da opinião pública, o que vai depender do caráter do assunto objeto da comunicação no caso concreto; e, por fim, a liberdade de expressão e de informação deve ter por finalidade atender ao interesse público, contribuindo para a formação da opinião pública, e não visar ao interesse meramente privado<sup>403</sup>.

Também nesse sentido, Cláudio Vianna Garcia assevera que, na Corte Constitucional alemã, para que a liberdade de expressão prevaleça sobre o direito à honra, por exemplo, é necessário o cumprimento de diversas condições, como a veracidade dos fatos, materializada pelo cumprimento, por parte de quem informa, de um dever de verdade. Esse dever de verdade depende de três fatores: o do caráter da notícia, da sua valoração e da maneira pela qual se apresenta, tudo orientado pelo princípio de que a comprovação seja possível e que o erro haja sido evitado. Também se exige que a matéria publicada contribua para a formação da opinião pública<sup>404</sup>.

Por sua vez, o Professor Michel Rosenfeld explica que, em termos gerais, a liberdade de expressão, assim como outros direitos constitucionais na Alemanha, é em parte um direito negativo, isto é, um direito contra o governo, e em parte um direito positivo, a saber, um direito ao patrocínio e ao encorajamento da liberdade de expressão por parte do governo<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 179.

<sup>404</sup> GARCIA, Cláudio Vianna. *Op. cit.*, 2001, p. 44.

<sup>405</sup> ROSENFELD, Michel. *Op. cit.*, 2003, p. 1549.

Na Constituição Alemã, estabelece-se a inviolabilidade da dignidade humana como valor-parâmetro e especificamente limita-se a liberdade de expressão à extensão necessária para proteger a honra pessoal e as crianças e os adolescentes<sup>406</sup>.

De acordo com Rosenfeld, o tratamento atual dado ao discurso de ódio pela Alemanha é produto de duas influências principais: a concepção da Constituição Alemã sobre liberdade de expressão, que é circunscrita por valores fundamentais, como a dignidade humana e outros interesses constitucionais, como a honra e a personalidade; e o registro histórico do Terceiro Reich contra os judeus, especialmente a virulenta propaganda de ódio e discriminação que culminou no Holocausto<sup>407</sup>.

Quanto às justificativas ou finalidades da liberdade de expressão, Rosenfeld destaca que, na Alemanha, a justificativa da democracia não abrange o discurso extremista antidemocrático, inclusive o discurso de ódio em defesa da negação da democracia ou de direitos constitucionais. Quanto à busca da verdade, a Corte Alemã tem convicção de que afirmações estabelecidamente falsas ou mentirosas não merecem proteção. Finalmente, quanto à autonomia da verdade, tem-se que na Alemanha tal justificativa não está centrada na autonomia dos que proferem o discurso, mas implica a necessidade de balancear direitos e deveres, os indivíduos e a comunidade, a necessidade de auto-expressão dos que desejam se manifestar com o respeito à dignidade dos ouvintes<sup>408</sup>.

#### **4.3.1 PRINCIPAIS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

Caso bastante lembrado e citado sobre a jurisprudência alemã acerca da liberdade de expressão é o caso Lüth (*BverfGE 7, 198 – 1958*). Lüth, que era presidente do clube de imprensa de Hamburgo, resolveu iniciar uma campanha na abertura da Semana Alemã de Cinema visando a boicotar o filme do diretor Harlan, o qual acusava de ter sido cúmplice de nazistas. Lüth propugnava que, caso o filme entrasse em cartaz, todos os “alemães decentes” teriam o dever de não assistir ao filme. O Tribunal de Primeira Instância determinou que Lüth parasse imediatamente com o movimento, tendo ele então recorrido à Corte Constitucional, que reviu a primeira decisão, estabelecendo que a manifestação de pensamento

---

<sup>406</sup> *Idem, ibidem*, p. 1541.

<sup>407</sup> *Idem, ibidem*, p. 1548.

<sup>408</sup> *Idem, ibidem*, p. 1549-1550.

de Lüth não implicaria necessariamente a apologia da conduta adequada e apropriada (*boni mores*). E a Corte, então, proclamou que, ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o surgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão, que é um direito fundamental de todo cidadão e aspecto imediato da personalidade humana na sociedade, consignando, ainda, que, num Estado Democrático e livre, é absolutamente necessário que se permita uma constante interação espiritual, um constante conflito de opiniões.

Também merece menção o chamado caso Lebach (*BverfGE 35, 207 – 1973*), no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa em face dos direitos de personalidade. Um dos envolvidos em grave homicídio pleiteou liminarmente a proibição da divulgação de filme pelo Segundo Canal de Televisão, sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era mencionado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal Estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar por entenderem que o envolvimento no crime fez com que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração. A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante. O Tribunal considerou que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão. A Corte Constitucional concluiu, então, com base no princípio da proporcionalidade, que, no caso concreto, a liberdade de comunicação deveria ceder aos direitos de personalidade do autor do crime, já que a divulgação do delito, ainda que sob a forma de documentário, pouco antes da concessão do livramento condicional, ou mesmo após a soltura, dificultaria seriamente o processo de reintegração social.



Outro caso bastante comentado é o dos “soldados são assassinos” (*BverfGE* 93, 226-312 – 1995). Na espécie, algumas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com as afirmações de que “soldados são assassinos” ou “soldado são assassinos em potencial”. O Tribunal Constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação e opinião, esclarecendo que o fato de as declarações terem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Assim, os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das idéias. Após analisar detidamente o significado das expressões genéricas, o Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem pessoalmente a honra dos indivíduos daquela coletividade, vale dizer, de soldados em particular, o que não ocorreu no caso concreto. Por fim, a Corte reconheceu que as afirmações questionadas pretendiam suscitar uma discussão objetiva sobre um tema de relevo para a opinião pública – a guerra, o serviço militar obrigatório e a morte de pessoas a eles associadas – justificável do ponto de vista moral. Assim, no caso, subsistiria uma presunção a favor da liberdade de expressão.

#### 4.4 JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA

O Tribunal Constitucional Espanhol vivenciou três fases distintas. A primeira, denominada “regime de exclusão” partiu da interpretação literal do artigo 20.4 da Constituição Espanhola, que determina os direitos à honra, à intimidade e à imagem como limites da liberdade de expressão e informação. Assim, observou-se uma certa prevalência dos direitos de personalidade quando afetados pela liberdade de expressão e informação. A segunda fase prevê a “necessária ponderação”. Nessa fase, o Tribunal recepcionou o sistema de ponderação entre os direitos em choque da jurisprudência norte-americana. Na terceira fase, denominada “regime de concorrência normativa”, o Tribunal Constitucional Espanhol concluiu a importação da doutrina da Suprema Corte norte-americana, adotando os mesmos critérios utilizados nos Estados Unidos para se definir o marco em que o exercício da liberdade de expressão é efetivado de forma lícita, antes de se proceder à ponderação dos direitos em colisão. Nessa fase, verificou-se uma inversão do “regime de exclusão”: se a liberdade de expressão e informação for exercida dentro do âmbito de proteção constitucional, ela prevalece sobre os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem<sup>409</sup>.

---

<sup>409</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Op. cit.*, 2000, p. 179-181.



#### 4.4.1 PRINCIPAIS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

A doutrina é farta em exemplos de decisões do Tribunal Constitucional da Espanha envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão. Para uma melhor compreensão do tema, recomenda-se a leitura das seguintes obras, que tratam da liberdade de expressão no ordenamento jurídico espanhol e trazem inúmeras sentenças do Tribunal Constitucional sobre o assunto: Alvarez Garcia, Francisco Javier. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; Cremades, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento juridico español*. Madrid, La Ley-Actualidad, 1995; García Herrera, Miguel Angel. Estado democrático e libertad de expresión. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, v. 64, p. 141-174, invierno 1982; Gómez de La Torre, Ignacio Berdugo. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 65, p. 263-275, 1989; Perez-Ugena y Coromina, Maria. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n. 79, p. 267-287, 1992; e Solozábal Echavarría, Juan José. Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión. In: *Revista de Estudios Políticos*, n. 77, p. 237-248, jul./set. 1992.

Um caso interessante que merece destaque é o referente a uma publicação cômica contra o povo judeu (*Sentencia 176/1995*). Na espécie, o Tribunal Constitucional manteve sentença proferida pela Corte de Barcelona, por meio da qual o autor da obra *Hitler – SS* fora condenado pelo crime de injúria contra o povo judeu. O Tribunal sustentou que a publicação era desprovida de qualquer conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico relevante, ofendendo gravemente a honra e a dignidade do povo judeu na medida em que visava apenas a ridicularizá-lo e a satirizá-lo. O Tribunal reconheceu o caráter desnecessário das injúrias perpetradas, que não possuíam qualquer valor informativo ou de formação da opinião pública. Assim, decidiu-se que não se tratava de liberdade de expressão, já que o exercício de tal direito deveria respeitar o direito alheio, fundamental para a convivência pacífica, o que não ocorria no caso.

Em sentença recente (*Sentencia 101/2003*), o Tribunal Constitucional reconheceu o direito à liberdade de expressão de um professor que havia sido punido disciplinarmente pela Universidade de Las Palmas, por haver escrito um artigo com críticas à Universidade. O Tribunal consignou que o artigo está protegido pela liberdade de expressão, já que trata de um tema universitário de interesse público, criticando o reitor, sem, contudo, insultá-lo.

## 4.5 JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que formalmente não é Tribunal da União Européia, tem competência para zelar pela aplicação do direito comunitário, especialmente do Convênio Europeu de Direitos Humanos, que integra o direito comunitário, a teor do disposto no Tratado da União Européia<sup>410</sup>.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, interpretando o artigo 10 do Convênio Europeu de Direitos Humanos, não faz distinção de tratamento entre informação e expressão, tendo ambas as mesmas limitações e garantias<sup>411</sup>.

Citando Teresa Freixes Sanjuán, Luis Gustavo Grandinetti Carvalho elenca as construções jurisprudenciais do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a liberdade de expressão:

caráter integrador da liberdade de expressão, nela compreendendo, portanto, a liberdade de opinião e de informação; a liberdade de expressão como fundamento das sociedades democráticas; necessidade de justificar os limites da liberdade de expressão; necessidade de os limites estarem descritos na lei, serem compatíveis com uma finalidade legítima e com o regime democrático, e serem proporcionais<sup>412</sup>.

A liberdade de expressão, pela sua dupla faceta de liberdade fundamental e de fator determinante da democracia, tem sido amplamente defendida no cenário internacional. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos se alinhou claramente a favor de um conceito amplo de liberdade de expressão ao condenar, em várias ocasiões, ações dos Estados que limitavam o exercício desse direito fundamental por meio dos meios de comunicação<sup>413</sup>.

Em linhas gerais, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu sua doutrina sobre as relações entre liberdade de expressão e direitos de personalidade partindo das seguintes premissas: a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, estando sujeito a diversos limites; os direitos da personalidade também deve ser objeto de proteção preferencial; e, por fim, é desejável uma existência harmônica entre tais direitos<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Op. cit.*, 1999, p. 292-293.

<sup>411</sup> *Idem, ibidem*, p. 293.

<sup>412</sup> *Idem, ibidem*, p. 295.

<sup>413</sup> CREMADES, Javier. *Op. cit.*, 1995, p. 41.

<sup>414</sup> *Idem, ibidem*, p. 41.

#### 4.5.1 PRINCIPAIS DECISÕES DA CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS

Ainda não há muitas análises de casos debatidos pela Corte Européia de Direitos Humanos. Assim, nesse ponto, somente se citará uma decisão, ressaltando-se, outrossim, que outras podem ser pesquisadas e consultadas no *site*: <http://www.echr.coe.int/>.<sup>415</sup>

No caso *Lehideux and Isorni v. França* (55/1997/839/1045), a Corte Européia de Direitos Humanos aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o artigo 10 (liberdade de expressão) e o artigo 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. No caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux foram condenados penalmente pelo Governo francês, por “apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração”, depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como “salutares” certos atos de Philippe Pétain. A Corte Européia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Européia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

### 5 CONCLUSÃO

Como se pôde verificar ao longo deste trabalho, a liberdade de expressão é um direito fundamental tanto por configurar um direito individual como por constituir pressuposto do sistema democrático.

Dentro do aspecto público da liberdade de expressão, tem-se que atualmente, com a profusão dos meios de comunicação e o rápido e fácil acesso às informações, esse direito assume especial relevo, auxiliando na formação da opinião pública e permitindo o controle dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na análise das finalidades substantivas da liberdade de expressão, viu-se que ela objetiva tanto preservar e fortalecer a democracia e as suas instituições como também assegurar a satisfação pessoal e auxiliar no desenvolvimento das potencialidades individuais.

---

<sup>415</sup> Kevin Boyle, em seu artigo, menciona, por exemplo, os casos *Jersild v. Denmark*, *Tromso v. Norway* e *Akdiva v. Turkey* como exemplos de julgamentos envolvendo a liberdade de expressão, pela Corte Européia de Direitos Humanos. Cf. BOYLE, Kevin. *Op. cit.*, 2001, p. 488, primeira nota de rodapé.

Assim, fica mais uma vez comprovado o caráter dúplice dessa liberdade.

Contudo, apesar da enorme importância conferida à liberdade de expressão, ela não é um direito absoluto, podendo ser limitada principalmente quando provoca ofensas à dignidade humana e aos direitos de personalidade.

A dignidade humana e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem também são direitos constitucionalmente garantidos, razão pela qual eventual conflito entre eles e a liberdade de expressão poderá caracterizar uma autêntica colisão de direitos.

Como não existe uma hierarquia ou uma relação de preponderância ou predominância entre os direitos fundamentais, a solução do conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade deve ser buscada tendo-se em conta a necessidade da máxima preservação – ou do mínimo sacrifício – desses direitos no caso concreto.

A doutrina apresenta duas formas de solução para as colisões de direitos fundamentais: a primeira diz respeito ao estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais; e a segunda, mais consentânea com o princípio da unidade da Constituição, estabelece a necessidade de um juízo de ponderação de valores para eventualmente restringir-se a um direito fundamental em favor de outro.

No decorrer do trabalho, observou-se que a ponderação de bens utilizada pela jurisprudência para resolver a colisão de direitos fundamentais, com apoio nos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, é um método racional, já que podem ser fundamentados os enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas na ponderação, e, portanto, ideal para solucionar os conflitos, como o que envolve a liberdade de expressão *versus* a dignidade humana, o direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Da análise da jurisprudência comparada sobre o conflito específico em exame, o que se pode concluir é que, em via de regra, a solução que tem sido dada pelos tribunais, em geral, confere à liberdade de expressão uma posição preferencial em relação à dignidade humana, ao direito à honra, à intimidade, à vida privada, e à imagem justamente pelo fato de tal liberdade ser valorada como condição indispensável para o funcionamento das sociedades democráticas.

Todavia, de uma forma geral, somente com relação aos Estados Unidos pode-se afirmar que há uma visível situação de prevalência do direito à liberdade de expressão. É que, nesse País, a liberdade de expressão tende a prevalecer mesmo quando o discurso é ofensivo, vale dizer, quando caracteriza o chamado discurso de

ódio ou *hate speech*, por exemplo. Geralmente, para que uma expressão não seja acobertada pela proteção da Primeira Emenda, preciso que ela leve a uma incitação à iminente violência, ou seja, que a manifestação da opinião ou do pensamento cause um perigo claro e presente.

Nos demais ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil, observa-se uma maior preocupação especialmente com relação aos discursos que possam ofender a dignidade humana de alguém.

Contudo, conforme já mencionado, não se pode extrair da jurisprudência comparada uma regra geral e abstrata para a solução dos conflitos entre liberdade de expressão e dignidade humana, direito à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. Dentro das mesmas premissas fáticas, um julgamento anterior pode auxiliar na ponderação dos interesses colidentes num determinado caso concreto. Mas é somente a partir da análise do caso em particular, com todas as suas peculiaridades, e, especialmente, adotando-se o princípio da proporcionalidade, que se poderá chegar a uma solução adequada, necessária e razoável, evitando-se ao máximo o sacrifício e a restrição dos direitos em colisão.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOYLE, Kevin. Hate speech – The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, vol. 53:2, p. 448-502, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNEIRO, Luiz Orlando; MARQUES, Hugo. *TSE acaba com censura prévia: Ministros decidem que veto a matérias do 'Correio Braziliense' é inconstitucional*. Disponível em: (<http://jbonline.terra.com/jb/papel/brasil/2002/10/25/jorbra20021025001.html>) Acesso em: 21.11.2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CHEMERINSKY, Erwin. Balancing the rights of privacy and the press: a reply to Professor Smolla. In: *George Washington Law Review*, vol. 67, p. 1152-1164, 1998-1999.

CLÉVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*, n. 01, p. 29-42, mar./ago. 2002.

CORREIO BRAZILIENSE. Justiça censura edição do Correio. Disponível em: ([http://www2.correioweb.com.br/cw/EDIÇÃO\\_20021024/pri\\_ult\\_241002\\_259.htm](http://www2.correioweb.com.br/cw/EDIÇÃO_20021024/pri_ult_241002_259.htm)) Acesso em: 21.11.2004.

COX, Archibald. *Freedom of expression*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1980.

CREMADES, Javier. *Los limites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1995.

EMERSON, Thomas Irwin. *The system of freedom of expression*. New York: Random House, 1970.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão e de comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004.

GARCIA, Cláudio Vianna. Honra e liberdade de expressão. In: *Revista Jurídica Consulex*, vol. 5, n. 106, p. 42-44, jun. 2001.

GARCÍA HERRERA, Miguel Angel. Estado Democrático e libertad de expresión. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 64, p. 141-174, invierno 1982.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. La solución del conflicto entre libertad de expresión y honor en el derecho penal español. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 65, p. 263-275, 1989.

GREENWALT, Kent. Free speech justifications. In: *Columbia Law Review*, vol. 89, p. 119-155, 1989.

JR. CHAFEE, Zechariah. *Free speech in the United States*. Massachusetts: Harvard University Press, 1964.

LANER, Vinicius Ferreira. Algumas considerações sobre o direito à informação e à liberdade de expressão no Brasil. In: *Revista do Direito/Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc)*, n. 18, p. 75-95, jul./dez. 2002.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 31, n. 9122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário e Constitucional*, n. 5, p. 178-185, 1ª. quinz. mar. 2003.

\_\_\_\_\_. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. O direito da sociedade à informação jornalística e os direitos da pessoa. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro*, vol. 3, n. 3, p. 171-196, 2002.

NEUBORNE, Burt. The Supreme Court and free speech: love and a question. In: *Saint Louis University Law Journal*, vol. 42, n. 3, p. 789-811, summer 1998.

PEREZ-UGENA Y COROMINA, Maria. Libertad de expresión y jurisprudencia constitucional. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, n. 79, p. 267-287, 1992.

PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*. Madrid: Tecnos, 2001.

REIS, Carine Delgado Caúla. A dignidade da pessoa humana como limite ao exercício da liberdade de expressão. In: *Direito Civil Constitucional (Caderno 3)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. In: *Cardoso Law Review*, v. 24:4, p. 1523-1567, 2003.

SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. New Jersey: Prentice-Hall, 1966.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión. In: *Revista de estudos políticos*, n. 77, p. 237-248, jul./set. 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Concedido salvo-conduto a jornalista do jornal The New York Times*. Disponível em: ([http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes\\_noticias.asp?seq\\_noticias=10669](http://www.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticias=10669)) Acesso em: 13.05.2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ministros do STF discutem direito de imagem e direito à informação ao julgarem MS de comerciante chinês*. Disponível em: (<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=85099&tip=UN>) Acesso em: 18.03.2004.

TRIGUEIRO, Edmac Lima. O princípio da proporcionalidade na liberdade de expressão. In: *Revista da OAB-CE*, v. 27, n. 4, p. 267-274, jul./dez. 2000.