

CURSO DE DIREITO

Claudia de Barros Gehres

**OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UM ESTUDO DOS CRITÉRIOS EXTRAÍDOS DOS JULGADOS DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Santa Cruz do Sul

2018

Claudia de Barros Gehres

**OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO: UM ESTUDO DOS CRITÉRIOS EXTRAÍDOS DOS JULGADOS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt

Santa Cruz do Sul
2018

RESUMO

Este trabalho monográfico visa indicar as limitações expressas e não expressas à conformação e ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão na legislação brasileira, buscando na doutrina constitucional e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontrar os critérios utilizados para definir quando incide o âmbito de proteção deste direito. Neste sentido, faz-se necessário compreender: quais os limites constitucionais expressos e não expressos à liberdade de expressão no Brasil e como tem sido a sua tratativa no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça? Será adotado, como método de pesquisa, o método hermenêutico, uma vez que o referido trabalho analisará de modo interpretativo os materiais selecionados. Quanto à pesquisa, utilizar-se-ão os procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visto que será feita consulta à obras bibliográficas e decisões judiciais de tribunais superiores a fim de concretizar os objetivos propostos. O primeiro capítulo, versará sobre o tratamento dado à liberdade de expressão nas constituições brasileiras e sua concepção no ordenamento jurídico e na doutrina. No segundo capítulo, serão expostas as teorias doutrinárias acerca dos limites e restrições expressos e não expressos aos direitos fundamentais, com destaque à liberdade de expressão. O último capítulo buscará identificar os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal para determinar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e a ocorrência de abusos decorrentes de seu uso indevido. Por fim, é possível concluir que os argumentos considerados pelos julgadores costumam ser: o histórico do país em relação a direitos fundamentais; o dolo do agente; a ocasião em que ocorreu a manifestação; a questão da imunidade parlamentar material; as consequências do ato questionado na fruição dos direitos fundamentais daquele que supostamente foi afetado por ele; a ponderação entre dois direitos fundamentais colidentes e; outros, específicos de determinados casos concretos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Limites expressos. Teoria dos limites.

ABSTRACT

This monographic work aims to indicate the express and non-expressed limitations to the conformation and exercise of the fundamental right to freedom of expression in Brazilian legislation, seeking in the constitutional doctrine and in the judgments of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court to find the criteria used to define when the scope of protection of this right falls. In this sense, it is necessary to understand: what constitutional limits are expressed and not expressed to freedom of expression in Brazil and how has it been dealt with under the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice? The hermeneutical method will be adopted as a research method, since this work will interpret the selected materials in an interpretive way. As for the research, the technical procedures of bibliographical and jurisprudential research will be used, since it will be consulted the bibliographical works and judicial decisions of superior courts in order to achieve the proposed objectives. The first chapter will deal with the treatment given to freedom of expression in Brazilian constitutions and its conception in the legal order and doctrine. In the second chapter, the doctrinal theories about the limits and restrictions expressed and not expressed to fundamental rights will be exposed, with emphasis on freedom of expression. The last chapter will seek to identify the criteria used by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court to determine the scope of protection of the fundamental right to freedom of expression and the occurrence of abuses arising from its misuse. Finally, it is possible to conclude that the arguments considered by the judges are usually: the history of the country in relation to fundamental rights; the deceit of the agent; the occasion of the manifestation; the issue of material parliamentary immunity; the consequences of the act questioned in the enjoyment of the fundamental rights of the one that supposedly was affected by him; the weighting between two fundamental and colliding fundamental rights; others specific to specific cases.

Keywords: Fundamental rights. Freedom of expression. Express limits. Theory of limits.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	8
2.1	A liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira dimensão e sua evolução nas constituições brasileiras.....	8
2.2	A liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento.....	15
2.3	A liberdade de expressão enquanto acesso à informação.....	21
3	A TEORIA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES EXPRESSAS E NÃO EXPRESSAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NO CASO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	26
3.1	Distinguindo o âmbito de regulação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.....	26
3.2	Teoria dos limites expressos à direitos fundamentais.....	32
3.3	Teoria dos limites não expressos à direitos fundamentais.....	38
3.3.1	Cláusula Geral.....	38
3.3.2	Reserva Legal.....	42
3.4	Diferenciando o âmbito das restrições à direitos fundamentais e o papel da proporcionalidade.....	47
4	OS CRITÉRIOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA DEFINIR O ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REALIDADE BRASILEIRA.....	51
4.1	Discurso de ódio.....	52
4.2	Incitação à violência.....	57
4.3	Censura.....	61
4.4	Proteção à intimidade e vida privada.....	63
5	CONCLUSÃO.....	69

REFERÊNCIAS.....72

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa compreender como a jurisprudência brasileira trata controvérsias relacionadas ao exercício da liberdade de expressão e seus efeitos na sociedade. Investigar-se-á na legislação, nos entendimentos doutrinários e na jurisprudência, a aplicabilidade deste direito, com ênfase nas restrições implícitas e explícitas a ele impostas e suas consequências jurídicas. Com a pesquisa, pretende-se poder identificar os critérios adotados pelas referidas fontes jurídicas para determinar a ocorrência de abusos causados pelo uso irresponsável e/ou delituoso deste direito em declarações públicas, e quais medidas ou penalidades costumam ser cominadas nestas situações.

O objetivo geral deste trabalho é indicar as limitações expressas e não expressas à conformação e ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão na legislação brasileira, buscando na doutrina constitucional e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontrar os critérios utilizados para definir quando incide o âmbito de proteção deste direito.

Diante da ocorrência de diversos casos de grande repercussão nacional que fomentaram discussões recentes sobre o direito à liberdade de expressão e suas possíveis consequências jurídicas, o problema que ora se apresenta é: quais os limites constitucionais expressos e não expressos à liberdade de expressão no Brasil e como tem sido a sua tratativa no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça?

Será adotado no Trabalho de Conclusão de Curso, como método de pesquisa, o método hermenêutico, uma vez que o referido trabalho analisará de modo interpretativo os materiais selecionados. Quanto à pesquisa, utilizar-se-ão os procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visto que será feita consulta à obras bibliográficas e decisões judiciais de tribunais superiores a fim de concretizar os objetivos propostos.

No primeiro capítulo deste trabalho, busca-se identificar o âmbito da regulação da liberdade de expressão no Brasil e quais os seus desdobramentos na órbita constitucional e infraconstitucional. Para tanto, será abordada o tratamento da liberdade de expressão nas constituições brasileiras e sua conceituação atual no ordenamento jurídico e na doutrina especializada.

No segundo capítulo, serão descritas as teorias doutrinárias a respeito dos

limites e restrições expressos e não expressos aplicados aos direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade de expressão. Para realizar tal exposição, serão desenvolvidos subcapítulos específicos para as principais teorias acerca do referido tema encontradas em textos de diversos autores.

E, finalmente, o último capítulo terá como escopo definir quais são os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal a fim de determinar o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e a ocorrência de abusos decorrentes do uso indevido deste preceito.

O tema ora apresentado foi escolhido em razão de sua extensa abordagem em diversos círculos e mídias sociais nos últimos anos. Alguns fatos ocorridos contribuíram para a propagação do debate a respeito do exercício da liberdade de expressão e seus limites, tais como: o crescimento do acesso à *Internet* e o espaço disponibilizado por esse meio para manifestações; o aumento da presença de grupos minoritários em diversos setores da sociedade e; conseqüentemente, a resistência de outros grupos em conviver com estas minorias. Diversos casos concretos desse gênero foram vistos no país e geraram discussões – principalmente em relação à licitude do ato questionado – entre acadêmicos e não acadêmicos.

Em vista destas controvérsias, a relevância do tema abordado justifica-se pelo interesse demonstrado pela sociedade em entender o âmbito de aplicabilidade das limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão. Ademais, um entendimento mais abrangente das referidas restrições ajudaria a proteger outros direitos fundamentais eventualmente atacados pelo exercício exagerado da liberdade de expressão – ou ainda, por discursos de ódio que pretendam se revestir de direito fundamental.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Este capítulo pretende delimitar o âmbito da regulação da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro e como este repercute em previsões legais constitucionais e infraconstitucionais. Desta forma, a fim de apresentar a delimitação proposta, será abordado o tratamento da liberdade de expressão ao longo de todas as constituições brasileiras e sua atual concepção no sistema jurídico nacional e na doutrina.

2.1 A liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira dimensão e sua evolução nas Constituições brasileiras

Neste subcapítulo, far-se-á uma breve explanação acerca da tratativa da liberdade de expressão nas Constituições brasileiras, tanto no que tange à concessão de garantias dela decorrentes, quanto a limitações ao exercício deste direito. Sempre que possível, dar-se-á o devido enfoque aos momentos históricos que contribuíram para a elaboração das normas estudadas.

Segundo Miranda (2002), a primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, resultou do trabalho de uma Assembleia Constituinte e um Conselho de Estado e foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I. Portanto, o Brasil enquanto país independente, foi, desde seu início, uma monarquia constitucional. Assim como outras constituições de sua época, trazia a separação dos poderes e uma forte participação do Imperador, ao qual conferia o poder moderador e a chefia do poder executivo. Ele figurava como Representante da Nação juntamente com o Parlamento, que era denominado “Assembleia Geral”.

O rol de direitos individuais era igual ao das constituições liberais. (MIRANDA, 2002). Seu principal dispositivo acerca da liberdade de expressão, o Artigo 179, IV, tinha o seguinte conteúdo:

Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a lei determinar. (BRASIL, 1824, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Como forma de limitação a este direito, o texto previa a possibilidade de suspensão das garantias individuais, mediante medidas excepcionais determinadas pela Assembleia Geral ou pelo Imperador sob sua aprovação, em caso de rebelião ou agressão externa, conforme explica Gomes (2013).

Quanto ao contexto histórico, explica Miranda (2002, p. 146) que:

As instituições políticas não poderiam deixar de ser condicionadas por uma estrutura étnica e cultural em vias de consolidação e sedimentação, na qual se integrariam fortes correntes imigratórias europeias; por profundas divisões sociais; pela oposição entre o Brasil agrário, dominado pela aristocracia rural das plantações, e o Brasil urbano, concentrado no litoral e de tendência burguesa.

O regime mirava um sistema parlamentar inglês, com o partido liberal e o conservador alternando no comando. Entretanto, sempre sofreu pela ausência de base social e política e por interferências do Imperador nos governos. Seu grande mérito foi conservar uma unidade política e encaminhar-se para a independência com setenta anos sem guerra. (MIRANDA, 2002).

Miranda (2002) informa que em 15 de novembro de 1889 D. Pedro II foi deposto pelo exército, que proclamou a república federativa. Em 1891 foi aprovada pelo Congresso Constituinte a Constituição que correspondia ao novo cenário. Esta Constituição introduziu o Brasil no sistema constitucional de modelo norte-americano, como já havia sido feito pelo México e a Argentina. O poder foi reorganizado, sendo dividido entre a União e Estados federados, além de alterar a tendência parlamentar para um princípio de presidencialismo.

Como explica Miranda (2002), o contexto da república não era muito diferente do Império. Economia e sociedade continuavam a girar em torno dos interesses comerciais na zona urbana e dos interesses dos grandes proprietários na zona rural. A política federal baseava-se em um grande partido e a regional e municipal no poder de coronéis. Manteve-se certa estabilidade política e sucessão regular dos mandatos presidenciais, salvo poucas exceções. Entretanto, aproximava-se um período mais difícil para o país, problemas se desenvolveriam, além de tensões sociais, jogo político se tornaria mais difícil, crises locais tornariam-se nacionais e ideias do exterior ganhariam mais força.

Gomes (2013) escreve que a Constituição de 1891, fez pouca alteração no texto da anterior em relação à liberdade de expressão, mas incluiu a vedação ao

anonimato – prevista até hoje no que diz respeito ao exercício deste direito. Em seu Artigo 72, § 12, disciplinava que:

Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. (BRASIL, 1891, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Como explica Gomes (2013), sua redação não apenas manteve os direitos e garantias elencados na Carta de 1824, como também acrescentou ao rol as garantias de liberdade e igualdade inerentes ao Estado laico, e, entre outras previsões, trazia a suspensão das liberdades públicas quando da decretação de Estado de Sítio.

Para Miranda (2002), três apontamentos definem o período iniciado em 1930: evolução com soluções a longo prazo e constantes crises político-militares; sucessão de governos autoritários e democráticos; e pluralidade de constituições. A Constituição de 1934 estabeleceu a justiça eleitoral criada em 1932, deu maior força aos poderes do Congresso, previu formas de intervenção estatal na economia e direitos sociais, além de incluir o mandado de segurança para assegurar direitos certos e inquestionáveis em face de atos inconstitucionais ou ilegais (MARINHO, 1987 apud MIRANDA, 2002).

A Constituição de 1934, como aponta Sarlet (2012), trouxe um texto mais detalhado sobre a matéria, que era disposta no Artigo 113, § 9º:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. (BRASIL, 1934, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Ademais, acrescentou novas limitações ao exercício da liberdade de expressão e instituiu o direito de resposta. Entre as Constituições brasileiras, foi a primeira a trazer previsão a respeito da liberdade de expressão. Posteriormente, todas as demais o fizeram. As Cartas de 1824 e 1891, logicamente, não continham disposições neste sentido, em razão de possuírem uma concepção individualista dos direitos fundamentais, como informa Ferreira Filho (2011).

Sarlet (2012) explica que o texto da Constituição de 1937 – também conhecida como “Polaca” –, outorgada à época da assim chamada Ditadura do Estado Novo, demonstra a concepção menos liberal adotada no ordenamento jurídico deste período, impondo restrições ao exercício da liberdade de expressão. Ou, como define Gomes (2013, p. 77), “a Polaca praticamente suprimiu a liberdade de expressão, substituindo sua consagração por um verdadeiro código de repressão à imprensa [...]”.

Pode-se observar tal característica na redação do Artigo 122, § 15 e alíneas *a*, *b* e *c* da Carta:

Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: *a*) com o fim de garantir a paz, ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiofusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; *b*) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; *c*) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. (BRASIL, 1937, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A Constituição de 1946, tal como a de 1934, conjugava a democracia liberal com a consolidação de partidos com aquisições sociais (tais como o direito de greve e outros voltados aos trabalhadores. A fim de resolver a crise de 1961, adotou-se temporariamente um sistema semipresencial. (PEREIRA, 1984 apud MIRANDA, 2002).

Refletindo a decaída do autoritarismo que pautava a Constituição anterior, a Carta de 1946, diminuiu as limitações à liberdade de expressão, sem eliminá-las completamente (GOMES, 2013). No Artigo 141, § 5º determinava que:

É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1946, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A Constituição seguinte (de 1967), como ensina Marcos Emílio Gomes (2013), trazia a possibilidade do Supremo Tribunal Federal suspender, através de representação do Procurador-Geral da República, pelo prazo de dois a dez anos, os

direitos daquele que “abusasse” das liberdades de reunião, associação e expressão. Já o direito de greve foi limitado aos serviços que o decreto-lei não considerasse essenciais.

Além disso, fez poucas alterações ao modelo anterior, como é possível denotar da leitura de seu Artigo 150, § 8º:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1967, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Após o golpe de 1964, a Constituição de 1946 foi subordinada à quatro Atos Institucionais, promulgados entre 1964 e 1966, e voltados à aumentar a concentração de poder no Presidente da República. Mas logo sentiu-se a necessidade de elaborar uma nova Constituição para incluir estes Atos e outros posteriores, de modo que foi criada a de 1967. Nos dois anos seguintes, os líderes militares publicaram diversos Atos Institucionais e, finalmente, em outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 1 (MIRANDA, 2002).

Como aponta Gomes (2013), no ápice da ditadura estabelecida pelo regime militar, o texto da Constituição de 1967 foi alterado pela referida Emenda, que incluiu limites à liberdade de expressão, passando a ser redigido da seguinte forma:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos [sic] da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. (BRASIL, 1969, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Outros aspectos destacáveis deste texto são o sentido centralizador, o aumento do poderio financeiro da União, o reforço conferido ao Poder Executivo, a adoção do sufrágio indireto para eleger o Presidente, o aumento na justiça militar, entre outros. (MIRANDA, 2002).

Com o fim deste regime autoritário, fez-se necessário um novo regime constitucional. Houve um longo período de transição democrática, através da

“abertura” realizada nos governos dos dois últimos presidentes militares. Em janeiro de 1985 elegeu-se o novo presidente, ainda pelo sistema de sufrágio indireto, e, em seguida, em maio, uma emenda suprimiria as normas constitucionais de caráter excepcional e retomaria o sistema eleitoral direto. Ademais, previu-se um Congresso ordinário e constituinte, que aprovou uma nova Constituição em 5 de outubro de 1988. (MIRANDA, 2002).

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco no que tange à garantia da liberdade de expressão, e é possível afirmar que seu texto possui esta característica em resposta às restrições ao referido direito no período ditatorial. A Constituinte de 1987-1988, preocupou-se, primeiramente, em evitar todas as restrições e violações a direitos ocorridas durante o regime militar, e esta preocupação é o que embasa vários de seus dispositivos.

Gomes (2013, p. 152), ao tratar da Constituição de 1988, escreve que “nunca houve no Brasil, liberdade de expressão tão plena e por tanto tempo”. Sobre a elaboração do Texto Magno, ressalta que a garantia do exercício da liberdade de expressão era vista como prioridade, e que o tema já era previsto como direito no primeiro relatório elaborado pela subcomissão. Também já se previa a vedação do anonimato – devendo esta ser regulamentada por lei ordinária a ser posteriormente elaborada – e especificações a fim de garantir a crença religiosa, convicções políticas e filosóficas. Salaria ainda, que este texto era prolixo e redundante, e, por tais razões, não gerou grandes debates a respeito de seu conteúdo.

Ferreira Filho (2011, p. 322), ao escrever sobre o tema, aponta que “a Declaração contida na Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores”. Para Miranda (2002), ela tratou dos direitos fundamentais com prioridade em relação a outros temas, diferentemente das anteriores. Todavia, outros autores, como Sarlet (2012), entendem que a liberdade de expressão, em suas diversas formas, está presente nas constituições brasileiras desde 1824.

Além de direitos já previstos nas constituições anteriores, a Constituição de 1988 trouxe a garantia de assistência religiosa em entidades civis e militares de internação; a previsão de prazo para o Poder Público fornecer informações; o enquadramento do racismo e da tortura como crimes inafiançáveis; e remédios constitucionais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o

habeas data, ações voltadas à garantia do exercício e efetividade dos direitos fundamentais. (MIRANDA, 2002).

Faz-se necessário citar que, na doutrina, prevalece a ideia de que a garantia à liberdade de expressão está associada à democracia, como informa Gomes (2013). O autor complementa afirmando que a liberdade de expressão pode ser considerada o parâmetro primário para se determinar o nível de democracia presente em uma sociedade.

Para Mendes e Branco (2012, p. 300), “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”. Os autores também entendem que ela é tratada como meio para o funcionamento e a preservação da democracia, pois a variedade de opiniões é tida como fundamental para a construção da livre vontade. Trazem ainda, acerca da relação entre liberdade de expressão e democracia, um argumento de Coderch (1993 apud MENDES; BRANCO, 2012), já considerado cético, no qual este autor ressalta a importância da crítica aos governantes a fim de se exercer controle à atividade política.

Sarlet (2012), discorre sobre a possível influência de tratados internacionais no conteúdo da Constituição Federal de 1988. Cita a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, no que diz respeito ao direito internacional dos direitos humanos, que prevê, em seu Artigo 19, que

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, <<https://nacoesunidas.org>>).

Também menciona outros tratados como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado pelo Brasil, que traz em seu Artigo 19.1 a seguinte previsão:

Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, <<https://nacoesunidas.org>>).

Há que se destacar também, neste sentido, o Artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) – também ratificada pelo Brasil –, a qual disciplina o direito de todas as pessoas à liberdade de pensamento e de expressão. Sendo que, tal direito inclui a liberdade de buscar, receber e distribuir informações e ideias de qualquer gênero, independentemente de fronteiras, seja de forma oral ou escrita, impressa ou artística, por qualquer meio escolhido. (SARLET, 2012).

O conhecimento destes tratados se mostra relevante para entender o contexto histórico-social no qual a Constituição Federal de 1988 foi elaborada, o que auxilia na compreensão de seus dispositivos e nos interesses do Constituinte originário.

Após concluída a presente abordagem da liberdade de expressão nas constituições brasileiras, faz-se necessário para os fins deste trabalho entender mais detalhadamente como tal direito fundamental está previsto na legislação constitucional e infraconstitucional, e o que depreende a doutrina a partir de tais previsões. É disto que tratará o subcapítulo a seguir.

2.2 A liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento

A doutrina costuma dividir o direito fundamental da liberdade de expressão em dois aspectos: o da liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento e o que trata da liberdade de expressão enquanto acesso à informação. Por tal motivo, neste trabalho monográfico, optou-se por tratar das disposições normativas e conceitos doutrinários referentes ao preceito constitucional em comento desta mesma forma. Assim, este subcapítulo, discorrerá unicamente sobre a liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento.

Para Dória (1960), citado por Silva (2012), liberdade de pensamento constitui o direito de expressar, através de qualquer meio, aquilo que se pensa sobre religião, ciências, artes, ou qualquer outra matéria. É liberdade referente ao conteúdo intelectual que pressupõe as relações entre os indivíduos, nas quais o homem tende a compartilhar com outros as suas crenças e conhecimentos, sua visão de mundo, opiniões religiosas e políticas, bem como, criações científicas. E Silva (2012, p. 241) completa: “Nesses dizeres, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente”.

Ferreira Filho (2011) salienta que, a respeito da liberdade de pensamento é preciso fazer a distinção sob dois ângulos: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento. A primeira constitui liberdade de foro pessoal. Pode ser condicionada de diversas maneiras enquanto não for manifestada, porém, é sempre livre, pois ninguém pode ser forçado a pensar de determinada forma. A Constituição (art. 5º, VI) dispõe como inviolável esta liberdade de crença e de consciência. Todavia, explica o autor, ela se exterioriza conforme as pessoas, de acordo com suas crenças, agem de certa forma, e no nível em que, por tendências naturais, expõem suas ideias a outrem e os convencem sobre estas. As exteriorizações, por possuírem um caráter social relevante, precisam ser tuteladas e, ao mesmo tempo, impossibilitadas de danificar ou trazer prejuízos à sociedade.

Como aponta Sarlet (2012), constitui entendimento largamente difundido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão formam um dos direitos fundamentais mais valiosos e uma das reivindicações humanas mais antigas, motivo pelo qual são previstas constitucionalmente desde o início do constitucionalismo moderno. A liberdade de expressão e manifestação do pensamento tem como uma de suas principais finalidades e alicerces a dignidade da pessoa humana, no que tange à autonomia e ao arbítrio pessoal de cada pessoa. Ela também se relaciona, conforme escreve o referido autor, em dimensões sociais e políticas, com a garantia da democracia e do pluralismo político, firmando-se como característica de direito político e demonstrando possuir um aspecto visivelmente transindividual, pois a liberdade de expressão e suas restrições ocorrem especialmente na seara comunicacional e social.

Tavares (2012) explica que o gênero denominado liberdade de expressão abarca direitos conexos, dos quais pode-se citar a liberdade de manifestação de pensamento (previsto no Artigo 5º, inciso IV), de comunicação e de informação (Artigo 5º, inciso IX), de acesso à informação (Artigo 5º, inciso XIV), de mídia, de imprensa, de divulgação e de radiodifusão.

Diferentemente de outras Constituições, a Constituição Federal de 1988 não aplicou a nomenclatura liberdade de expressão como um gênero que engloba outras várias formas específicas de manifestação – como as liberdades de consciência e crença (disposta no Artigo 5º, inciso VI), a livre expressão artística, intelectual e científica (Artigo 5º, inciso IX), a livre manifestação do pensamento (Artigo 5º, inciso IV) e a liberdade de comunicação (que inclui a liberdade de imprensa e está prevista

no Artigo 5º, inciso XIV) e a liberdade de profissão (Artigo 5º, inciso XIII). Entretanto, pode-se considerar que a livre manifestação do pensamento possui esta característica de gênero, por poder ocorrer se dar na seara da comunicação social, na atividade das manifestações intelectuais e artísticas, ou ainda, referir-se à livre manifestação das práticas religiosas. (SARLET, 2012).

Mendes e Branco (2012) entendem que termos amplos, tais como “liberdade de expressão”, possibilitam dizer que, em um primeiro momento, expressões não-verbais também se incluem no campo da liberdade assegurada pela Constituição.

A falta de uma nomenclatura unificada na Constituição, que usa tanto liberdade de expressão quanto livre manifestação do pensamento, não é impedimento para que se faça uma apresentação conjunta destas liberdades, segundo Sarlet (2012). Para o autor, assim como em outros ordenamentos jurídicos, elas constituem um conjunto de liberdades de comunicação e, através das restrições específicas relacionadas às várias manifestações da liberdade de expressão, podem ser descritas de forma conjunta (o que também é recomendável para se obter uma sistematização mais adequada). (SARLET, 2012).

Sarlet (2012) apresenta um esquema – para o qual considera as especialidades do direito constitucional brasileiro – a fim de fornecer um entendimento geral das liberdades decorrentes do gênero liberdade de expressão: liberdade de manifestação do pensamento, na qual inclui liberdade de opinião; liberdade de ensino e pesquisa; liberdade de expressão artística; liberdade de expressão religiosa; e liberdade de comunicação e de informação (esta última também denominada “liberdade de imprensa”).

Destaca que, não apenas a matéria objeto da manifestação está protegida, como também o meio pelo qual ela é expressa, e tal proteção tem caráter aberto, ou seja, possibilita a inclusão de novos meios, como, por exemplo, comunicação eletrônica. (SARLET, 2012).

Já para Bulos (2012), a liberdade de manifestação do pensamento decorre da liberdade de expressão e abarca a liberdade de opinião, sendo assegurada pelo Artigo 220 da Constituição¹. O autor também apresenta uma esquematização das formas de comunicação abrangidas por este direito:

¹ A saber: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

- **interlocução entre pessoas presentes** – dá-se mediante diálogos, comunicações em congressos, palestras, debates, conversações, discursos, reuniões, seminários etc.; mantém nítida ligação com a liberdade de reunião (art. 5º, XVI) e com a liberdade de associação (art. 5º, XVII);
- **interlocução entre pessoas ausentes especificadas** – delinea-se por meio de cartas pessoais, confissões sigilosas escritas, telefonemas, fax, correspondências privadas, telegramas etc., alimentando forte vínculo com o direito à privacidade (art. 5º, X);
- **interlocução entre pessoas ausentes indeterminadas** – expressa-se por intermédio de obras, jornais, revistas, periódicos, meios televisivos e radiofônicos, ligando-se às prescrições constitucionais relacionadas à comunicação social (arts. 220 e 224) [...]. (BULOS, 2012, 562-563) (Grifo no original).

Bulos (2012) ainda inclui neste rol a “liberdade de ficar calado ou direito ao silêncio”, que define como a prerrogativa que todos têm de não serem obrigados a manifestar o que não quiserem. O ser humano tem direito à ficar calado, sem externar seus sentimentos, equívocos, segredos, crenças e ideias filosóficas, etc. Deste direito decorre o direito de não produzir prova contra si mesmo (Constituição Federal, Artigo 5º, LXIII). Ou, como ressalta Silva (2012), a liberdade de manifestação do pensamento engloba também a prerrogativa de mantê-lo em sigilo, ou seja, de não expressá-lo, reservando-o no foro íntimo do sujeito.

No entendimento de Sarlet (2012), a fim de garantir a maior proteção possível e uma posição destacada no campo das liberdades fundamentais, ao âmbito de proteção da liberdade de expressão deve ser auferida a interpretação mais ampla possível, abrangendo a manifestação de opiniões e de ideias, convicções e entendimentos acerca de qualquer tema e também suposições sobre

§ 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.

§ 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 art. 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 conterà, 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. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

acontecimentos. Desta forma, a princípio, todos os meios de expressão – contanto que não violentos – são tutelados pela liberdade de expressão, o que, segundo Sarlet (2012, p. 442), inclui: “gestos, sinais, movimentos, mensagens orais e escritas, representações teatrais, sons, imagens, bem como as manifestações veiculadas pelos meios modernos de comunicação, como as mensagens de páginas de relacionamento, ‘blogs’, etc.”

Ferreira Filho (2011) entende que a palavra escrita também constitui meio de manifestação do pensamento, sendo dirigida a destinatários indeterminados, veiculada através de livros, revistas e jornais, bem como a liberdade dos espetáculos e das diversões públicas.

Quanto a manifestações artísticas, Silva (2012) ressalta que algumas destas possuem farta liberdade, como as realizadas pelas artes plásticas, a literatura e a música, mas outras modalidades submetem-se a normas especiais. Mendes e Branco (2012) trazem o exemplo da expressão corporal, para fins de arte performática, que pode englobar variadas situações. Assinalam que estas, também denominadas “expressões simbólicas”, podem receber valoração inferior se comparadas com outros preceitos constitucionais, prevalecendo com menor frequência do que a expressão direta do pensamento.

Bulos (2012) explica que o anonimato é expressamente vedado pela Constituição Federal de 1988, entendimento também corroborado em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal. A justificativa para tal proibição é a ideia de que para se exercer a liberdade de pensamento, deve-se ostentar a identidade dos posicionamentos expostos, sob pena de, eventualmente, responder judicialmente pelos prejuízos gerados a outrem. Para Paulo e Alexandrino (2012), esta vedação inclui todas as formas de comunicação e visa permitir a responsabilização daquele que, eventualmente lesar a outrem em consequência da manifestação de opiniões ou ideias ofensivas, que constituam calúnia, difamação, etc.

Silva (2012), referindo-se a esta proibição, afirma que a liberdade de manifestação do pensamento possui um ônus, que é o de exigir a identificação daquele que se manifesta, o qual deve assumir de forma clara a autoria da elaboração da ideia manifestada para que, sendo necessário, responda pelos prejuízos que eventualmente gere a outrem. É por isso que o Texto Magno proíbe o anonimato. A manifestação do pensamento, por vezes, recai nas condições jurídicas de outros, os quais possuem o direito fundamental de resposta. Tal direito de

resposta também visa assegurar a eficácia do direito à privacidade. Esta é uma modalidade de confronto frequentemente visível quando se exerce a liberdade de informação e a de comunicação.

Como já referido em capítulo anterior, nenhum direito fundamental é absoluto, inclusive a liberdade de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação. É nessa linha que o Artigo 5º, X, assegura o sigilo da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem dos indivíduos, e o desrespeito a estes direitos pode gerar indenização por danos morais e materiais. (BULOS, 2012).

Para Bulos (2012), por um aspecto, veda-se a censura e a licença prévia e, sob outro, cabe ao Estado garantir a dignidade de seus cidadãos e um ideal mínimo de moralidade, vedando a veiculação de notícias ofensivas, caluniosas e inverídicas. Edições e transmissões cujo conteúdo seja falso não encontram respaldo no ordenamento jurídico, devendo ser rejeitadas e afastadas. A liberdade de imprensa não existe sem o respeito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada de todos. A vontade ilimitada dos veículos de comunicação pode resultar em prejuízos não sujeitos à reparação, pois “o desmentido nunca tem a força do mentido”. (BULOS, 2012, p. 576).

Mas não há que se comparar a liberdade de manifestação do pensamento com: abusos causados por seu exercício de forma inadequada e exacerbada, caso em que será levada à análise do Poder Judiciário e poderá gerar responsabilizações civis e penais a seus infratores; como a divulgação por empresas de injúrias, partes que deveriam fazer controle acerca dos conteúdos que distribuem, sob pena de receberem sanções judiciais; e com a veiculação de publicidade eleitoral gratuita que ataque a moral alheia, podendo ser, aliás, por um candidato que esteja exercendo direito de resposta. (BULOS, 2012).

E, neste sentido, Mendes e Branco (2012) escrevem que a garantia da liberdade de expressão assegura – enquanto não ocorrer colisão deste direito com outro direito fundamental ou outro valor instituído na Constituição – a exposição de todos os comentários, ideias, crenças, avaliações ou juízos acerca de qualquer matéria ou sujeito, independente de constituir tema de interesse público ou de relevância.

Concluída a explanação sobre a liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento, deve-se abordar o outro aspecto, assim definido pela doutrina, atribuído a este direito fundamental: o da liberdade de expressão enquanto

acesso à informação. O subcapítulo em sequência versará a respeito desta temática.

2.3 A liberdade de expressão enquanto acesso à informação

Neste subcapítulo, analisar-se-á a liberdade de expressão enquanto acesso à informação, discorrendo-se acerca de sua tratativa nas normas legais do ordenamento jurídico pátrio e no entendimento de doutrinadores que escrevem sobre o tema.

A liberdade de informação, para a doutrina brasileira, consiste no direito individual de expor fatos e no direito difuso de recebê-los, diferentemente da liberdade de expressão, que visa proteger o direito à exposição de reflexões, opiniões, etc. (MARTÍNEZ, 1997 apud BARROSO, 2007).

A liberdade de expressão engloba a liberdade de informação, mas sua distinção mostra-se relevante por possibilitar uma melhor definição das características referentes a cada uma. Uma destas particularidades é a exigência de verdade – dentro do possível – viável apenas no caso da liberdade de informação e necessária por ser o que interessa ao consumidor de tais conteúdos. (BARROSO, 2007).

Silva (2012) define a liberdade de comunicação como um grupo de direitos, procedimentos, mecanismos e difusores que englobam e efetivam uma estruturação objetiva dos meios pelos quais se cria, expressa e manifesta o pensamento e a informação, além de organizar os meios de comunicação através de legislação específica.

O autor enumera princípios básicos que orientam as formas de comunicação, quais sejam: a vedação à restrições, independentemente do veículo utilizado para a respectiva expressão e, em conformidade com a Constituição; a impossibilidade de eventual legislação prever hipóteses que possam causar entrave à ampla liberdade de informação jornalística; a vedação total à censura política, ideológica e artística; a não exigência de licença de autoridade para a publicação de difusor de informação impresso; a necessidade de autorização do Poder Executivo federal e de controle do Congresso Nacional (na forma do art. 64, parágrafos 2º e 4º) para a realização de serviços de som, radiodifusão e imagem; e a proibição de monopólio dos meios de comunicação social, tanto de forma direta quanto indireta. (SILVA, 2012).

Para Tavares (2012, p. 629), “[...] a liberdade de expressão surge para garantir ao indivíduo a possibilidade de se formar, de ser sem ter de se adequar a um modelo previamente determinado.” E, neste sentido, Souza (1984), citado por Tavares (2012) afirma que a liberdade de informação se divide em duas dimensões jurídicas: uma coletiva, que se relaciona com a opinião popular e com o êxito da democracia estatal; e outra individual, na qual se garante o interesse pessoal pelo consumo de informação com o intuito de desenvolvimento da personalidade, com base nos princípios da democracia e da dignidade humana.

Farias (2000) citado por Barroso (2007), ao tratar deste tema, escreve que, em seu aspecto individual, as liberdades de informação e expressão atuam para o desenvolvimento da personalidade humana, além de servirem ao interesse público, assegurando a livre movimentação de ideias – fundamento basilar em uma democracia – o que lhes caracteriza também como detentoras de um aspecto coletivo. Esta liberdade torna-se ainda mais relevante no que diz respeito à divulgação de notícias referentes ao exercício do Poder Público, visto que, em um regime republicano, em que os agentes públicos representam o povo, a exposição de seus atos é o único meio de fiscalizá-los. Tanto na sua manifestação individual quanto na coletiva, continua o autor, as liberdades de informação e de expressão fundamentam o uso de outras liberdades, e isso lhes coloca em uma posição de preferência – ou *preferred position* – para com os demais direitos fundamentais.

Há também uma terceira nomenclatura recorrente no estudo deste tema, a liberdade de imprensa, que se refere à liberdade da qual são dotados todos os meios de comunicação para veicularem acontecimentos e ideias, constituindo, portanto, liberdade de informação e de expressão. (BARROSO, 2007).

É constitucionalmente garantido a todos o direito de resposta, que trata-se da possibilidade de revidar à ofensa transmitida por um meio de comunicação, como forma de reação a um uso entendido como inapropriado da mídia. Trata-se de um mecanismo de defesa da imagem e da honra, juntamente com a possibilidade de pedido de indenização por danos morais e patrimoniais consequentes do referido uso inadequado da expressão do pensamento. No entanto, Mendes e Branco destacam a restritividade da interpretação vigente acerca da garantia deste direito, pois ele não assegura a obrigatoriedade de terceiros publicarem opiniões alheias, exceto no exercício do direito de resposta, porque a liberdade em questão é assegurada, principalmente, em relação ao Estado. (MENDES; BRANCO, 2012).

Bitencourt e Reck (2016) explicam que a liberdade de informação está prevista constitucionalmente em capítulo específico dedicado aos direitos e garantias individuais, no inciso XIV do Artigo 5º, o qual dispõe que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>). Assim sendo, consolidou-se o entendimento segundo o qual o acesso à informação constitui um direito fundamental subjetivo ainda que se entenda que este direito deve ser compreendido em consonância com o contexto histórico anterior à Constituição Federal de 1988, qual seja, o período da ditadura militar. Portanto, trata-se das informações relevantes em termos de interesse público, eis que a proteção do direito à intimidade e vida privada é igualmente assegurado.

O direito de receber informações, ou de ser informado, não pode ser compreendido sem determinadas restrições. Isto porque para atribuir a alguém o direito de ser informado é necessário também atribuir a outro sujeito o dever de prestar tais informações. Neste sentido, a Constituição atribuiu de forma exclusiva ao Poder Público o dever de informar, através do Artigo 5º, inciso XXXIII, e 37, caput. Por tais motivos, é possível afirmar que este direito assume os dois aspectos: primeiramente, o de se receber as informações divulgadas sem a interveniência do Estado; e em segundo, de ser informado continuamente acerca dos negócios e atividades da Administração Pública. (ARAÚJO; NUNES, 2004 apud BITENCOURT; RECK, 2016).

Ainda nesta matéria, Bitencourt e Reck (2016) escrevem que o constituinte também previu no inciso XXXIII do Artigo 5º o dever estatal de fornecer informações, criando o binômio “direito do sujeito *versus* dever da administração”. A redação do referido Artigo é:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Desta forma, em relação à liberdade de informação, deve-se observar que a transmissão e o acesso às informações, corretas e passíveis de verificação, são as regras a serem seguidas, ao passo que o sigilo é a exceção. (BITENCOURT; RECK, 2016).

Ademais, para Bitencourt e Reck (2016), não há dúvidas de que o acesso à informação está ligado a outros direitos fundamentais, como a cidadania e o direito à boa administração pública, visto que a participação do indivíduo nas decisões que atendam ao interesse público requer o conhecimento. A transparência na administração possibilita a participação cidadã na gestão e no controle da atividade estatal e para que isto efetivamente ocorra, é fundamental que a população tenha como conhecer e entender as informações recebidas. Logo, trata-se de um direito que para realizar-se requer, além do cumprimento de aspectos formais, a preocupação com a qualidade e o fácil acesso às informações. Por isso que se entende que a informação está conectada com a possibilidade de uma participação social maior.

Os autores também entendem que “fraudes e atos de corrupção encontram oportunidades propícias para propagação em ambientes nos quais a gestão pública pode escamotear informações por julgá-las impróprias para o acesso generalizado.” (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 101). E explicam que a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 foi criada para melhorar o conhecimento da população sobre tais informações, no que diz respeito à maneira como os recursos públicos são geridos. Ela visava regular o acesso à informação previsto nos Artigos 5º, inciso XXXIII, 37, §3º e inciso III e 216, §2º e ficou popularmente conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI).

Conforme informam Bitencourt e Reck (2016), o principal avanço trazido pela Lei de Acesso à Informação foi a criação de ferramentas que permitam que qualquer cidadão, independente de apresentação de motivação, recebam informações públicas solicitadas perante órgãos e entidades com a finalidade de fiscalizar a gestão dos recursos públicos. Em cumprimento às exigências da Constituição, é possível afirmar que a publicidade e a transparência das informações constituem preceitos regentes, ao passo que o sigilo pode ser usado apenas em situações específicas.

Acompanhar a gerência dos recursos financeiros pela administração pública possibilita à sociedade desempenhar um papel essencial para identificar fraudes, acontecimentos que impossibilitam o crescimento nacional e a legitimidade da gestão pública, que podem acarretar na redução do estar de todos em favor de interesses pessoais, gerando a queda de sua imagem. (BITENCOURT; RECK, 2016).

Conforme Bitencourt e Reck (2016), em consequência, o acesso à informação, para além de um direito do cidadão, é um dever constitucionalmente conferido à Administração Pública. E referindo-se a este tema cabe citar o Artigo 37 da Constituição: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Há que se mencionar também, os portais da transparência, que expõem aos cidadãos desde 2004 informações acerca da administração dos recursos públicos federais, contendo milhões de dados reunidos de vários órgãos do Governo Federal referentes a Programas e Ações governamentais. O Portal da Transparência é mantido pela Controladoria-Geral da União e contém dados provenientes de Sistemas Estruturadores e de cadastros de beneficiários de Programas Sociais, entre outros. (BITENCOURT; RECK, 2016).

No Brasil, verifica-se a existência de portais autônomos e independentes como o portal Transparência Brasil (www.transparencia.org.br) constituídos por grupos não governamentais focados no combate à corrupção. Nestes sites são abordados estudos a respeito de desvios e do mau uso dos recursos públicos, servindo para difundir o conhecimento sobre o tema. (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 106).

O Programa “Olho Vivo no Dinheiro Público”, instituído pela Controladoria-Geral da União, também visa incentivar os cidadãos a exercer controle social e fornece educação presencial, à distância, distribuindo materiais didáticos e incentivando a constituição de acervos técnicos juntamente com o Programa de Fortalecimento da Gestão Pública. (BITENCOURT; RECK, 2016).

Todos estes sites e programas, sendo ou não governamentais são mecanismos relevantes na efetivação da transparência nacional, reduzindo as barreiras entre a população e as informações. (BITENCOURT; RECK, 2016).

Realizadas as presentes exposições sobre a liberdade de expressão na legislação e na doutrina brasileiras, cabe encerrar este primeiro capítulo. A seguir, no próximo capítulo, serão apresentadas as teorias doutrinárias acerca dos limites expressos e não-expressos aos direitos fundamentais.

3 A TEORIA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES EXPRESSAS E NÃO EXPRESSAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA APLICABILIDADE NO CASO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste capítulo serão abordadas, mediante um exame da doutrina referente ao tema, as teorias sobre os limites e restrições expressos e não expressos aplicados aos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao direito à liberdade de expressão.

3.1 Distinguindo o âmbito de regulação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais

Este subcapítulo será dedicado à descrever as diversas teorias doutrinárias que distinguem o âmbito de proteção e o âmbito de regulação dos direitos fundamentais, matéria relevante para se compreender em que se fundamentam os limites a eles impostos, sejam expressos ou não-expressos.

É entendimento pacificado na doutrina e reiterado por Bulos (2012) a ideia de que, via de regra, os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, mas relativos – o que significa dizer que são passíveis de restrições. Para Sarlet (2012), esta ideia não tem gerado dificuldades e tem sido fartamente aderida no Direito Constitucional contemporâneo, haja vista que nenhuma ordem jurídica pode tutelar direitos fundamentais ilimitadamente.

Há que se mencionar, destarte, exceções trazidas por Bulos (2012), na mesma obra, nas quais o direito ou garantia tutelada pelo ordenamento jurídico é absoluto e deve ser usufruído sem restrições. São os casos da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Nos dizeres do próprio autor:

[...] no geral, as liberdades públicas, a exemplo daquelas arroladas no art. 5º de nossa Constituição, são relativas. É nesse sentido que devemos compreender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, salvo hipóteses específicas, como a da proibição à tortura, as liberdades públicas possuem limites, não servindo de substrato para a *salvaguarda de práticas ilícitas*. (BULOS, 2012, p. 531). (Grifo no original).

Ressalta, ademais, que o que se pretende ao dizer que estes direitos e garantias são limitados e relativos não é abrir espaço para atos ilícitos e escusar

eventuais infratores das devidas consequências jurídicas de seus atos, mas impedir o arbítrio estatal. (BULOS, 2012).

Estas limitações têm como objetivo evitar colisões entre as liberdades e assegurar a integridade do interesse social, de modo a impedir que determinado direito ou garantia seja usufruído com a violação da ordem pública ou de direitos e garantias de terceiros. (BULOS, 2012).

Conforme Bulos (2012), tal entendimento também é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que assim o decidiu, embasando-se no “princípio da convivência entre liberdades”. Ademais, o autor aduz que o referido Tribunal emitiu decisão no sentido de que nenhum preceito constitucional pode ser usado de modo a causar danos à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, que são limitados ética e juridicamente – e, posteriormente, na mesma obra, conclui que a interpretação da jurisprudência do Supremo deve ser feita sob este parâmetro.

Para Alexy (2008), a ideia de restrição a direitos fundamentais parece familiar e não problemática. Parece natural e talvez até trivial que direitos possuam restrições. O problema não parece, portanto, estar nesta ideia de restrição, mas apenas na delimitação de seu possível conteúdo e extensão e em sua distinção de outras coisas, tais como regulamentações, configurações e efetivações.

Quanto à origem destas limitações, Silva (2012) explica que existem alguns dispositivos constitucionais, cujo conteúdo prevê a concessão de liberdades e garantias individuais e que fazem referência a uma lei limitadora (os Artigos 5º, VI, VII, XIII, XV, XVIII). Outras restrições podem decorrer da aplicação de normas constitucionais (como, por exemplo, o Artigo 5º, XVI).

Sarlet (2012) destaca a essencialidade de se analisar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais para a compreensão da questão dos limites e restrições a estes direitos. O autor entende que é correto dizer que todo direito fundamental tem um âmbito de proteção (também denominado por outros autores como campo de incidência normativa ou suporte fático) e que este também, pelo menos *a priori*, pode sofrer restrições.

Para Canotilho (1998), as normas que preveem os direitos fundamentais visam proteger “bens” ou “domínios existenciais” específicos, tais como a vida, o domicílio, a religião e as criações artísticas. Estes âmbitos recebem várias nomenclaturas, entre as quais, estão: âmbito de proteção, domínio normativo e pressupostos de fato dos direitos fundamentais. O objeto de sua proteção, em muitos casos, é um ato ou

comportamento, podendo ser ativo ou omissivo. Um exemplo disto seria o direito de associação, cujo objeto de proteção é um ato de um indivíduo em se associar ou não, constituindo, respectivamente, uma liberdade positiva e outra negativa.

Mendes e Branco (2012) também acreditam ser pressuposto essencial para examinar direitos fundamentais definir-se o âmbito de proteção. Explicam que em muitos casos, a fruição dos direitos individuais pode acarretar conflitos com outros direitos assegurados pela Constituição. Por este motivo é necessário definir-se o âmbito ou núcleo de proteção, ou ainda, precisar as restrições ou limitações aplicadas a esse direito. O âmbito de proteção dos direitos fundamentais engloba pressupostos de fato e de direito abarcados pela norma em questão e a sua consequente proteção. No caso dos direitos fundamentais de proteção ou de defesa, tratam-se de normas acerca de elementos basilares de certos atos, como a propriedade, a liberdade de imprensa, a inviolabilidade de domicílio, entre outros. (PIEROTH; SCHLINK 2005 apud MENDES; BRANCO, 2012).

Para Alexy (2008), são restringíveis os bens protegidos pelos direitos fundamentais (liberdades, situações ou posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* asseguradas pelos princípios de tais direitos (sendo que estes requerem a proteção mais abrangente possível dos bens que asseguram). Tais objetos de restrição se relacionam estreitamente. Por tal motivo, é que uma restrição dirigida a um bem protegido também será sempre uma restrição à posição *prima facie* assegurada por algum dos princípios de direito fundamental. Logo, “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”. (ALEXY, 2008, p. 281).

Como as restrições a direitos fundamentais constituem normas, é possível questionar o que torna estas normas restrições a estes direitos. Uma norma apenas será uma restrição a um direito fundamental se estiver de acordo com a Constituição. Isso estabelece sua primeira característica, a de que somente será uma restrição aos direitos fundamentais se estiver em consonância com o disposto na Constituição. (ALEXY, 2008).

Ademais, no entendimento de Alexy (2008), as restrições aos direitos fundamentais são normas voltadas a restringir a efetivação dos princípios de direitos fundamentais. Restringir a realização destes princípios é algo que se demonstra paradigmaticamente através das normas de caráter mandatório e proibitivo.

Para alguns autores, o âmbito de proteção é uma porcentagem da realidade que o constituinte decidiu incluir como objeto de especial proteção, ou ainda, “aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental”. (HESSE, 1995 apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 220-221).

Schwabe (1977), citado por Mendes e Branco (2012) entende que, quanto ao âmbito de proteção de um determinado direito individual, é necessário indicar não apenas o objeto da respectiva proteção, mas também a que tipo de ofensa ou limitação esta proteção é auferida. Afirmativas relacionadas com limitações ou restrições a direitos não integram o âmbito de proteção.

Para Mendes e Branco (2012), pressupõe-se a definição do âmbito de proteção de determinado direito para se analisar as restrições a ele aferidas, não podendo, tal processo, ser realizado de forma generalizada, mas especificada. Em muitos casos, somente será possível determinar o âmbito de proteção em havendo comparação com eventual restrição ao direito questionado.

Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo. (SCHWABE, 1977 apud MENDES; BRANCO, 2012, p. 221) (Grifo no original).

Ademais, Canotilho (1986), citado por Mendes e Branco (2012) ressalta que, a fim de se obter uma sistematização, é possível afirmar que a determinação do âmbito de proteção requer o exame da norma constitucional responsável pela garantia de direitos, haja vista: a definição dos bens jurídicos a serem tutelados e a abrangência desta proteção (ou “âmbito de proteção da norma”) e; a averiguação das eventuais limitações expressas na Constituição (“expressa restrição constitucional”) e a identificação das chamadas “reservas legais de índole restritiva”.

Para Mendes e Branco (2012), exigem especial reflexão os direitos individuais cujo âmbito de proteção está direta e expressamente previsto no ordenamento jurídico. Os autores incluem a liberdade de manifestação de opinião nesta linha de direitos. Nestes casos, costuma-se usar termos como “regulação” ou “conformação” (ao invés de “restrição”), pois este tipo de direito fundamental exige do legislador de forma essencial a definição do conteúdo do direito protegido. Porque as normas que tratam de tais preceitos não tem como escopo determinar restrições. Sua função

indispensável e relevante é de “normas de concretização ou de conformação” de tais direitos. Por vezes, informam os autores, o constituinte atribui ao Legislativo um amplo “poder de conformação”, possibilitando que a lei efetive ou torne mais densa certo direito fundamental.

E é por tal motivo que aponta-se na doutrina o problema que define, particularmente, os direitos cujo âmbito de proteção é assinalado por norma jurídica: mesmo dependendo de “concretização e conformação” pelo legislador, eles precisam obrigar o Estado. Ou ainda, “o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele tenha livre disposição sobre a matéria”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 225).

Por fim, Sarlet (2012) entende que para o correto debate a respeito da restringibilidade dos direitos e as limitações dela decorrentes, é indispensável o exame da comparação entre as denominadas “teoria interna” e “teoria externa”, pois a adoção de alguma destas repercute na forma de se compreender a abrangência do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A “teoria interna” defende que um direito fundamental tem seu conteúdo e limites determinados desde sempre, como se estes surgissem juntos. Desta forma, acredita-se que hajam “limites imanentes”, os quais constituem limites implícitos e apriorísticos e que se diferenciam das autênticas restrições. Como os direitos tem sua abrangência definida preexistentemente não é necessário nem possível restringi-los. Isto porque as restrições são vistas, para a teoria externa, como prejuízos aos direitos impostos externamente por normas, não consentidos pela teoria interna. (CANOTILHO, 2006 apud SARLET, 2012).

Freitas (2007) explica que a teoria interna tem como pressuposto a não-limitação de direitos fundamentais, por entender haver o direito com um conteúdo determinado desde seu início, de modo que um posicionamento jurídico que vá além de tal conteúdo é impossível, ou seja, não recebe proteção jusfundamental.

De acordo com tal teoria, conforme o referido autor, os limites não se tratam de características extrínsecas ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas concretizações, de forma que as normas legais posteriores tem características negativas meramente declaratórias, eis que, dentro deste entendimento, as leis desenvolvidas com base nas reservas legais não instituem limites ao conteúdo dos direitos, mas antes um meio de interpretação e exposição de seus limites extremos de conteúdo (FREITAS, 2007).

Para além destes limites, não há que se falar em proteção da norma jusfundamental porque não existirá, em tal hipótese, direito fundamental. Já no seu interior, dentro do âmbito de proteção da norma delimitado por sua imanência, qualquer intervenção do legislador configurará uma violação inadmissível ao direito fundamental. O que lhe restará em relação aos direitos fundamentais, nestes casos, na concepção de Novais (2003), citado por Freitas (2007, p. 79-80):

O que resta ao legislador ordinário no âmbito dos direitos fundamentais, em acordo com tal concepção, é conformar seu conteúdo de maneira a extremá-lo dos outros bens e valores constitucionais de igual ou superior hierarquia ou violá-los sempre que incursione no interior âmbito de sua imanência. Inexiste, aqui, diversidade entre o conteúdo dos direitos e seus limites imanentes.

A “teoria externa”, por sua vez, faz a diferenciação entre os direitos fundamentais e os limites que, eventualmente, lhe são impostos, motivo pelo qual Sarlet (2012) entende ser necessária a indicação correta da abrangência de cada direito.

Para Alexy (1985), citado por Freitas (2007), a partir do momento em que se adote a teoria interna, existe apenas uma realidade que é a constituição do direito em questão com certo conteúdo e, trocando-se a ideia de restrição pela de limite, discussões sobre os limites não se relacionam com a exigência ou não de sua existência, mas sim com a delimitação de seu conteúdo. Nesta concepção, os direitos fundamentais instituídos sem reserva legal não tem outras limitações além das que decorrem de seu próprio conteúdo, sendo que este último é descoberto através do exame do âmbito da norma e de seu programa. O conteúdo do direito é determinado uma única vez, em um ato de interpretação dogmática do âmbito normativo em questão, dentro do qual se projetam os limites imanentes, tornando-se, desta forma, *a priori*, recortada a área genérica de liberdade. Desta forma, ao invés de os limites imanentes agirem como limites aos direitos fundamentais, eles integram o seu conteúdo.

Portanto, para a teoria interna, segundo Freitas (2007), não se deve falar de restrições aos direitos fundamentais, pois este conceito significa a redução de seu conteúdo; de modo que os limites imanentes, para tal teoria, são o conteúdo do direito delimitado a partir do entendimento que deve-se obter da norma

jusfundamental que o prevê. O respectivo processo de aplicação requer o procedimento que segue:

[...] 1º) exame se, nas circunstâncias do caso concreto houve afetação do âmbito aparentemente protegido; 2º) exame se o conteúdo aparentemente protegido e afetado vale como conteúdo verdadeiramente protegido. Se o conteúdo afetado é só aparentemente protegido, a hipótese fática não compõe o conteúdo do direito fundamental em questão, eis que excluída, já à partida, por uma das modalidades de limites imanentes. No caso de existir norma infraconstitucional que exclua a hipótese fática da proteção, à luz dessa teoria, cuida ela apenas de elucidar algo que já se continha implícito na norma. É dizer, não é o legislador ordinário que restringe o direito, mas apenas explicita o que já era limitado de forma imanente. (FREITAS, 2007, p. 82).

Para Alexy (1985), citado por Freitas (2007), uma outra forma de se entender as limitações ao conteúdo e as restrições ao exercício dos direitos fundamentais distancia-se em completo dos formatos que propõem as teorias interna e externa. No esquema teórico defendido pelo autor, os limites e restrições a direitos fundamentais não se tratam de interferências prejudiciais efetuadas pelo Poder Público fundamentadas em previsões constitucionais (como aponta a teoria externa), nem simples efetivações de limites imanentes inerentes aos direitos fundamentais (o que é proposto pela teoria interna).

Sobre a matéria, Novais (2003), citado por Freitas (2007), explica que a natureza das normas jusfundamentais, ao serem compreendidas como princípios, é o que fundamenta a possibilidade de transformação de um direito *prima facie* em um “não-direito definitivo” que resulte do mecanismo de ponderação de princípios contrapostos que, no caso concreto, se mostram mais relevantes. Portanto, haverá limitação ou restrição quando ao invés de um direito fundamental concedido *prima facie* se insira um “não-direito definitivo”.

Apresentadas tais concepções acerca do âmbito de proteção e do âmbito de regulação dos direitos fundamentais, parte-se para a discussão acerca da Teoria dos limites expressos à direitos fundamentais.

3.2 Teoria dos limites expressos à direitos fundamentais

Neste subcapítulo, serão expostas as teorias a respeito dos limites expressos aos quais são submetidos os direitos fundamentais, com base nas definições trazidas pela doutrina.

Sarlet (2012) explana que a prática do Direito Constitucional contemporânea tem aspectos comuns relevantes para a efetivação normativa dos direitos fundamentais. Dentre estes, destacam-se aqueles que, conforme a tradição constitucional de origem alemã, possuem equivalências nas modalidades dogmáticas seguintes: âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. Este sistema, que pode ser aplicado aos direitos fundamentais em geral, foi recepcionado com nomenclaturas, por vezes diferentes, em outros ordenamentos constitucionais, dos quais faz parte o brasileiro, como mostra ampla e atualizada doutrina e jurisprudência, e, ainda que esta recepção tenha se dado sem nenhuma menção explícita ao sistema acima apresentado.

Novais (2010), citado por Sarlet (2012), explica que os denominados limites aos direitos fundamentais, podem ser explicados como atos comissivos ou omissivos dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, diminuam ou extingam o acesso a determinado bem juridicamente tutelado, interferindo em sua fruição (“aspecto subjetivo”) ou reduzindo deveres do Estado de garantia e concessão (“aspecto objetivo”) decorrentes dos direitos fundamentais.

Contudo, a disciplina normativa dos direitos fundamentais não é constituída apenas como uma limitação. Em várias situações, as leis apenas especificam os direitos para viabilizar sua execução, como nos trechos em que usam termos como “configurar”, “conformar”, “completar”, “regular”, “densificar” “concretizar”, etc., geralmente empregados para descrever este fato. (SILVA, 2009 apud SARLET, 2010).

Acerca do tema, Canotilho (1998), explica que, ao estudar a questão das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, é possível compreender-se erroneamente que todas estas normas têm caráter restritivo. No entanto, muitas destas normas visam complementar, densificar e efetivar o conteúdo aberto, incompleto, vago ou abstrato dos preceitos da Constituição que asseguram direitos fundamentais. Desta forma, é possível que tais normas contenham diversos tipos de cláusulas, sejam de restrição ou de direção e realização.

Mendes e Branco (2012) explicam que, além do princípio geral de reserva legal, previsto no Artigo 5º, II, o Texto Magno traz expressamente a possibilidade de se instituírem limitações legais aos direitos fundamentais nos incisos XII (que trata da inviolabilidade do sigilo postal, telefônico, telegráfico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção). Pois a Constituição de

1988 adota a prática de estabelecimento de restrições diretas e indiretas a direitos fundamentais.

Para se referir às limitações, o Constituinte aplica expressões variadas, como “nos termos da lei” (no Artigo 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (Artigo 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Artigo 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (Artigo 5º, LVIII). Em outros momentos, o artigo constitucional descreve um determinado conceito jurídico, que deve ser aplicado como base na conformação daquele direito. Um exemplo disto seria a cláusula da “função social”, prevista no Artigo 5º, XXIII. Estas normas possibilitam a restrição ou limitação de posições abarcadas pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2012).

Canotilho (1977) citado por Mendes e Branco (2012) salienta que a disposição constitucional que sujeita direitos à reserva de lei limitadora engloba uma norma que admite e assegura certo âmbito de proteção e uma norma que autoriza o legislador a impôr restrições a este âmbito de proteção.

No entendimento de Mendes e Branco (2012), há que se observar, todavia, que não são todas as previsões a respeito de direitos fundamentais que tem como propósito limitar poderes ou capacidades. Em outras situações, explicam os autores, a redação constitucional coloca limitação expressa ao exercício do direito concedido ao fixar a garantia ou em norma autônoma. Um exemplo seria a não garantia da inviolabilidade do domicílio “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (Artigo 5º, XI).

A ideia de limitar direitos fundamentais levanta o problema da possibilidade lógica de se instituir tais limites. Sem dúvidas, esta ideia acarreta, aparentemente, na indicação do direito e da restrição. Considerando-se que “direito individual” e “restrição” são institutos passíveis de diferenciação lógica e jurídica, pode-se concluir que há, a princípio, um direito ilimitado que, através da inserção de restrições, passa a ser um “direito limitado”. (MENDES; BRANCO, 2012).

Os direitos fundamentais, enquanto vistos como direitos de hierarquia constitucional, só podem ser restringidos por dispositivo constitucional expresso (“restrição imediata”), ou através de lei ordinária embasada imediatamente na Constituição (ou “restrição mediata”). Pode-se citar como exemplo, a limitação feita no próprio texto da Constituição, que prevê a faculdade de “reunir-se pacificamente,

sem armas” (no Artigo 5º, XVI). (MENDES; BRANCO, 2012). Ou, como explica Sarlet (2012, p. 332):

[...] no que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição.

Sarlet (2012) ressalta, quanto às restrições expressamente previstas na Constituição, que o entendimento pelo qual existam limitações no interior dos direitos fundamentais, sob determinado ângulo, desaparece em face da ideia das limitações diretamente constitucionais, haja vista que estas, na prática, transformam um posicionamento jurídico, à primeira vista, em um não direito permanente.

Conforme informam Mendes e Branco (2012), são denominadas “restrições legais”, aquelas infundidas pelo legislador sobre determinados direitos com base em expressas previsões constitucionais. Os vários sistemas constitucionais adotam modelos diferenciados de limitação dos direitos individuais, considerando seu histórico e aspectos sociais e culturais. Os autores mencionados também entendem que “a formulação assaz imprecisa de garantia individual ou a outorga ao legislador de responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar por completo o significado dos direitos individuais em determinada ordem constitucional”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 231).

Canotilho (1998), entende que há uma restrição legal de um direito fundamental quando o âmbito de proteção de tal direito previsto constitucionalmente é limitado por uma lei. De forma geral, as leis restritivas destes direitos reduzem ou limitam as possibilidades de agir asseguradas pelo âmbito de proteção da norma que os consagrou, além da eficácia da proteção do bem jurídico ao qual corresponde o direito atingido.

O autor elenca um sistema que utiliza na compreensão das restrições de direitos, liberdades e garantias, uma forma de exame dos tipos de restrições possivelmente existentes, a saber: a) restrições constitucionais diretamente instituídas no texto constitucional; b) restrições criadas por lei e autorizadas expressamente pela Constituição; e c) limites imanentes ou implícitos, sendo constitucionais, ainda que não previstos expressamente. (CANOTILHO, 1998).

Mendes e Branco concluem (2012) que a não previsão relativa à reserva legal não fornece maior concretização às garantias fundamentais, porque, muitas vezes, o uso da hermenêutica aplicado na compatibilização pode gerar a diminuição do âmbito de proteção, ou ainda, ensejar a imposição de limitações. O uso lesivo de tais reservas pode diminuir ou tornar nula a garantia assegurada constitucionalmente.

Certamente, para Mendes e Branco (2012) a fixação de reservas legais impossibilita a proliferação de colisões entre os direitos individuais. Deve-se destacar, sob outro ângulo, que o método que requer expressa autorização da Constituição para que possa haver intervenção do Legislativo no âmbito de proteção dos direitos individuais, demonstra uma inquietação com a segurança jurídica, que obsta a instituição de limitações arbitrárias ou randômicas.

E é por tal motivo que muitos doutrinadores entendem que limites a direitos fundamentais não se restringem à constatação do legislador acerca do que realmente está em vigor; mas também, nestas situações, a instituir “autênticas limitações” aos chamados direitos de liberdade. (BACHOF, 1958 apud MENDES; BRANCO, 2012).

A respeito dos limites aos direitos fundamentais, Paulo e Alexandrino (2010) afirmam que doutrina e jurisprudência vêm se posicionando no sentido de que os direitos e as garantias fundamentais sofrem limitações constitucionalmente possibilitadas – de forma expressa ou implícita – pois não podem ser usados para encobrir abusos individuais que lesem a ordem pública. Desta forma, normas jurídicas infraconstitucionais podem criar limites ao exercício de determinado direito fundamental constitucionalmente estabelecido.

As limitações auferidas ao exercício de direitos fundamentais constitucionais são denominadas pela doutrina como “reservas legais simples” e “reservas legais qualificadas” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010), que serão abordadas neste trabalho em capítulo posterior.

Todavia, faz-se necessário destacar que os direitos e as garantias constitucionais não podem sofrer ilimitadas restrições. Independente de se estar falando de restrições legais simples ou qualificadas, estas restrições são limitadas, principalmente pelo princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso, que proíbem o legislador de criar limitações inúteis, inadequadas e

desproporcionais aos direitos fundamentais. Esta limitação ao legislador é chamada de “teoria dos limites”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Assim, se por um lado é inaceitável a ideia de um direito constitucional absoluto, intocável mesmo diante de situações de interesse público, por outro, seria absurdo admitir-se que a lei pudesse restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, afetando o seu núcleo essencial, extirpando o conteúdo essencial da norma constitucional, suprimindo o cerne da garantia originariamente outorgada pela Constituição. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 105).

Conforme entendimento de Paulo e Alexandrino (2010), deve-se mencionar que o próprio Texto Constitucional admite a possibilidade, em ocasiões específicas e graves, de imposição de restrições ou exclusões periódicas de direitos fundamentais, sem ser necessária autorização do Judiciário. Pode-se citar como exemplo, que, em caso de estado de defesa, poderão sofrer limitações o direito de reunião, o sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, entre outros (Artigo 136 da Constituição Federal). Durante o estado de sítio, podem ocorrer limitações ainda mais severas (Artigo 139 da Constituição).

Sobre os limites expressos à liberdade de expressão na ordem jurídica brasileira, Bulos (2012) ensina que a própria Constituição institui parâmetros para o exercício da liberdade de expressão. Primeiramente, a proibição à censura não pode ensejar a prática de atitudes ilícitas. O depoimento de um influenciador público, por exemplo, incitando atitudes racistas, deve ter sua veiculação vedada, porque a liberdade de expressão precisa se harmonizar com as outras garantias constitucionais – como, neste caso, a proibição ao preconceito, prevista no Artigo 5º, XLII da Constituição Federal. Em segundo, trata de outras previsões constitucionais acerca do tema, como o Artigo 220, § 3º, I e II da Constituição, que disciplina:

[...]

§ 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 art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Por fim, Silva (2012) entende que, quanto à liberdade de crença ou pensamento, a Constituição determina que ninguém poderá ser privado de seus direitos em razão de suas crenças religiosas, filosóficas ou políticas, “salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (Artigo 5º, VIII, parte final). Desta forma, garante-se a “escusa” ou “imperativo de consciência”, mas a lei poderá obrigar quem o exercer a realizar prestação alternativa, que não colida com suas crenças.

Após expostos os conceitos e apontamentos doutrinários sobre os limites expressos aos direitos fundamentais, encerra-se o presente capítulo. A seguir, será abordada a teoria que trata dos limites não expressos aos direitos fundamentais.

3.3 Teoria dos limites não expressos à direitos fundamentais

Neste capítulo será descrita a teoria dos limites não expressos à direitos fundamentais, através de exposições em dois subcapítulos da Cláusula Geral e das Reservas Legais. A compreensão de tais teorias além das já estudadas será relevante para o exame da jurisprudência ao final deste trabalho.

3.3.1 Cláusula Geral

Neste subcapítulo será discutida a Cláusula Geral, que constitui um dos limites não expressos aos direitos fundamentais.

Para Novais (2003), citado por Freitas (2007), para se analisar as leis gerais como limites imanentes dos direitos fundamentais é necessário que anteriormente haja uma consideração do que tal expressão representa. Este tema foi estudado pela doutrina alemã, à época da Constituição de Weimar, que trazia uma norma que assegurava aos alemães o direito de manifestarem de forma livre suas opiniões dentro dos limites das leis gerais.

Esta “generalidade” de tal lei é considerada um requisito para que ela assuma o aspecto de limite imanente e é objeto de dois entendimentos. Um deles é a “generalidade técnico-formal”, que vê como leis gerais aquelas cujo fim não seja especificamente limitar ou regular o exercício da liberdade de expressão do pensamento, mas que possuem outra finalidade também legítima – o que define sua

generalidade – e, de forma indireta, exercem efeitos nessa liberdade (NOVAIS, 2003 apud FREITAS, 2007).

O outro entendimento é de A. Kaufmann e Rudolf Smend, que entendem que

[...] o efeito de limitar de forma imanente o conteúdo do direito fundamental de liberdade de manifestação de opinião decorria das leis que fossem dotadas da *generalidade* típica do iluminismo, assim entendidas a qualidade das leis que garantissem bens ou valores gerais da sociedade – ordem, segurança pública, direitos dos outros – que, dada sua generalidade e relevância, devessem prevalecer materialmente sobre a liberdade de expressão, resultando essa prevalência de um processo de ponderação. (NOVAIS, 2003 apud FREITAS, 2007, p. 94). (Grifo no original).

Ainda, de acordo com Novais (2003 apud FREITAS, 2007), os efeitos das leis gerais nos direitos fundamentais devem ser objeto de um meio de controle que se baseie na busca pela harmonização dos interesses questionados, na sua concordância prática e na efetivação do dever de proporcionalidade que é inerente aos atos de poder realizados em um Estado Democrático de Direito.

É entendimento pacificado que os limites imanentes são os que os direitos fundamentais possuem desde seu início e de seu interior, isto é, não lhe são externamente impostos. Aduzir que tais direitos possuem limites imanentes significa dizer que, sob o aspecto material e sob o aspecto puramente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais definem suas respectivas fronteiras ao consagrá-los. (ANDRADE, 1983 apud FREITAS, 2007).

E a denominada vinculação negativa do legislador está ligada profundamente a esta questão, a qual Guerrero (1996) apud Freitas (2007) entende como sendo a ordem de que aquele não pode, em um primeiro momento, prever ou admitir que seja autorizada alguma interferência do Poder Público no âmbito dos direitos fundamentais, instituindo esferas, de início, imunes à atividade estatal.

A teoria que aceita limites e restrições ao conteúdo e exercício dos direitos fundamentais não sujeitos à reserva legal confunde-se com o estudo dos limites imanentes por se tratar do entendimento mais difundido sobre esta, e fundamentado nos “direitos dos outros”. Na seara do Estado de Direito, conforme explica Novais (2003), citado por Freitas (2007, p. 89-90),

[...] o respeito ao direito dos outros é imperativo decorrente do princípio da igual dignidade de todos, daí derivando o corolário no sentido de que o reconhecimento recíproco por todos e por cada um do direito à igual

liberdade de todos e de cada um impõe limitações à liberdade de cada um e de todos.

Conforme argumenta Novais (2003), citado por Freitas (2007, p. 90), o fato de inexistir tal disposição de forma expressa na Constituição Federal, no entanto, é, contrariando o pensamento mais óbvio, justamente o faz surgir o argumento correspondente aos direitos dos outros “na plenitude da sua qualidade como limite imanente”, isto porque, diante da necessária observância ao princípio da igualdade pelo Poder Público, tanto de forma omissiva quanto comissiva, os direitos dos outros recenem *status* de limites imanentes gerais. Para Freitas (2007), tal entendimento do autor supracitado torna-se relevante no momento em que se considera, como ele afirma fazer, os direitos fundamentais principalmente como direitos dos particulares que tem como destinatário primordial o Estado.

Neste caso, o cidadão, ao ultrapassar os limites imanentes de seu direito fundamental, submete a um risco ou efetivamente gera um dano a seara de liberdade jusfundamental de outros cidadãos, e, por tal motivo, os direitos dos outros seriam um fundamento apto a limitar o conteúdo ou restringir a prática do seu direito de forma que tal risco ou dano se esvaísse – pois além do limite, as atitudes não são dotadas da proteção inerente à norma jusfundamental. (FREITAS, 2007).

Todavia, para Novais (2003), citado por Freitas (2007) – no que este afirma lhe parecer uma preocupação vital do autor mencionado –, uma teoria de limites imanentes embasada no respeito aos direitos dos outros requer que seja viável e passível de prova, objetiva e intersubjetivamente, o acesso à observação de tais condições: (1) determinação aprioristicamente e abstratamente de qual dos direitos em conflito deve ser retirada a parte tida como não assegurada pela norma jusfundamental, partindo do pressuposto que o direito agressor é o que deve ser restringido e, por outro lado, a ideia de que o direito por ele agredido é que requer proteção, de modo que a indicação de quem agride e quem é agredido fundamenta tal restrição; (2) averiguação simultânea de que, em dado momento, um direito está de fato sendo lesado ilegitimamente e não somente sendo reduzido ou atingido pela prática ou pela invocação daquele direito entendido como o agressor; (3) partindo-se dos pontos anteriores e em consequência deles, o recorte, no âmbito assegurado do direito fundamental, da área que não é beneficiada pela norma jusfundamental que o estabelece, diante da colisão; (4) aferição do alcance e da extensão dos mecanismos limitadores ou restritivos obrigatórios e suficientes para a remessa do

direito tido como agressor aos limites definidos (NOVAIS, 2003 apud FREITAS, 2007).

Para Novais (2003), citado por Freitas (2007), nutrindo uma clara similaridade com o embasamento de outros limites imanentes, como, por exemplo, o abuso de direito e a cláusula de comunidade, ou a ordem pública – também denominada cláusula geral de polícia – é tradicionalmente mais aceita do que os limites na produção dos efeitos já discutidos acerca dos direitos fundamentais. O autor entende como ordem pública um grupo de bens do qual fazem parte aqueles tidos pela doutrina alemã tradicional como “bens de segurança pública”, estando nestes incluídos a existência do Estado e de suas instituições, direitos como à vida, à saúde, à honra e ao patrimônio e à liberdade; além dos bens tidos como “de ordem pública em sentido estrito”, dos quais se elenca, em específico, aqueles tutelados pelo direito positivo e por regras de origem moral, cultural ou social, como objeto da proteção estatal a fim de preservar ou eliminar riscos fundamentados na chamada “reserva” ou “cláusula geral de polícia”.

De qualquer forma, o que é mais significativo para Freitas (2007, p. 103), é que

[...] uma vez considerada a inegável importância daqueles bens constitutivos do que se identifica como sendo a ordem pública vigente, resulta plenamente aceitável, não sem algumas necessárias ponderações, a idéia [sic] segundo a qual a Administração Pública em razão de certa competência geral para exercer o que se convencionou denominar poder de polícia, possa e mesmo deva praticar intervenções limitadoras na esfera dos direitos fundamentais sempre que o respectivo exercício se mostre tendente a ameaçar aquele rol de bens de que antes se cuidou.

Um recurso ao tema referente ao abuso de direito representando um limite imanente dos direitos fundamentais, que possui autonomia em relação aos outros limites abordados, no entendimento de Novais (2003), citado por Freitas (2007), apenas se mostra adequado quando se tem por abuso de direito o “exercício malicioso”, que fraudava a lei se aproveita de forma má intencionada do texto literal da norma a fim de se tirar proveitos desmotivados derivados da proteção jusfundamental que não é de fato devida, eis que tais comportamentos não estão realmente assegurados pelo direito fundamental suscitado.

Logo, para Freitas (2007, p. 126), é possível observar que “o abuso de direito opera como postulado da função social dos direitos, no sentido de que seu exercício não se transfigure em ofensa à convivência social.”

Hesse (1998), citado por Freitas (2007), explica que juntamente às limitações e às possibilidades de limitações dos direitos fundamentais que atingem o *status* jurídico-constitucional de todos eles, existem algumas instituídas e válidas somente em relação a um grupo delimitado de pessoas que estão em uma posição diferenciada, a qual o autor denomina como “relação de poder especial”. Para ele, este conceito se reporta à casos baseados em uma relação mais próxima entre o indivíduo e o Estado, formada por direitos e deveres especiais que se justificam exatamente por irem além daqueles atribuídos comumente a todos.

Entretanto, o fato de enquadrar-se uma relação na situação acima descrita de sujeição especial não justifica, *per se*, ilimitadas restrições aos direitos fundamentais daqueles indivíduos nela inseridos. É necessário que o estado especial – objeto de ponderação fundado no dever de proporcionalidade – conferido à determinada relação tenha como pressuposto a execução de uma finalidade institucional que motive a restrição imposta. Somente neste caso a restrição a direitos fundamentais com base na participação de seu detentor em uma relação especial de sujeição será constitucionalmente oportuna e, conseqüentemente, legítima. (PEREIRA, 2006 apud FREITAS, 2007).

Encerrado o presente subcapítulo, faz-se necessário examinar as explanações doutrinárias a respeito das reservas legais, como será feito no subcapítulo que se segue.

3.3.2 Reserva Legal

Este subcapítulo visa tratar das reservas legais nos dizeres da doutrina nacional. Primeiramente, cabe destacar, como já citado em capítulo anterior, que nenhum direito ou garantia previsto na Constituição Federal é de caráter absoluto, pois razões de interesse público legitimam a adoção de medidas estatais que eventualmente restrinjam estas liberdades enquanto protegem bens jurídicos constitucionalmente resguardados. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Para Freitas (2007), o aspecto não absoluto implica na afirmação de serem os direitos fundamentais limitados na mesma medida que as situações de fato que englobam, e no alcance da proteção que lhe garantem com suas disposições legais; ademais, não serem absolutos representa estarem submetidos a eventuais

restrições que serão consideradas válidas se forem impostas com a observância de critérios específicos.

Sobre o assunto, doutrina e jurisprudência ressaltam que os direitos e garantias fundamentais estão sujeitos à restrições autorizadas, de forma explícita e implícita, no texto constitucional, uma vez que não podem ser usados para encobrir abusos individuais que causem danos à ordem pública. Portanto, normas infraconstitucionais podem impor limitações ao exercício de direitos fundamentais assegurados pela Constituição. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Tais limites ao exercício dos direitos constitucionais são classificados na doutrina como “reservas legais simples” e “reservas legais qualificadas”.

A “reserva legal simples” se dá quando a Constituição tão-somente dispõe que uma restrição elaborada pelo legislador ordinário deve ser prevista em lei. Pode-se citar como exemplos os incisos VI (na qual ela adota a expressão “na forma da lei”) e VII e XV, (nos quais se lê “nos termos da lei”) do art. 5º. Cabe destacar que, nestes casos, o único requisito constitucional para a limitação é que esta seja publicada em lei. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Mendes e Branco (2012) entendem que a reserva legal simples ou “simples restrição legal”, ocorre quando a Constituição autoriza que o legislador venha a intervir no âmbito de proteção dos direitos individuais. Isto é perceptível, por exemplo, no VII do Artigo 5º, em que estabelece “a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva é assegurada, nos termos da lei”, em que impõe-se somente que uma eventual restrição esteja prevista em lei.

A reserva legal qualificada, por sua vez, ocorre quando a Constituição não apenas determina a previsão legal da restrição prevista, mas também impõe a finalidade que tal norma deverá seguir. Um exemplo desta caso é o inciso XII do art. 5º. da Constituição Federal, que traz a exigência de lei para a autorização da interceptação telefônica, e também prescreve que esta só será permitida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Ou, conforme explanam Mendes e Branco (2012) há uma “reserva legal” ou “restrição legal qualificada” quando a Constituição, além de requerer que uma possível limitação ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais esteja disposta

em lei, também estipula as condições especiais, a finalidade a ser buscada ou os métodos a serem usados.

Todavia, os autores destacam que os direitos e garantias constitucionais não estão sujeitos a restrições de forma ilimitada. Independentemente de ser hipótese de restrição legal simples ou qualificada, as restrições facultadas ao legislador são limitadas, principalmente pelo princípio da razoabilidade, da proporcionalidade ou proibição de excesso, as quais lhe obrigam a não criar limitações desproporcionais, inúteis ou incompatíveis aos direitos fundamentais. Esta limitação imposta à atividade do legislador infralegal em relação a inclusão de restrições aos direitos constitucionais é denominada “teoria dos limites”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

A finalidade da referida teoria e sua relevância para o direito constitucional pátrio é explanada por Paulo e Alexandrino (2010, p. 104-105) no seguinte trecho:

Assim, se por um lado é inaceitável a ideia de um direito constitucional absoluto, intocável mesmo diante de situações de interesse público, por outro, seria absurdo admitir-se que a lei pudesse restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, afetando o seu núcleo essencial, extirpando o conteúdo essencial da norma constitucional, suprimindo o cerne da garantia originariamente outorgada pela Constituição.

Para Guerrero (1996), citado por FREITAS (2007), cabe salientar que no caso dos direitos com expressa reserva legal pode-se falar propriamente de “limites”, porque nestes é possível ao legislador realizar uma subtração adicional no conteúdo que obtém ao interpretar o disposto na Constituição. Diferentemente dos direitos que não possuem reserva, que só podem ser limitados constitucionalmente.

Segundo Canotilho (2000) citado por Mendes e Branco (2012) as normas constitucionais que sujeitam certos direitos à reserva de lei restritiva possuem como elementos: uma norma de garantia, a qual admite e assegura um âmbito de proteção e; uma norma autorizadora de limitações, que possibilita que o legislador imponha restrições ao âmbito de proteção dos direitos consagrados pela Constituição Federal.

Entretanto, acerca de um possível uso inadequado ou exagerado das reservas legais, Mendes e Branco (2012, p. 231) salientam que

Se 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 mesmo legitimar a imposição de restrições, a utilização

abusiva dessas reservas pode reduzir ou nulificar a garantia outorgada pela Constituição.

Para os autores citados não há dúvida de que a imposição de reservas legais impede a ploriferação de colisões entre os direitos individuais. Por outro lado, ainda, entendem que a técnica pela qual é requerida expressa autorização da Constituição Federal para possibilitar a intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos individuais demonstra, também, uma preocupação com a segurança jurídica, que tem como efeito a impossibilidade de eventual estabelecimento de limitações arbitrárias ou randômicas. (MENDES; BRANCO, 2012).

A problemática da reserva legal se relaciona com aspectos formais; associados à competência exigida para a criação de restrições, o processo e o meio pelo qual esta se dará, e aspectos materiais, estes ligados ao efetivo exercício dessa competência, em especial no tocante às condições das reservas qualificadas, às restrições impostas pelo princípio da proteção ao núcleo essencial, à execução do princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, do princípio da ponderação. (MENDES; BRANCO, 2012).

A Constituição não dispõe expressamente quanto à possibilidade de intervenção legislativa em relação aos direitos fundamentais sem reserva legal expressa. Estes direitos também estão expostos ao risco de conflitos em decorrência de abusos ou ocorrência de situações únicas. Entretanto, em se tratando de tais direitos, o legislador não pode ultrapassar os limites impostos pelo próprio âmbito de proteção. (PIEROTH; SCHLINK, 2005 apud MENDES; BRANCO, 2012).

Um exemplo clássico disto trata da liberdade de expressão, tema deste trabalho, elencada no Artigo 5º, IX, da Constituição Federal, que dispõe: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>). Tal previsão, apesar de não estar sujeita à reserva legal, pode colidir com outros direitos fundamentais, como os direitos à intimidade, à honra e à imagem, que, por sua vez, também não estão expostos à reserva de lei. (SARLET, 2012).

Para Novais (2003), citado por Freitas (2007), a doutrina europeia cuja influência é observada na Constituição Federal, tem como característica a consagração de um farto rol de direitos fundamentais, do qual se destacam os

direitos de liberdade portadores de um sistema de reservas específico no qual se evidenciam os direitos que não possuem reserva legal expressa específica, além dos direitos que tem reserva legal específica simples e dos que são dotados de reserva legal qualificada; e por fim, há os que enquanto dispostos em norma livre de qualquer reserva legal, são atingidos por estas por intermédio de outras normas. Um exemplo disto diz respeito à garantia ao direito de propriedade, elencada no Artigo 5º, XXII, que depende da atividade legislativa que conformará seu conteúdo e aplicabilidade, mas que também tem condicionada a previsão infraconstitucional através do Artigo 5º, XXIV.

Freitas (2007) explica que na concepção de uma certa corrente teórica, as reservas constituem um escalonamento positivamente determinado, pelo qual, diante da diversa rigidez imposta pela atribuição ou não de reserva legal, e, em havendo, dependendo do tipo de reserva, resultaria que para cada direito fundamental caberia uma diferente possibilidade de resistência à atuação do legislador infralegal, sendo que esta seria objetivamente sujeitável ao conhecimento e ao controle em razão de seus limites. Tal corrente, influenciada pela visão liberal dos direitos fundamentais, vincula-se à teoria externa e dirige decisiva e permanente importância ao sistema de reservas adotado pela Constituição Federal. Este entendimento, possibilita o controle da intervenção legislativa no conteúdo e na execução dos direitos fundamentais, porque autoriza a operação lógica subsuntiva no momento de sua realização.

Há outra corrente que engloba posicionamentos que não aceitam a ideia de que o constituinte crie de forma intencional uma sistemática coerente e estruturada de restrições e limites através de reservas legais. Para esta corrente, ao contrário, independentemente de serem direitos fundamentais nivelados ou, pelo menos, indistintos juridicamente devido às divergentes matizações a eles impostas no tocante a reservas legais constitucionalmente estabelecidas. (NOVAIS, 2003 apud FREITAS, 2007).

Os autores que defendem esse posicionamento entendem que sempre será insuficiente a ideia de apurarem-se possíveis limitações aos direitos fundamentais tendo como base somente as disposições constitucionais, constituindo-se uma teoria dos limites que tenha como ponto de partida as formulações cláusulas de reserva constantes na Constituição, seja pelo aspecto institucional dos direitos fundamentais ou devido à necessidade de se assegurar os direitos dos outros e os valores

relevantes por questões sociais, ou ainda, em razão da existência de uma reserva geral que requeira ponderação para com outros preceitos constitucionais, ou por todas estas razões concomitantemente, encontram-se os direitos fundamentais como expressões técnicas diversas de um tipo de liberdade homogêneo e uno, do qual deriva a menor relevância dos limites constitucionais especificamente referentes a cada direito fundamental, com a conseqüente uniformização tratamento dogmático de tais limites e seus mecanismos de controle. (FREITAS, 2007).

Após discorrer sobre os limites não expressos aos direitos fundamentais na forma da cláusula geral e das reservas legais, passa-se, no capítulo a seguinte, a elencar a visão da doutrina no tocante ao papel da proporcionalidade e o âmbito das restrições a tais direitos.

3.4 Diferenciando o âmbito das restrições à direitos fundamentais e o papel da proporcionalidade

Este capítulo visa traçar diferenciações acerca do âmbito das restrições aos direitos fundamentais e o papel relegado ao princípio da proporcionalidade na problemática dos limites e restrições a direitos fundamentais

Para Sarlet (2012), o princípio da proporcionalidade representa uma das bases do Estado Democrático de Direito no Brasil e é um meio de controle sobre a atividade dos poderes públicos – e, eventualmente, de entes privados. Neste sentido, a distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais torna-se importante, principalmente quanto ao seu aspecto de “deveres de proteção” ou “imperativos de tutela”, pois nestes implicam em um agir positivo por parte do Estado, um dever de intervenção preventiva e/ou repressiva.

Ademais, quanto à aplicação do referido princípio, o autor escreve que

A aplicação da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente [...] utiliza-se, em termos gerais, da mesma análise trifásica [...] aplicada no âmbito da proibição de excesso, guardadas, é claro, as peculiaridades que decorrem da finalidade do exame do devido cumprimento dos deveres de proteção. (SARLET, 2012, p. 341).

No entendimento de Freitas (2007), em frente a um direito fundamental atingido por uma interferência lesiva, após a análise da ofensa ao núcleo essencial com resposta denegatória, ainda não será possível afirmar-se que a restrição ou limite é

constitucionalmente oportuna. Até mesmo em situações que haja comprovação de que o núcleo essencial não foi afetado, a restrição parcial ao conteúdo tido como não essencial deve ser embasada na orientação hermenêutica da proporcionalidade. Só a partir daí, após o exame da restrição, ainda que não incluída a parcela do conteúdo entendida como não essencial (conforme a teoria relativa), partindo-se dos parâmetros instituídos nos subprincípios que forma o princípio da proporcionalidade, é que será possível, seguramente, determinar se tal restrição está ou não constitucionalmente permitida e, portanto, é válida.

Para Alexy (2008), os princípios são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível entre as possibilidades jurídicas e fáticas em disposição. Uma das principais teses da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que tal afirmação implica na máxima da proporcionalidade e suas três subdivisões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e de que dela decorre, de forma lógica, o caráter de princípios atribuído aos direitos fundamentais.

Conforme Bitencourt (2013), o princípio da proporcionalidade se divide em três diferentes dimensões que devem ser severamente observadas para não se ultrapassar os limites dos limites e das restrições, tornando-se uma medida arbitrária e não uma justificativa dos limites e restrições aos direitos fundamentais.

Primeiramente, fala-se em dever de adequação do meio e o dever de necessidade, as quais exigem que no caso concreto se verifique se o fim é legítimo, se era o meio mais adequado, apto, útil e idôneo, no sentido de atingir a finalidade pretendida e, onde ainda se exige a adoção do meio menos gravoso, que a utilização deste meio proporcionou menos desvantagens e afetação a um direito fundamental, seus resultados trazem menores prejuízos. (BITENCOURT, 2013, p. 330).

Os conceitos de adequação e necessidade demonstram a exigência – existente na ideia de princípio – de uma realização máxima diante das possibilidades fáticas. A adequação possui o caráter de um critério negativo, de modo que elimina meios inadequados e exclui algumas coisas sem determinar tudo. Desta forma, ajusta-se à ideia de ordem-moldura, e, como tal, exclui o que não é adequado, mas não determina tudo. (ALEXY, 2008).

A necessidade opera-se de forma semelhante a exigir que, entre dois meios adequados, escolha-se aquele que atue de forma menos intensa. “Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição”. (ALEXY,

2008, p. 591). Diferentemente do que se dá com o exame da adequação, neste caso há uma mera eliminação de meios. Mas, também não é imposta de forma categórica ao legislador a adoção do meio que intervém de forma mais branda. Diz-se apenas que, se o legislador quiser buscar a finalidade escolhida, ele poderá optar pelo meio mais suave, ou outro igualmente suave ou ainda mais suave, o que não constitui uma otimização dirigida a um ponto máximo, mas, tão-somente, a proibição de prejuízos desnecessários aos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008).

Enquanto ordens de otimização, os princípios requerem a realização mais abrangente possível diante das possibilidades fáticas e das jurídicas. As últimas determinam-se, principalmente, pelos princípios colidentes. A proporcionalidade em sentido estrito exprime o significado da otimização relativa aos princípios colidentes. Ela é igual à lei do sopesamento, qual seja: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2008, p. 593).

Ainda, para Alexy (2008), isso demonstra que a otimização referente aos princípios colidentes é o sopesamento. Conforme demonstra a lei do sopesamento, ele pode ser dividido em três etapas: na primeira será analisado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios colidentes; na segunda, a importância da satisfação do outro princípio em questão e; finalmente, na terceira, se a importância da satisfação de um dos princípios justifica a afetação/não-satisfação do outro.

Ademais, quando isoladamente analisados dois princípios em colisão, um destes reduz as possibilidades de concretização jurídica do outro. Isto não se resolve com a invalidação e conseqüente eliminação de um deles do ordenamento jurídico, nem com a inserção de uma exceção a um dos princípios. A solução para tal colisão seria a colocação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios embasada nas peculiaridades do caso concreto, o que consiste em fixar condições pelas quais um princípio terá prevalência em face do outro. (ALEXY, 2008).

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 99), elabora acerca da conexão de relações entre preferências condicionadas e regras, a seguinte lei (em sua versão menos técnica): “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a conseqüência [sic] jurídica do princípio que tem precedência”.

Esta lei, a qual atribui a nomenclatura de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da sua teoria dos princípios. Ela demonstra a natureza e dos princípios enquanto mandamentos de otimização: primeiramente, a inexistência de relações de precedência absolutas e, em segundo lugar, a sua referência a atos e situações não quantificáveis. Ao mesmo tempo, eles são a base para a resposta a objeções que se fundam na proximidade entre a teoria dos princípios e a teoria dos valores. (ALEXY, 2008).

Concluídas as exposições do entendimento doutrinário acerca dos limites expressos e não expressos aos direitos fundamentais, é possível voltar-se para o exame dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que tange aos critérios utilizados para julgar causas em que o uso da liberdade de expressão foi questionado, como será feito no próximo capítulo deste estudo.

4 OS CRITÉRIOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA DEFINIR O ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REALIDADE BRASILEIRA

No presente capítulo far-se-á uma análise dos critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar casos concretos nos quais o exercício da liberdade de expressão foi questionado. Visa-se analisar os acórdãos de situações em que supostamente as partes envolvidas teriam se excedido ou abusado de seu direito à liberdade de expressão.

Para tanto, dividiu-se o capítulo em quatro subcapítulos referentes a possíveis formas de abuso da liberdade de expressão. A cada subcapítulo fez-se uma breve explanação de conceitos relevantes para a compreensão dos julgados e, posteriormente, passou-se à análise exemplificativa dos processos encontrados através das pesquisas.

Tais pesquisas foram realizadas nas bases de jurisprudência disponibilizadas nos sites dos referidos tribunais, quais sejam: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>> e <<http://www.stj.jus.br/SCON>>, referentes, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos campos a serem preenchidos nos sites para a realização das pesquisas, foram os seguintes: no portal do STF; Pesquisa livre: liberdade E (botão disponibilizado pelo site) expressão; Ministro: todos; Data: 22/04/2015 a 22/04/2018 e; Tipos de decisão: apenas acórdãos. Os demais campos não foram preenchidos. Foram encontrados 70 acórdãos no banco de dados do site. Trinta e seis dos acórdãos encontrados não tratavam de assuntos relativos à liberdade de expressão – alguns destes citavam “liberdade de expressão” em referências e outros “liberdade” separadamente de “expressão”.

Outros oito tratavam de processos em que a liberdade de expressão estava em discussão, mas que não se alinham aos objetivos deste trabalho. Alguns dos assuntos abordados nestes acórdãos eram o direito de resposta, a possível inconstitucionalidade de uma lei que trata de serviços de televisão por assinatura, direitos autorais e direito de propriedade de marca.

Já no portal do STJ, preencheram-se apenas os campos: Palavra-chave, com “liberdade de expressão”; Data: de 22/04/2013 a 22/04/2018 e; Tipos de decisões: apenas acórdãos e decisões monocráticas. A pesquisa teve como resultado 58

acórdãos. Dentre os arquivos encontrados, três foram excluídos da análise por não se encaixar no tema abordado neste trabalho. Tais acórdãos tratavam de matéria processual penal, do direito à educação e da exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

Ademais, outros dois casos – ainda que o conteúdo abordasse temas relativos à limitação da liberdade de expressão – não possuíam conexão com o tema desta pesquisa, sendo eles: um recurso especial sobre a proteção de direitos autorais e um recurso ordinário em sede de um processo no qual um assistente de acusação foi destituído de tal função por manifestar-se publicamente em defesa dos réus.

Cabe mencionar que nos subcapítulos referentes ao discurso de ódio e à incitação à violência, mostrou-se necessário realizar uma segunda pesquisa, específica acerca destes crimes. Assim, os números e padrões de busca foram alterados a fim de facilitar a localização de processos para análise, de modo que os números acima expostos não se referem a tais subcapítulos – o que será melhor explicado nos próprios subcapítulos.

4.1 Discurso de ódio

Quanto à conceituação, Prates (2018) define os discursos de ódio pelo que não são, pois estes negam, de forma radical e obsessiva, a troca de ideias, a igualdade diante das diferenças. Desta forma, eles instrumentalizam a liberdade de expressão de maneira a silenciar os outros, sendo estes aqueles que fogem ao padrão ou nos conceitos homogeneizadores do mundo. Assim, buscam fechar a porta pela qual entraram, a qual o direito à liberdade de expressão democrática pretende, historicamente, manter aberta à pluralidade de discursos e vozes.

Conceitos como este conduzem à visualização dos discursos de ódio enquanto gramáticas sociais que se amparam em uma busca intensa a fim de segregar estes “outros”, de excluir da sociedade sua diferença reprovável e insuportável. Portanto, trata-se de um discurso que contém uma única mensagem, a de atacar outras pessoas em razão de características como raça, etnia, religião e identidade sexual. (PRATES, 2018 apud SMOLLA, 1992).

Para Freitas e Castro (2013), o discurso de ódio seria uma variável da liberdade do pensamento e, neste sentido, enquanto mero sentimento de rejeição ou ódio não expressado, não importaria ao Direito. Todavia, após externalizado, o

discurso de ódio gera repercussão na forma de expressão do pensamento, criando, a partir daí, efeitos danosos hábeis a perdurar no tempo dependendo do meio de transmissão utilizado. (WALDRON, 2010 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

Desta forma, a palavra transmitida ao público de forma oral terá um impacto imediato, ao passo que a impressa e publicada, será capaz de gerar danos que repercutirão através do tempo. Em consequência, pode-se afirmar que o impacto do discurso dependerá do meio de divulgação pelo qual foi disponibilizado. Nestes casos, o advento de tecnologias como a *internet* viabiliza um prejuízo de escala global, dificultando a investigação da autoria em razão da questão do anonimato. (MACHADO, 2002 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

De acordo com Freitas e Castro (2013), buscando-se um conceito para discurso de ódio (ou *hate speech*), pode-se observar que este discurso tem como elemento central a expressão de um pensamento que humilha e inferioriza pessoas e grupos sociais. Este discurso visa propagar a discriminação a todos que possam ser considerados “diferentes”, por motivos como etnia, orientação sexual, condições econômicas ou gênero, a fim de realizar sua exclusão social.

Para Thweatt (2001), citado por Freitas e Castro (2013), deve-se salientar que, além da discriminação a grupos minoritários, os discursos de ódio tem como foco a desvalorização do outro. Deve-se apontar também o dano difuso provocado, eis que, ainda que o discurso refira-se a um indivíduo, sua abrangência conterà violência a todo o segmento social a que ele pertence. Logo, constitui um dano indivisível e difuso. (SILVEIRA, 2007 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

Ademais, a discriminação indica, além da diferença, uma assimetria entre pessoas em posições distintas, sendo supostamente superior a daquele que expressa o ódio e, supostamente inferior a daquele a que se dirige a rejeição. A finalidade buscada é humilhar e amedrontar indivíduos ou grupos sociais que, por características pessoais específicas, não seriam dignos de participar da sociedade no mesmo grau que os demais. (WALDRON, 2010 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

Tratando-se da pesquisa jurisprudencial acima mencionada, em relação ao discurso de ódio, não foram encontrados acórdãos nas pesquisas realizadas com a jurisprudência de ambos tribunais com os padrões de pesquisa utilizados inicialmente, de modo que a abrangência da busca foi aumentada. Retirou-se as especificações temporais e manteve-se a relativa ao tipo de decisão em “somente

acórdãos”. Foram encontrados quatro documentos nos arquivos do STF e dois no do STJ.

Alguns dos acórdãos não se enquadravam na temática buscada por este trabalho. Dos quais é exemplo um habeas corpus datado de 1967, haja vista que a noção de discurso de ódio adotada à época diverge bastante da atual. Além do anterior, também não cabe à análise, o Recurso Extraordinário 898450/SP, julgado pelo Plenário do STF, no qual foi discutida a ofensa gerada pela exigência, em edital de concurso público, de ausência de tatuagem no corpo dos candidatos. De modo que “discurso de ódio” é citado como um dos poucos tipos de tatuagens passíveis de intolerância ou reprimenda para a admissão de alguém a um cargo ou função pública. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

No Recurso Especial 1569850/RN, a Sexta Turma do STJ entendeu que a situação questionada configurou discurso de ódio. A questão em debate referia-se a uma postagem em rede social possivelmente incidente no delito do Artigo 20, §2º, da Lei n. 7716/89. Delito este que consiste na expressão de superioridade de uma coletividade racial em relação a outra, o que, para o tribunal, ocorreu no caso concreto em que a parte ré externalizou desprezo pelo povo nordestino ao escrever que estes deveriam ser “olhados com carinho pelo *ebola*”. Assim, decidiu-se pelo provimento do recurso para autorizar a quebra de sigilo requerida (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

A decisão condenatória anterior embasou-se em dispositivo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que orienta a proibição legal de toda propaganda em favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio, seja nacional, racial ou religioso que configure incitação à discriminação, ao crime ou violência. (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

O Recurso Especial n. 1580395, debatido também na Sexta Turma do STJ, abordou caso relacionado ao anterior, referente a outra parte ré, no qual questionava-se a potencialidade lesiva de uma publicação em rede social a configurar o delito do Artigo 20, §2º, da Lei n. 7716/89. Os argumentos foram bastante semelhantes aos do acórdão anterior, incluindo a citação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a decisão pela autorização de quebra de sigilo de dados. (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134682/BA, discutiu-se eventual crime de racismo religioso, na hipótese concreta em que, através de publicação

bibliográfica, o paciente teria incitado os adeptos do catolicismo a realizar resgate religioso à comunidade espírita, a fim de salvá-los. Tal atitude, no entendimento do tribunal, apesar de demonstrar uma ideia de superioridade por parte do acusado em relação aos atingidos, não apresenta sinais de violência, dominação, eliminação ou repressão de direitos fundamentais. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

A despeito de tratar-se de conduta intolerante e prepotente, insere-se num contexto de disputa entre religiões que decorre da liberdade de proselitismo, esta fundamental ao exercício concreto da liberdade de expressão religiosa. Desta maneira, a intenção de atingir outrem, com uso de persuasão, trata-se de um comportamento intrínseco às religiões deste gênero. Com este fim, não se mostra ilícita, *per si*, a comparação entre diversas religiões, inclusive com expressão de certa hierarquização entre elas. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O discurso discriminatório propriamente criminoso apenas se dá após três fases indispensáveis, quais sejam:

Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Além disto, a conceituação jurídica referente ao racismo não pode se pautar em referências raciais oriundas de constatações científicas já superadas. A imprescritibilidade de atos racistas deve ser verificada conforme os aspectos político-sociais estabelecidos pela Lei 7.716 de 1989, que inclui condutas motivadas por razões de ordem religiosa aptas a se qualificarem como preconceituosas ou discriminatórias. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Desta forma, seria impossível, diante da tipicidade conglobante, coibir penalmente um ato autorizado pelo ordenamento jurídico. Portanto, decidiu-se pela atipicidade da conduta, dando-se provimento ao recurso para determinar o trancamento da ação penal respectiva. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

No Habeas Corpus 109676/RJ, julgado pela Primeira Turma do STF, o impetrante buscava a declaração de inconstitucionalidade do §3º do Artigo 140 do Código Penal, que prevê o crime de injúria qualificada. Isto porque entende que a sanção penal nele prevista (de um a três anos de reclusão) fere o princípio da proporcionalidade por não refletir a gravidade da referida infração, que seria inferior à prática de racismo. Propõe o afastamento da cláusula de inafiançabilidade e imprescritibilidade prevista no artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal. (BRASIL, 2013, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O Artigo 2º da Lei n. 9459/97 acrescentou o tipo qualificado ao delito de injúria (o §3º do artigo 140 do Código Penal) visando evitar as diversas absolvições que ocorriam a pessoas que insultavam outras com uso de ofensas de conteúdo discriminatório e escapavam da aplicação da Lei n. 7716/89 (discriminação racial) por supostamente não estarem incorrendo em práticas segregacionais. Assim, respondiam por injúria simples e eram absolvidas ao afirmar que estavam apenas manifestando sua opinião sobre determinado assunto. Portanto, a nova legislação teve por objetivo a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana a que está vinculado o Estado, além do dever de respeito e proteção das pessoas em face de humilhações, eis que veda-se a liberdade que fira direito alheio – neste caso, o direito à honra subjetiva. (NUCCI, 2000 apud BRASIL, 2013, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Para o tribunal, não há a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade porque a pena designada à injúria por discriminação surge diante da necessidade de assegurar os princípios da dignidade pessoa humana, da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, além do valor da harmonia inter-racial e do repúdio ao discurso de ódio. Ademais, incidiu no caso concreto a impossibilidade de o STF agir como legislador positivo, o que seria necessário se acolhida a tese de inconstitucionalidade. Também a pretensão do impetrante de reconhecimento da atipicidade ou desclassificação para injúria simples demandaria o reexame da matéria fático-probatório, vedado na via utilizada, de modo que foi indeferido o processo. (BRASIL, 2013, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

4.2 Incitação à violência

A incitação à violência trata-se de um crime tipificado no Artigo 286 do Código Penal Brasileiro que veda a incitação pública da prática de crime. O dispositivo encontra-se no título IX do referido Código, que elenca os crimes contra a paz pública. (BRASIL, 1940, <www.planalto.gov.br>). Assim, o bem jurídico protegido não é aquele sujeito à lesão, mas a paz pública. A ideia é criminalizar atos que, se não coibidos, poderão causar riscos efetivos à coletividade. (CAPEZ, 2011 apud ZAMPIERI, 2016).

Além disto, a criminalização das condutas constantes no título IX visa evitar fatos que gerem intranquilidade, alarde e insegurança à sociedade, englobando ocorrências que, ainda que não afetem diretamente direitos individuais ou sociais, constituam atitudes preparatórias da prática de delitos. (MIRABETE; FABBRINI, 2007 apud ZAMPIERI, 2016).

Conforme Zampieri (2016), tratando-se especificamente da incitação à violência, a conduta criminosa se estabelece pela indução, provocação ou instigação pública, à prática de um crime determinado. Esta atitude deve, necessariamente, ser realizada em público, de modo que seja percebida por um número indeterminado de pessoas.

No julgamento do Inquérito 3932/DF, realizado pela Primeira Turma do STF – e melhor abordado a seguir –, o tribunal conceituou a incitação ao crime (ou à violência) como um delito que afronta a paz pública. Desta forma, ele constitui ofensa a um bem jurídico diverso daquele que é atacado pela prática do crime instigado pela respectiva incitação. A incitação ao crime engloba a influência psicológica que visa gerar em outrem uma intenção criminosa até o momento inexistente e; a instigação propriamente dita, que intensifica uma intenção delituosa já existente. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Portanto, o tipo penal previsto no Artigo 286 do Código Penal abrange qualquer prática hábil a criar ou aumentar a intenção de cometer o crime. Neste sentido, tratando-se de um crime formal, de perigo abstrato, sua constatação não depende da produção de resultado naturalístico. É, em verdade, fundamental que a conduta criminosa do agente limite-se a este “estímulo”, sem uma interferência direta na decisão delituosa do incitado, sob pena de tornar-se, de fato, um partícipe, e não instigador, do crime. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Voltando-se à análise jurisprudencial, novamente, em relação à incitação à violência, nenhum dos julgados encontrados na jurisprudência do STJ e do STF tratavam de tal tema, motivo pelo qual ampliou-se novamente a abrangência temporal da pesquisa. No site do STJ, a pesquisa foi realizada sem qualquer limitação ou especificação de tempo. Foram encontrados diversos acórdãos, dos quais selecionou-se para análise os vinte mais recentes. No site do STF, por sua vez, também mostrou-se necessário realizar a pesquisa sem limitações temporais. No entanto, foram analisadas apenas decisões na forma de acórdãos, das quais foram encontradas quatro.

Em nove acórdãos encontrados, o termo “incitação” referia-se a uma infração cometida por detentos no interior da penitenciária. Em outros três acórdãos, o termo foi usado em um contexto diverso. Um acórdão do STF e quatro do STJ tratavam do crime de tumulto, incitação à violência ou invasão de local restrito aos competidores em eventos esportivos, previsto no Artigo 41-B da Lei n. 10.671 de 2003. Em um Mandado de Segurança, tratou-se da negativa de concessão de visto brasileiro a um estrangeiro envolvido em práticas incitatórias de violência. Em um acórdão, a despeito de tratar-se de acusação de incitação ao crime (entre outras acusações), não há informações sobre a ocasião em que se deu o delito ou qualquer argumentação sobre este na íntegra do acórdão, uma vez que a controvérsia a motivá-lo foi o cumprimento da pena. Ademais, cabe mencionar que alguns dos demais julgados possuem pouca fundamentação – em muitos destes a discussão central não residia na ocorrência ou não do delito em comento –, de modo que tornou-se possível somente uma breve exposição de seu conteúdo.

No Agravo em Recurso Especial 1253447/SP, decidido monocraticamente, argumentou-se que houve incitação à violência contra um acusado que respondia por crime sexual contra uma criança. A incitação teria sido realizada pelo apresentador de um programa jornalístico, que se referiu à vítima de forma agressiva, além de divulgar alguns de seus dados pessoais. Decidiu-se que tal atitude ultrapassou o direito da imprensa de informar. Ressaltou-se que nenhum direito fundamental é absoluto, não passível de restrições e limites. Desta forma, manteve-se a decisão anterior com a condenação à remoção do conteúdo da *internet* e da programação televisiva e indenização por danos morais. (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

No Recurso Especial 1674025, outra decisão monocrática, vários réus foram acusados de diversos crimes, sendo um deles a incitação à violência. A narrativa da denúncia informou que em tempo e local indeterminados, os denunciados praticaram e incitaram condutas discriminatórias contra judeus, explicitando fazerem parte de um movimento *skinhead* conhecido por tais práticas. Entretanto, decidiu-se pela inépcia da denúncia, por ter sido confeccionada de forma genérica e impessoal, sem relacionar qualquer acusado a uma conduta concreta ou descrever minimamente a situação dos delitos. Por tal razão, decretou-se a despronúncia de todos os réus em relação a alguns delitos que incluem a incitação à violência. (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

Decisão semelhante foi proferida em um Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, em que vários réus foram acusados de vários crimes ocorridos durante invasões à terras. Em sede de apelação reconheceu-se a prescrição do crime de incitação à violência. Em relação aos demais, foi decretado o trancamento da ação penal respectiva em razão da deficiência na elaboração da denúncia, que não descrevia eficientemente os fatos e supostos culpados.

Um dos acórdãos, o já mencionado Inquérito 3932/DF, realizado pela Primeira Turma do STF, referia-se a um caso de ampla repercussão nacional em que um deputado federal proferiu ofensas a outra parlamentar, que incluíam uma frase em que afirmou que não a estupraria por ela não o merecer. O parlamentar foi acusado de incitação ao crime de estupro em razão de tal declaração. O tribunal recebeu a denúncia, afirmando que a apuração do crime deverá ser efetuada na ação penal. Houve a exposição dos argumentos abaixo analisados. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Entendeu-se que o uso da palavra “merece” em tal contexto visou atribuir a este delito de alta gravidade a qualidade de um prêmio ou favor, além de denotar uma ideia de que o homem estaria em posição de julgar quais mulheres mereceriam ser submetidas a tal prática. Tal atitude implicou na relativização e desprezo do valor dos bens jurídicos protegidos pela criminalização do estupro, o que reforça e perpetua traços culturais do país que subjagam a mulher e tendem à culpar a vítima pela ocorrência do referido crime. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O fato também repercutiu em uma campanha nacional contra o crime, manifestada na *internet*, demonstrando que houve uma ofensa grave a todas as

mulheres do país. Além disso, como já referido, a constatação da prática do delito de incitação ao crime independe de resultado naturalístico. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Assim, para o tribunal, as declarações relatadas na denúncia demonstram potencial de intensificar um propósito já existente de incorrer no crime incitado. Também entendeu-se que a conduta coaduna-se com o tipo penal referente à injúria, por submeter a vítima à humilhação pública. Constatou-se a incidência de *animus injuriandi* e *animus offendendi*. Ademais, foi afastada a imunidade parlamentar material em razão das manifestações não possuírem relação com a atividade política, ainda que tenham sido realizadas durante uma entrevista à imprensa que ocorreu no gabinete do deputado. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O tribunal também fez referência à diversas normas de proteção da mulher, como a Lei 11.340 de 2006 (“Lei Maria da Penha”) e diversos tratados internacionais relativos à proteção da mulher, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela Organização das Nações Unidas, aos quais o Brasil se submete. Além disso, salientou-se que a interpretação do ordenamento jurídico deve visar a máxima eficácia aos direitos humanos e fundamentais, consoante determinações do direito interno e das Convenções e Tratados Internacionais internalizados. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Outro acórdão encontrado, de apenas onze páginas, os Embargos Declaratórios no Inquérito 3862/DF, julgado pela Primeira Turma do STF, questionou uma possível ofensa aos povos indígenas, constituindo incitação à violência e racismo por parte de um parlamentar. A discussão central deste julgado residiu na legitimidade ativa. No entanto, manteve-se a decisão anterior, que, além de referir-se a questões processuais, entendeu que as declarações questionadas, por sua natureza, não visavam ofender a um grupo, mas a um agente público determinado. (BRASIL, 2014, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

4.3 Censura

Conforme escrevem Paulo e Alexandrino (2010), em complemento às normas constitucionais que garantem a liberdade de expressão, o inciso IX do Artigo 5º prevê a vedação à censura prévia, com a seguinte redação: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No entendimento de Moraes (2003), censura prévia é o controle, a análise ou a exigência de autorização a qual se submete, previamente e de forma vinculada, qualquer texto ou programa que vise a exibição ao público. O aspecto preventivo e vinculante é o que define a censura prévia, cujo objetivo antidemocrático é a restrição à livre manifestação do pensamento. Este tipo de censura é totalmente afastado pela Constituição. Todavia, isto não significa que a liberdade de imprensa possui caráter absoluto, não portando restrições em face de outros direitos fundamentais, eis que a responsabilização posterior daquele que veicular notícias de cunho difamante, injurioso ou mentiroso, sempre será possível, quando constatados danos materiais e morais.

Ademais, entende Kushnir (2004), citada por Carvalho (2014), que toda censura possui um caráter intrinsecamente político, independentemente de seu foco repressivo direcionar-se às diversões públicas ou às atividades da imprensa.

Quanto à pesquisa de jurisprudência, nos resultados da pesquisa no site do STJ, foi encontrado um acórdão referente à censura: o Agravo Regimental no Recurso Especial 1557554/MG, no qual a parte ré foi acusada de utilizar-se de seu poderio enquanto Prefeito Municipal para intervir na programação de uma emissora local, a fim de dirigir a veiculação de notícias e imagens de acordo com seus interesses políticos e com intuito de denegrir a imagem de seu adversário eleitoral. Por tal motivo, o tribunal *a quo* entendeu que houve ato de improbidade de sua parte. No entanto, o recurso foi improvido em razão do disposto na Súmula 7 do STJ, que veda o reexame probatório em sede de recurso especial.

Já na pesquisa realizada no site do STF, foram encontrados sete acórdãos referentes à censura. Quatro destes processos referiam-se a pedidos de proibição da veiculação de determinados conteúdos. As partes ativas solicitaram a exclusão de conteúdos a seu respeito da *internet* ou que o tribunal determinasse a proibição de divulgações futuras. O tribunal demonstrou entendimento de que a proibição

prévia é incabível, por constituir censura prévia. A retirada posterior é possível se o conteúdo tiver dolo de ofender, caluniar ou difamar (o que será melhor abordado no subcapítulo seguinte), o que não ocorreu em tais casos.

Desta forma, conforme entendimento corroborado na Reclamação 22.328/RJ, devem ser preteridas medidas *a posteriori* e que não ensejem a proibição da divulgação do conteúdo. O abuso no exercício da liberdade de expressão possui diversos meios de reparação, como a retificação, a retratação, o direito de resposta, a responsabilização civil e/ou penal e a interdição da divulgação (sendo que esta última só em casos extremos). (BRASIL, 2018, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Um outro processo buscou a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata do horário de exibição de programação inadequada para o público infantil e juvenil. A ação foi procedente com base no entendimento de que o dispositivo constitui censura ao determinar a proibição da exibição dessa programação em determinados horários. A lei deve se limitar a recomendar um horário para as programações. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O tema exigiu um sopesamento entre liberdade de expressão e proteção da criança e do adolescente. Para o tribunal, o equilíbrio destes direitos no caso concreto se dá através da classificação indicativa, pela qual as emissoras de televisão devem informar para qual faixa etária o conteúdo é indicado. Em outro processo de demanda semelhante, o tribunal determinou que uma publicação jornalística embalasse seus produtos para dificultar o acesso do público infantil e juvenil.

O último acórdão referente à censura tratava da questão das biografias não-autorizadas. A Ação foi julgada procedente, determinando a interpretação conforme à Constituição dos Artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, tornando inexigível a autorização prévia de pessoas biografadas e de outras citadas em obras do gênero. Isto porque a exigência de autorização prévia, para o STF, constituiria censura prévia. (BRASIL, 2015, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

4.4 Proteção à intimidade e vida privada

O Artigo 5º, inciso X² da Constituição prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra e imagem das pessoas. Segundo Moraes (2003), o dispositivo define os limites impostos à liberdade de manifestação do pensamento e ao acesso à informação, vedando ofensas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Para Moraes (2003, p. 62), “os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”. A proteção a que se refere o Artigo 5º, inciso X, inclui pessoas físicas e jurídicas, além da segurança da própria imagem diante dos meios de comunicação em massa.

De acordo com Tavares (2012), o direito à privacidade assegura ao seu titular a faculdade de divulgar ou não os seus dados, informações, expressões e referências pessoais, e, havendo divulgação, a decisão de como, quando e a quem esta se dará. Estes elementos são os decorrentes da vida familiar, como fatos, hábitos, atitudes, ideias, segredos, entre outros. O direito à privacidade é compreendido de forma a englobar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, além da inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, etc.

Os conceitos constitucionais da intimidade e da vida privada estão fortemente ligados, mas podem ser diferenciados através da menor amplitude do primeiro, que é incluído no âmbito de abrangência do segundo. Desta forma, a intimidade está relacionada com as relações subjetivas e íntimas das pessoas (familiares e afetivas), ao passo que a vida privada trata dos demais relacionamentos humanos, como os de cunho trabalhista, comercial, acadêmico, etc. No âmbito familiar, estes direitos devem ser lidos de forma mais ampla, em razão da delicadeza e do sentimento envolvidos nestas relações, de modo que exige-se maior cuidado com eventuais interferências externas. (MORAES, 2003).

Tavares (2012) entende que intimidade implica em tudo que importe única e exclusivamente à própria pessoa, sua maneira de ser e agir em situações mais reservadas ou que excluam terceiros. A intimidade representaria uma camada mais

² Artigo 5º, inciso X: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

reservada, de acesso vedado ou muito restrito, ao passo que a vida privada teria uma camada protetiva menor – o que não significa divulgação irrestrita ou dispensa de autorização para tanto.

Para Tavares (2012), a distinção não é simples. Ele entende que a ideia de vida privada refere-se ao modo de ser, agir e viver em público, de cada pessoa. Significa o reconhecimento do direito individual a um estilo de vida próprio. Envolve seus relacionamentos com o mundo exterior e relações privadas (família, amigos, etc.) e seu comportamento individual em casa ou outro local reservado. Também envolve a possibilidade de viver sem a intromissão de terceiros, o que repercute na proibição à sociedade e ao Estado, de infiltrar-se na vida privada do cidadão ou divulgá-la publicamente, bem como a proibição de reserva de informações que se refiram tão-somente à privacidade de cada um – exceto se houver autorização da própria pessoa interessada.

Em relação a pessoas que exercem atividade política ou a artistas, devem ser lidos de forma mais restrita, necessitando-se de uma tolerância maior na interpretação do que constitui ofensa à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada. Isto porque a população em geral está submetida a uma forma especial de fiscalização pela população e pela mídia, enquanto as – assim chamadas – pessoas públicas, pelo próprio caráter da atividade profissional, estão constantemente expostas à mídia. Ressalte-se que esta interpretação mais restritiva não repele a proteção constitucional contra ofensas desproporcionais e sem relação com a atividade realizada. (MORAES, 2003).

Ademais, em relação ao direito à privacidade, Moraes (2003, p. 71) escreve:

[...] a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; c) os ataques à sua honra e reputação; d) sua colocação em perspectiva falsa; e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; f) o uso de seu nome, identidade e retrato; g) a espionagem e a espreita; h) a intervenção na correspondência; i) a má utilização de informações escritas e orais; j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

Conforme o entendimento de Tavares (2012), o direito à honra, por sua vez, não está completamente inserido no direito à privacidade. A honra constitui uma soma das características que individualizam um cidadão e formam o respeito da sociedade em relação a ele, seu nome e a identidade que o diferencia dos demais

no convívio social. O cidadão tem direito a preservar sua honra pessoal, que é fundamental na vida em sociedade. Desta forma, tudo que fere sua honra e faz parte de sua privacidade deve ser resguardado.

Por tal motivo é que nos crimes contra a honra não se admite, por exemplo, no caso da difamação, a exceção da verdade. Ainda que a prática imputada à pessoa seja verdadeira, pelo simples fato de ferir sua dignidade e a honra subjetiva, a eventual comprovação do fato não poderá gerar benefícios ao seu divulgador. “Não depende do aspecto subjetivo nem da verdade objetiva, mas sim da normativa. A tutela da honra decorre da dignidade, não da busca da veracidade”. (TAVARES, 2012, p. 690).

O direito à imagem é consagrado nos incisos V e X do Artigo 5º da Constituição³ e trata da apresentação, mediante desenhos, publicações ou obras, de uma figura, coisa ou pessoa. É definido como a proteção da imagem física de uma pessoa, em face de um ato que a represente ou vise reproduzi-la em fotografias, pinturas, gravuras, filmagens, etc. Abarca a constituição física da pessoa nas mais diversas dimensões, seja silhueta, contorno ou partes do corpo. (TAVARES, 2012).

Para Moraes (2006) citado por Paulo e Alexandrino (2010), é necessário diferenciar as informações pessoais dos fatos que são de interesse público, porque as primeiras tratam de questões íntimas e pessoais, protegidas pelo direito à vida privada, e não podem ser expostas de formas humilhantes ou vexatórias.

Quanto à pesquisa jurisprudencial, dentre os acórdãos encontrados na jurisprudência do STJ, trinta e nove tratavam da tutela da intimidade e da vida privada, sendo que em trinta deles houve entendimento de que restou figurada a ofensa a tais direitos e a conseqüente condenação em danos morais e/ou materiais.

Os critérios do Tribunal para motivar tais entendimentos costumam ser a intenção difamatória ou vexatória (*animus diffamandi*); o uso de expressões/adjetivos pejorativas e/ou ofensivas; a veracidade dos acontecimentos expostos – principalmente nos casos de crimes cometidos por pessoas públicas – e; tratando-se mais especificamente de demandas envolvendo matérias jornalísticas questionadas, intenções que vão além da mera narrativa de fatos (ou *animus narrandi*) ou da exposição de críticas (*animus criticandi*).

³ A saber: Artigo, 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além disso, os julgados falam em sopesamento entre os direitos da personalidade *versus* o direito à liberdade de expressão (tanto enquanto manifestação do pensamento quanto acesso à informação) e ressaltam que nenhum direito fundamental é absoluto, cabendo-lhes restrições. Sobre conflitos entre direitos fundamentais, cabe citar um trecho do Recurso Especial 1624388/DF, no qual são elencados alguns elementos a serem relevados pelo tribunal nestes casos:

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, para situações de conflito entre tais direitos fundamentais, entre outros, os seguintes elementos de ponderação: a) o compromisso ético com a informação verossímil; b) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e c) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*). (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

O histórico da repressão à liberdade de expressão no Brasil é destacado pelo STF, também como argumento para embasar decisões. Conforme entendimento sedimentado na Reclamação 22328/RJ, a Constituição de 1988 foi minuciosa em relação à proteção da liberdade de expressão em razão da censura ocorrida durante o regime militar. A restrição a esse direito fundamental é exceção, portanto, o ônus argumentativo é de quem busca restringi-lo ou limitá-lo, não cabendo à parte que defende a liberdade. (BRASIL, 2018, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Em vinte três dos processos encontrados no STJ, a previsão da já citada Súmula 7 do STJ incidiu, vedando o reexame fático-probatório de todas ou algumas das questões recorridas e resultando em negativa de provimento, mantendo as decisões prolatadas pelos tribunais *a quo*.

Na jurisprudência do STF, dezessete acórdãos sobre este tema foram encontrados. Em três deles incidiu o óbice da Súmula 279 do STF, que veda o uso de recurso extraordinário para mero reexame probatório. A argumentação seguiu os parâmetros anteriormente abordados, com inclusão de outras questões levantadas.

Uma destas é, conforme decidiu o STF no Inquérito 3.925/DF, a tolerância constitucional em relação ao exercício da liberdade de expressão realizado por parlamentares em atividade, às vezes em manifestações que, feitas por outrem, seriam consideradas abusivas. A justificativa desta tolerância adicional seria assegurar um bem maior, a democracia. Prefere-se um parlamentar livre para expor suas suspeitas acerca de outros agentes públicos – ainda que de forma abusiva e

criminosa – do que um parlamentar acuado por receio de sofrer um processo criminal. Por este motivo, o ministro entende que, em situações limítrofes, nas quais não esteja clara a conexão entre a atividade de parlamentar e as ofensas eventualmente proferidas a seu pretexto, mas que também não se possa, de plano, determinar que extrapolam o exercício do mandato, deve prevalecer a regra da imunidade. (BRASIL, 2015, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Em outros nove processos a controvérsia tratava de acusações por crime de desacato, em que os acusados alegaram que a tipificação de tal crime contraria o direito à liberdade de expressão. Invocaram os Artigos 5º, incisos IV, VIII e IX, e 220 da Constituição e o Artigo 13 Convenção Americana de Direitos Humanos. O entendimento do Tribunal em oito destes casos foi de que a tipificação do crime de desacato não afronta a liberdade de expressão, porque, assim como os outros direitos fundamentais, ela não tem caráter absoluto. Neste sentido, citou-se uma recente decisão, proferida pela Terceira Seção do STJ, Habeas Corpus 379269/MS, na qual uniformizou-se o entendimento acerca da manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico nacional. Além disto, também entendeu-se que o Pacto de São José da Costa Rica possui função meramente instrutória.

Entretanto, no Recurso Especial 1640084/SP, entendeu-se que tais acordos internacionais têm força supralegal, atuando na ampliação de direitos fundamentais. Corroborando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o tribunal entendeu que a tipificação do crime de desacato contraria o pensamento humanista e desnivela agentes públicos de particulares. Também limita a liberdade de expressão dos indivíduos ao gerar o medo de incorrer em tal crime. O recorrente teve sua acusação afastada em relação a este delito. (BRASIL, 2017, <http://www.stj.jus.br/SCON>>).

Dois acórdãos encontrados na pesquisa do STF tratavam desta matéria. Ambos sustentavam o entendimento de que o crime de desacato não é inconstitucional. Os argumentos foram semelhantes aos da corrente majoritária do STJ.

Ademais, quatro processos do STJ tratavam de pedidos de remoção de conteúdos ofensivos ou invasivos de páginas da *internet*. O entendimento do tribunal, nestes casos, é de que as páginas demandadas tem responsabilidade solidária pelos conteúdos publicados, juntamente com aqueles que os publicam. Consequentemente, devem ser responsabilizadas apenas em relação à remoção

posterior destes conteúdos, pois restringir publicações previamente poderia acarretar em uma espécie de censura prévia.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto nos capítulos do presente trabalho, pôde-se compreender como a jurisprudência dos tribunais consultados trata questões relativas ao uso abusivo da liberdade de expressão e as medidas adotadas quando constatadas ocorrências neste sentido. Realizada a exposição a respeito do entendimento doutrinário acerca do direito à liberdade de expressão e da teoria dos limites expressos e não-expressos aos direitos fundamentais, fez-se uma análise qualitativa e quantitativa dos julgados pesquisados, através da qual foi possível observar a aplicação das teorias doutrinárias estudadas em casos concretos.

No segundo capítulo⁴, expôs-se o histórico normativo do direito à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando-se como o direito foi previsto em cada uma das constituições nacionais, juntamente com uma breve contextualização histórico-social, através da qual buscou-se passar uma ideia dos fatos que ensejaram as respectivas legislações. Além disto, apresentou-se a conceituação doutrinária acerca do que constitui a liberdade de expressão, com enfoque no que tal conceito engloba. Para além da divisão entre manifestação do pensamento e acesso à informação, abordou-se todas as formas de expressão protegidas pelos comandos constitucionais que instituem este direito.

No capítulo seguinte, o terceiro deste estudo, foram apresentadas as teorias acerca dos limites expressos e não-expressos impostos aos direitos fundamentais. Viu-se que o direito à liberdade de expressão – assim como os outros direitos deste gênero – é limitado e restringido de diversas formas, seja pelo constituinte, pelo legislador infraconstitucional, pela sociedade, pela doutrina e jurisprudência. E que tais limites e restrições, em geral, visam resguardar outros bens jurídicos eventualmente ameaçados, ou mesmo afetados negativamente, pelo exercício irrestrito da liberdade de expressão.

Por fim, no quarto capítulo, observou-se a aplicação das referidas teorias e normas legais em casos concretos, mediante o exame da jurisprudência dos tribunais escolhidos. As diversas formas de restrição e limitação aos direitos fundamentais, e sua finalidade de resguardar um outro direito possivelmente afetado pela liberdade de expressão, puderam ser observadas de forma prática nesse

⁴ Isto porque o primeiro capítulo é a Introdução.

capítulo, através da leitura e da breve exposição do conteúdo dos processos encontrados na pesquisa de jurisprudência.

Quanto à identificação dos critérios adotados para determinar se o exercício da liberdade de expressão questionado foi abusivo ou gerou danos à direitos fundamentais alheios, observou-se que muitos elementos são considerados. Sendo que, alguns deles variam de acordo com o caso concreto e com o tipo de abuso e/ou ato ilícito supostamente cometido. Há que se ressaltar que, muitos destes possuem características específicas ou elementos próprios do tipo penal suscitado no processo. Também denota-se que os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça são praticamente os mesmos e, conseqüentemente, as decisões expõem entendimentos semelhantes ou iguais sobre as mesmas matérias.

Assim, os aspectos e argumentos considerados pelos julgadores em seus votos decisivos, são: o histórico do país em relação a direitos fundamentais – mais especificamente, a repressão sofrida nos períodos não-democráticos e sua repercussão no extenso rol de direitos e garantias estabelecidos na atual Constituição –; o dolo do agente, qual seriam suas intenções ao praticar o ato questionado judicialmente; a ocasião em que ocorreu a manifestação; a questão da imunidade parlamentar material; as conseqüências do ato questionado na fruição dos direitos fundamentais daquele que supostamente foi afetado por ele; a ponderação entre dois direitos fundamentais colidentes – a qual foi observada de diversas formas distintas, uma vez que, entre os casos analisados havia colisão entre vários direitos fundamentais distintos, que exigiram a aplicação do sopesamento para sua solução e; outros, que referiam-se a características específicas dos casos concretos.

Ressaltou-se em vários dos julgados o caráter não absoluto dos direitos fundamentais e que estes possuem restrições e limitações expressas e não-expressas. Viu-se a aplicação, por parte dos tribunais, das teorias anteriormente referidas em alguns dos processos. Pôde-se observar a aplicação dos limites: constitucionais e legais, em julgados fundamentados com base em direitos fundamentais colidentes com a liberdade de expressão e as limitações e restrições impostas por leis e tratados internacionais nos processos em que tais normas foram elencadas como fundamento jurídico; jurisprudenciais e doutrinários, naqueles em que a argumentação dos julgadores pautou-se em decisões anteriores ou

conceituações da doutrina e; histórico-sociais, em que a História do Brasil e o contexto político-social influenciou e/ou baseou a decisão do tribunal.

Além destes critérios, como já mencionado anteriormente, algumas decisões proferidas tiveram como fundamento características ou previsões legais específicas daqueles temas. São exemplos disto a utilização de legislação protetiva dos direitos das mulheres no caso em que se discutiu incitação ao crime de estupro; a questão do proselitismo religioso, característica particular e inerente à manifestação das religiões, que foi levada em consideração no acórdão que discutiu uma possível discriminação deste gênero e; em casos referentes à injúria racial, salientou-se que o crime foi tipificado em resposta à impunidade ocorrida em diversas ocorrências do gênero e à normatização de condutas discriminatórias de raça no país.

Por fim, em relação às medidas aplicadas pelos tribunais quando verificada a ocorrência de excessos, é possível vislumbrar – o que já havia sido estudado no exame da doutrina especializada – a preferência por medidas posteriores, a fim de se evitar restrições prévias a direitos fundamentais, que, posteriormente, podem ser identificadas como injustas ou desproporcionais. Há um entendimento de que a liberdade de expressão – em todas as suas formas – deve ser mantida até a constatação em processo judicial de que houve abuso deste direito. Somente após constatado um uso abusivo do desta liberdade é que poderá ser aplicada a sanção – civil e/ou penal – cabível, que, como exposto anteriormente, pode ser: a determinação de remoção de algum conteúdo da *internet* ou a publicação de retificação; a concessão de direito de resposta; o pagamento de indenização relativa a danos materiais e/ou morais ao ofendido; ou ainda, a condenação em algum dos crimes citados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito constitucional descomplicado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81-87.

BITENCOURT, Caroline Muller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. *Revista do direito*, v. 2, n. 49, mai./ago. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível

em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. Emenda Constitucional (1969). Emenda Constitucional nº 1. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial 1253447*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 13 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo em recurso especial 1203053/RJ*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 12 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no recurso especial 1557554/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1674025*. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1640084*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 01 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1569850*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial 1580395/DF*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de junho 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade 2.404*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130*. Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 15 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos Declaratórios no Inquérito 3862*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 109676*. Relator: Ministro Luis Fux. Brasília, DF, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.088*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 01 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3932*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 3.925*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 22.328*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus 134682*. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional & teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. *Revista da faculdade de direito UFPR*, v. 59, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*, de 22 de novembro de 1969. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, R. S. CASTRO, M. F. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 66, jul. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

GOMES, Marcos Emílio et al. *A constituição de 1988, 25 anos: a construção da democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da constituinte*. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*, 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*, 16 de dezembro de 1966. XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

PRATES, Francisco de Castilho. Discursos de ódio e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: enfrentando os desafios à liberdade de expressão. *Revista da faculdade de direito UFPR*, v. 63, n. 1, abr. 2018. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAMPIERI, J. M. M. *Um tapinha que pode custar caro à liberdade de expressão*. 2016. 105 f. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br>>. Acesso em: 16 jun. 2018.