

ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

**INTERPRETAÇÃO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EX-
PRESSÃO:**

**REFLEXÕES SOBRE O “QUEM”, “QUANDO” E “O QUÊ” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMEN-
TO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de mestre

Orientador: Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2016

ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

INTERPRETAÇÃO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

REFLEXÕES SOBRE O “QUEM”, “QUANDO” E “O QUÊ” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área de Concentração: Direito do Estado

Orientador: Prof. Dr. Roger Stiefelmann
Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo
2016

Nome: ADRIANA FRAGALLE MOREIRA

Título: INTERPRETAÇÃO E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO:
REFLEXÕES SOBRE O “QUEM”, “QUANDO” E “O QUÊ” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Data da defesa: _____

Banca examinadora

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal

Universidade de São Paulo

Prof. Dr. _____

Universidade de São Paulo

Prof. Dr. _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Vera Lúcia e Israel, pelo constante apoio e incentivo.

Ao meu marido, Eduardo, pelo companheirismo e paciência.

Ao Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, pelos questionamentos, sempre instigantes, que propiciaram crescimento e viabilizaram o presente estudo.

RESUMO

Apesar de ser considerada há muito tempo e por inúmeras nações e organizações internacionais como um valor fundamental, a liberdade de expressão é, até hoje, objeto de muitas incertezas e indefinições, especialmente quanto à sua aplicação prática em um cenário em que outros direitos e valores constitucionais estão envolvidos. O presente estudo parte da análise da estrutura do ato comunicativo, especificamente da análise da identidade dos sujeitos da comunicação, do fator temporal e do conteúdo ou mensagem, para aferir se a valoração jurídica da expressão do pensamento é condicionada por esses elementos. A partir disso, o presente trabalho propõe critérios para que a interpretação e a aplicação da liberdade de expressão sejam imbuídas de segurança jurídica, de modo a garantir própria efetividade dessa liberdade que se configura como um valor tão caro às sociedades democráticas.

ABSTRACT

Despite being considered as a fundamental value for several centuries and for many nations and international organizations, freedom of speech is, until present time, the object of much uncertainty, especially regarding its practical application when other rights and constitutional values are involved. The present study analyses the structure of the communicative act, specifically the identity of interlocutors, the time factor and the content or message, to assess if the legal value of the expression of thought is conditioned by these elements. From that, the present work proposes criteria to a rational and secure interpretation and application of freedom of speech, so as to guarantee the effectiveness itself of this liberty, that is so dear to democratic societies.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO GERAL.....	1
1.1. Tema, justificativa e metodologia	1
1.2. Limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos fundamentais	16
1.3. Valor e mérito do estudo comparado da liberdade de expressão	22
2. O “QUANDO” DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: O TEMPO E O ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	31
2.1. Considerações introdutórias: o tempo e a liberdade de expressão	31
2.2. O chamado “direito ao esquecimento”: caso Lebach (1973), REsp 1.334.097 e Google v. AEPD	33
2.3. Lebach 2 (1999), Plon v. France e caso Aida Curi: a perspectiva inversa.	43
2.4. Liberdade de expressão, estados de emergência e instabilidade política.	54
2.5. Liberdade de expressão e processo eleitoral: ADI 3.741 e ADI 4.451 MC-Ref	62
2.6. A influência do tempo nos conflitos envolvendo a liberdade de expressão.....	69
3. O “QUEM” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: INTERLOCUTORES E LEGITIMIDADE	77
3.1. Considerações introdutórias: os sujeitos da comunicação e a liberdade de expressão.....	77
3.2. A quem diz respeito a manifestação do pensamento (parte 1)? NYT v. Sullivan, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Roriz v. Editora Abril e a questão da autoridade pública.	79
3.3. A quem diz respeito a manifestação do pensamento (parte 2)? Von Hannover v. Germany (nº 1 e nº 2) e a questão da “celebridade”.	87
3.4. A quem a informação se dirige (parte 1)? A figura do desacato e os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.	94
3.5. A quem a informação se dirige (parte 2)? Handyside v. UK e a questão do público-alvo infantil.	99
3.6. Quem é o emissor da comunicação? Imunidade parlamentar e vedação ao anonimato.....	104
3.7. Interlocutores e legitimidade.....	109
4. O “O QUÊ” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: AVALIAÇÃO DE CONTEÚDO E O RISCO DA INGERÊNCIA ESTATAL.....	114
4.1. Considerações introdutórias: o conteúdo da mensagem e a liberdade de expressão.....	114
4.2. A justificativa da liberdade de expressão: justificação instrumental e justificação constitutiva.	117
4.3. O valor do conteúdo da expressão e os tipos de restrição estatal.....	122
4.4. <i>Hate speech</i> e o discurso de exclusão: Brandenburg v. Ohio e caso Ellwanger.	129

4.5. Segurança nacional e informações sigilosas: <i>Pentagon Papers</i> , Palamara Iribarne v. Chile e casos Spycatcher.	138
4.6. A avaliação do conteúdo e o risco da ingerência estatal.	150
5. CONCLUSÕES E PROPOSTAS	155
6. BIBLIOGRAFIA	159
6.1. Doutrina	159
6.2. Jurisprudência	169

1. INTRODUÇÃO GERAL

1.1. Tema, justificativa e metodologia

A noção de que a liberdade de expressão é um valor essencial às sociedades democráticas não é nova. Como se sabe, diversos elementos e fundamentos do Estado Democrático, tal como hoje conhecido, encontram raízes na Antiguidade Clássica, e os primórdios da liberdade de expressão parecem ter gênese similar. Nesse sentido, por exemplo, seria possível que nos remetêssemos aos conceitos *isēgoria* e *parrhēsia*¹, da democracia ateniense, características das quais, como aponta Fábio Konder Comparato², os cidadãos de Atenas muito se orgulhavam, considerando até mesmo temerário que as decisões políticas fossem levadas à prática sem que fossem precedidas de amplíssimo debate, do qual poderia participar qualquer cidadão, do mais rico ao mais pobre.

No entanto, mesmo nos referindo a contextos e realidades mais próximas, também é possível encontrar exemplos de positivação da liberdade de expressão já na Idade Moderna. A liberdade de palavra no Parlamento, por exemplo, já vinha garantida expressamente na *Bill of Rights* inglesa de 1689³, e é também no contexto da Inglaterra seiscentista que é feita, perante o Parlamento inglês, uma das mais inovadoras e eloquentes defesas da liberdade de informação: o discurso *Areopagítica*, de John Milton, onde, entre outras pas-

¹ Sobre o tema, v. WERHAN, Keith. “*Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution*”. Praeger, 2004, pp. 28/29. *In verbis*: “*Athenians embraced two concepts of free speech during the classical democracy: isēgoria, which meant the ‘equal freedom of speech’, and parrhēsia, which classical scholars usually translate simply as ‘freedom of speech’. (...) Isēgoria gave each Athenian citizen an equal right to speak in the Assembly, which was the principal governing institution of the democracy. Isēgoria ensured that common citizens, sitting in the Assembly, could speak as well as listen, and thus could become active and not just passive participants in the formation of public policy. (...) Parrhēsia referred to the general freedom of speech that Athenians enjoyed as an aspect of their ‘liberty’ (eleutheria). Classical scholar Sara Monoson emphasized the more nuanced meaning of parrhēsia as ‘frank speaking’, which, she argued, captured the nature of the democratic practice better than the more conventional, but bland translation, ‘freedom of speech’*”.

² COMPARATO, Fábio Konder. “A democratização dos meios de comunicação de massa”. *Revista USP*, n. 48, dez./fev. 2000-2001, pp. 6-17. *In verbis*: “Em Atenas, a democracia fundava-se muito mais na *isēgoria*, isto é, na igualdade de palavra nas assembleias públicas, do que na *isonomia*. As grandes decisões políticas – a guerra e a paz, a nomeação dos principais governantes (notadamente o estrategista) e a tomada de suas contas após o término do mandato eletivo – ocorriam sempre na *ekklēsia* e comportavam o mais amplo debate, do qual podiam participar, pessoalmente, todos os cidadãos”.

³ “*Freedom of Speech. That the Freedom of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament*”.

sagens de relevo, a liberdade de crítica é qualificada como o maior marco de liberdade civil que homens sábios podem almejar⁴.

É na Idade Contemporânea, no entanto, que a liberdade de expressão é positivada com amplitude tal a ponto de se caracterizar como direito de qualquer ser humano comunicar suas ideias e ser ouvido.

Na transição para a Idade Contemporânea, a liberdade de imprensa foi inscrita na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (Virginia Bill of Rights)⁵.

Em 26 de agosto de 1789, quando foi editada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França, os artigos 10 e 11⁶ do documento qualificam a possibilidade de livre comunicação de ideias como “*um dos mais preciosos direitos do homem*”.

Poucos anos depois, em 15 de dezembro de 1791, a liberdade de expressão passou a ser consagrada na Constituição dos Estados Unidos, por meio da Primeira Emenda⁷, parte integrante da *Bill of Rights* americana. Com ela, consignou-se expressamente na Carta Maior americana que o Poder Legislativo não estaria autorizado a editar lei que restringisse a liberdade de expressão ou a de imprensa.

Em 10 de dezembro de 1948, quando da aprovação e proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em Assembleia Geral das Nações Unidas, também desse documento constou a liberdade de expressão, que, segundo o artigo 19⁸ da Declaração, se-

⁴ MILTON, John. “*The Areopagitica. A Speech For The Liberty Of Unlicensed Printing To The Parliament Of England*”. 1644. In verbis: “*For this is not the liberty which we can hope, that no grievance ever should arise in the Commonwealth—that let no man in this world expect; but when complaints are freely heard, deeply considered and speedily reformed, then is the utmost bound of civil liberty attained that wise men look for*”.

⁵ “*Section 12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments*”.

⁶ “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

⁷ “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

⁸ “Artigo XIX - Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

ria garantida a todas as pessoas e incluiria a liberdade de ter e procurar opiniões, transmitir e receber informações, por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

De igual sorte, a liberdade de expressão também foi consagrada na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950 e com entrada em vigor em 1953. Do artigo 10⁹ da Convenção consta que todos têm direito à liberdade de expressão, que compreende a liberdade de transmitir e receber opiniões, ideias e informações. O parágrafo 2º do artigo 10 chega a mencionar que o exercício dessa liberdade pode ser objeto de certos condicionamentos e restrições, mas tais restrições devem ter objetivos relevantes e devem ser efetivadas somente na medida em que se mostrarem necessárias em uma sociedade democrática.

À semelhança dos já mencionados diplomas, também o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969) consagrou, em seu artigo 13¹⁰, a liberdade de expressão, tecendo longas considerações sobre o tema e especificando que, embora o exercício da manifestação de pensamento possa ser objeto de algumas restrições e condicionamentos (ex: proibição da apologia ao ódio racial, conforme parágrafo 5º), a regra geral seria o respeito a essa garantia e a possibilidade apenas de responsabilização ulterior pelos abusos.

⁹ “Artigo 10 – Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.

¹⁰ “Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a protecção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para protecção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

No âmbito da doutrina e da jurisprudência, *Justice Holmes*, da Suprema Corte Americana, apontava, já em 1919, em seu célebre voto divergente no caso *Abrams v. United States*¹¹, que o melhor teste sobre a verdade e o acerto de uma noção era a sua prevalência em uma competição no mercado de ideias¹².

Em 1927, quando do julgamento de *Whitney v. California*¹³, *Justice Brandeis* proferiu voto concordante¹⁴ que, ressaltando os méritos da liberdade de expressão, também se tornaria célebre. O magistrado apontava que, em uma sociedade democrática, o melhor go-

¹¹ *Opinion* 250 U.S. 616 (1919).

¹² *"But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country"*.

¹³ *Opinion* 274 U.S. 357 (1927).

¹⁴ *"Those who won our independence believed ... that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed. Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears. To justify suppression of free speech, there must be reasonable ground to fear that serious evil will result if free speech is practiced. There must be reasonable ground to believe that the danger apprehended is imminent. There must be reasonable ground to believe that the evil to be prevented is a serious one. Every denunciation of existing law tends in some measure to increase the probability that there will be violation of it. Condonation of a breach enhances the probability. Expressions of approval add to the probability. Propagation of the criminal state of mind by teaching syndicalism increases it. Advocacy of law-breaking heightens it still further. But even advocacy of violation, however reprehensible morally, is not a justification for denying free speech where the advocacy falls short of incitement and there is nothing to indicate that the advocacy would be immediately acted on. The wide difference between advocacy and incitement, between preparation and attempt, between assembling and conspiracy, must be borne in mind. In order to support a finding of clear and present danger, it must be shown either that immediate serious violence was to be expected or was advocated, or that the past conduct furnished reason to believe that such advocacy was then contemplated. Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom"*.

verno não se daria pela opressão das ideias ou pelo medo de punição pelas opiniões, mas sim pela discussão pública, elemento que deveria constituir um princípio fundamental da vida política. Sustentando que o simples temor do prejuízo que uma ideia pode causar não poderia justificar sua supressão, consignou que os homens temiam a bruxaria e, sob essa justificativa, queimavam mulheres. Apontou que, exceto em situações verdadeiramente emergenciais, o melhor remédio para a ignorância e para as falácias seria mais discurso, e não silêncio forçado.

Também no Brasil, o reconhecimento da relevância da liberdade de expressão não é recente, de modo que já a Constituição do Império de 1824 consagrava esse direito em termos bastante claros, em seu artigo 179, inciso IV¹⁵.

O panorama delineado, longe de se pretender exaustivo do histórico da proteção da liberdade de expressão, tem, não obstante, o condão de demonstrar que a importância dessa liberdade tem reconhecimento amplíssimo, tanto em ordenamentos internos como em convenções e tratados internacionais.

No entanto, apesar de ser considerada há tanto tempo e por tantas nações e organizações internacionais como um valor fundamental, a liberdade de expressão parece, até hoje, ser objeto de muitas incertezas e indefinições.

Como bem coloca Edilson Farias¹⁶, o estudo sobre a liberdade de expressão não parece ter produzido bases e critérios seguros para a sua plena efetivação, mormente quando, como frequentemente ocorre, as controvérsias práticas envolvem outros valores constitucionalmente protegidos, como a honra, a intimidade e a segurança pública.

¹⁵ “Art. 179, IV - Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-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”.

¹⁶ FARIAS, Edilson. “Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional”. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004. *In verbis*: “Vale notar que a doutrina nacional não alcançou a formulação de cânones hermenêuticos seguros para guiar a interpretação e aplicação do sistema constitucional da liberdade de expressão e comunicação. Tal fato pode ser explicado historicamente pelo aviltamento perpetrado pelos regimes autoritários contra a livre comunicação entre nós. (...) Ao revés do que sucede em outros quadrantes, em que Tribunais e Cortes constitucionais, por meio de suas decisões, formulam e aplicam *standards* operacionais, concretizando na realidade social as regras e princípios constitucionais respeitantes à liberdade de expressão e comunicação, observa-se, entre nós, uma escassez de precedentes judiciais que devem servir de parâmetros para guiar a solução dos agudos conflitos, envolvendo a liberdade de expressão e comunicação no contexto histórico”, p. 22.

Verifica-se que, infelizmente, muitas das questões concretas que envolvem a liberdade de expressão acabam, na prática, por serem resolvidas singularmente, em um juízo que - não raramente - é fortemente casuísta.

Note-se que, em contexto nacional, não nos parece cabível falar, ao menos hoje¹⁷, em ausência de precedentes ou casos simbólicos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, não raramente se verifica que a argumentação é construída somente sobre as seguintes bases: (i) constata-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental muito caro aos Estados democráticos, (ii) ressalta-se que, porém, ele não é um direito absoluto, tendo que ser sopesado em face de outros direitos constitucionalmente protegidos, como a honra e a intimidade, e (iii) elege-se qual direito parece mais relevante ao magistrado no caso concreto.

Os exemplos são abundantes nas instâncias ordinárias. Remetendo-nos apenas a casos recentes, é possível citar decisão da Justiça Estadual do Ceará, de setembro de 2014, que havia proibido a circulação de edição da revista Istoé, na qual era relatado que Paulo Roberto Costa havia delatado o então governador do Ceará, Cid Gomes, no bojo da operação policial conhecida como “Lava Jato”. A decisão judicial (i) reconhece a proteção constitucional da liberdade de expressão, (ii) ressalta que, por outro lado, esse direito fundamental não é absoluto, e (iii) decide pela proibição do periódico, em face da inviolabilidade da honra do autor ofendido¹⁸.

Em outro exemplo, de outubro de 2014, a Juíza Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral no Estado do Rio de Janeiro, determinou, com base no poder de política, a remoção, do portal Youtube, de vídeos humorísticos produzidos pelo canal Porta dos

¹⁷ Edilsom Farias, (ob. cit., p.22) falava, em 2004, em “ausência [*de precedentes judiciais*] muito notada na jurisprudência da Corte Máxima encarregada de velar pelo cumprimento das normas constitucionais – o Supremo Tribunal Federal”, mas, como veremos no desenrolar do presente estudo, a ausência de critérios ou parâmetros cristalinos não pode ser atribuída à falta de julgados envolvendo a liberdade de expressão, tendo em vista a fecunda produção jurisdicional nessa seara nos últimos onze anos.

¹⁸ Processo nº 0785847-93.2014.8.06.0001 (Cautelar inominada). Em decisão liminar de 12 de setembro de 2014, assim consignou a Juíza de Direito Plantonista, *in verbis*: “É assente que o direito a imagem e a honra é inviolável. Nem precisaria estar escrito mas o constituinte de 1988 fez questão de trazer no inciso X do artigo 5º da Carta da República que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. E que não se queira falar em liberdade de imprensa e direito à informação. No caso, não houve nem a propositura da denúncia pelo Ministério Público, estando a matéria em fase de apuração, investigação, a qual deve deter a melhor descrição [sic] e sigilo. Afinal, nenhum direito, mesmo que fundamental, é absoluto” (g.n.). Posteriormente, a decisão foi revertida por meio de decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso, relator da Reclamação nº 18.638 junto ao STF.

Fundos. Quanto a duas das esquetes produzidas (ambas críticas da probidade dos candidatos participantes da disputa eleitoral em curso), suscitou-se dano à honra do então governador do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho. Na mencionada decisão da Juíza Coordenadora, consigna-se, de igual sorte, (i) que a liberdade de expressão é garantida constitucionalmente, (ii) que, no entanto, ela não é absoluta, e que, portanto, ela deve ser limitada a fim de que não haja ofensa aos outros direitos fundamentais consagrados na Constituição. Desse raciocínio, decidiu-se que (iii) os vídeos deveriam ser retirados do ar¹⁹.

Também a título exemplificativo, é possível citar a ação promovida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de novembro de 2013, que buscava remover, do portal Youtube, vídeo produzido pelo chamado Canal do Otário. No referido vídeo, criticava-se de forma dura e mordaz a qualidade dos serviços prestados pelos Correios, o que, no entender da empresa autora, feria sua honra objetiva. Judicialmente, foi concedida liminar à autora, determinando a suspensão dos trechos do vídeo em que seria veiculada indevidamente a marca de titularidade dos Correios. Em sede de agravo de instrumento, o TRF-3 havia agravado a restrição, determinando a suspensão por inteiro do vídeo. Na referida decisão, o Tribunal consignou (i) que a manifestação do pensamento é livre e protegida constitucionalmente, (ii) que, no entanto, o ordenamento também confere proteção à marca, (iii) de forma que o vídeo era abusivo, devendo ter sua veiculação suspensa²⁰.

¹⁹ *In verbis*: "o acesso ao vídeo em referência poderá trazer consequências danosas ao candidato, maculando sua imagem junto à população, de cuja manifestação no pleito eleitoral depende a sua candidatura. Insta frisar que tanto a liberdade de manifestação de pensamento, quanto à (sic) livre expressão de manifestação artística, direitos garantidos constitucionalmente, não são direitos absolutos. Devendo ser limitados a fim de que não ocorram abusos e ofensas a outros direitos fundamentais garantidos na nossa carta (sic) Magna." (g.n.) - trecho da decisão da Juíza Coordenadora transcrito na decisão da Rcl 18776 / RJ, junto ao STF (não conhecido). Em 15 de outubro de 2014 a decisão que suspendia a veiculação dos vídeos foi revertida pelo TRE-RJ, no bojo do Mandado de Segurança nº 7907-04.2014.6.19.0000, impetrado pela Google Brasil Internet Ltda.

²⁰ Agravo de Instrumento nº 0026427-58.2013.4.03.0000/SP. *In verbis*: "A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira, 'o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura'. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação ao uso da marca da agravante. De fato, o vídeo alvo da controvérsia possui inegável uso indevido da marca, apresentando evidente conotação negativa dirigida contra a marca CORREIOS, o que não é permitido diante da proteção que se deve atribuir às marcas, que são sinais indicadores da origem e proveniência dos produtos e serviços". Quando do julgamento definitivo do feito, a sentença prolatada foi favorável ao comunicador, dando a ação por improcedente e resguardando o exercício da liberdade de expressão.

Em agosto de 2013, duas ativistas da proteção aos animais foram condenadas ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais, por terem, segundo a decisão, causado dano à honra objetiva da empresa Habib's. As réas teriam compartilhado, na rede social Facebook, notícia do jornal da cidade de Capivari - SP, segundo a qual uma funcionária da rede Habib's teria expulsado violentamente um filhote de cachorro do estabelecimento, sendo que, por conta disso, o animal teria sido atropelado em seguida. Organizaram, também, um evento de protesto pela rede social e estimularam o boicote ao restaurante. Segundo a decisão proferida no juízo de primeiro grau, (i) a liberdade de expressão tem cunho constitucional, (ii) não é, porém, absoluta, devendo ser exercida com responsabilidade, (iii) motivo pelo qual as réas deveriam indenizar o prejuízo causado à imagem do estabelecimento comercial²¹.

Os exemplos, como dito, são abundantes nas instâncias ordinárias, mas a elas não se restringem. É possível citar tal estrutura argumentativa também em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do processo MS MC 2483207²². No referido precedente, discutia-se, no STF, a concessão de liminar para que fosse proibida a transmissão televisiva do depoimento de Law Kin Chong, empresário sino-brasileiro, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar assuntos relacionados à pirataria e à sonegação fiscal no Brasil.

No voto do Ministro Relator Cezar Peluso, este consigna que o direito à publicidade e à informação não é absoluto, de modo que sua restrição não configura, necessariamente, ilegalidade ou censura prévia. Tratando-se de uma colisão de direitos, o Ministro entende que deve ser conferido peso maior à proteção da personalidade do empresário, opinando pela proibição da transmissão de seu depoimento na TV Câmara²³.

²¹ Processo nº 4001276-52.2013.8.26.0451. *In verbis*: “Registro que embora a liberdade de expressão tenha cunho constitucional, não é absoluta e deve ser exercitada com consciência e responsabilidade, em respeito a outros valores igualmente importantes e protegidos pelo mesmo texto constitucional, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Em segundo lugar, as recorrentes apenas lograram reduzir o montante da indenização.

²² STF, MC em MS nº 24.832-7 (“Caso Law Kin Chong”), Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.03.2004, DJ 18.08.2006.

²³ *In verbis*: “Seria truismo, Sr. Presidente, dizer que o direito à publicidade, assim como qualquer direito, inclusive o direito à vida, não é absoluto. Não há direitos absolutos no ordenamento e na ordem jurídica, e sua restrição não pode, portanto, configurar ultraje a direito à informação, muito menos censura prévia. Estamos pura e simplesmente, Sr. Presidente, diante de um caso clássico de colisão aparente de direitos, que se resolve na delimitação dos âmbitos materiais de eficácia, diante da particularidade da hipótese”.

De igual sorte, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que acompanha o relator, aponta-se que há uma colisão entre liberdade de imprensa, de um lado, e direito de imagem, de outro, para, em seguida, sustentar que há maior peso na preservação do direito à intimidade²⁴.

Ao final, este não é o entendimento que prevalece no Plenário da Corte. De qualquer maneira, os citados posicionamentos bem demonstram a utilização de uma estrutura de argumentação que, ao fim e ao cabo, pouco contribui para a efetiva resolução do conflito entre valores protegidos constitucionalmente.

Em outras palavras, é deveras comum que, no caso concreto submetido a juízo, simplesmente seja atribuído peso maior à liberdade de expressão ou a outro valor com o qual se vislumbra um conflito, sem reflexões muito alongadas sobre critérios objetivos para a solução do conflito ou sobre a própria razão de ser da liberdade de expressão.

Há de se ponderar, nesse ponto, que, sem critérios e parâmetros seguros para a interpretação constitucional do direito à liberdade de expressão, sua própria efetivação pode ser considerada prejudicada, uma vez que a pura positivação no ordenamento jurídico, singularmente considerada, pouco significa em termos de real garantia de um direito fundamental.

Nesse sentido, como bem observado pela Ministra Carmen Lúcia²⁵, quando de seu voto na relatoria da ADI 4815/DF, pode existir um abismo entre a letra da lei – ou até mesmo da Constituição – e sua efetividade jurídico-social.

Sem a internalização social e política da liberdade de expressão, objetivo que passa, por certo, pela real compreensão desse direito, a positivação em um texto constitucional pode, por vezes, ser pouco mais do que um adorno normativo. Basta observar que a Carta Constitucional de 1937 previa claramente, em seu artigo 122, inciso 15, um direito funda-

²⁴ *In verbis*: “(...) há de fato, no caso, uma aparente colisão entre direitos fundamentais. De um lado, estaria a liberdade de imprensa e, do outro, o direito de imagem. Contraponto estes dois valores, não vejo neles o mesmo peso, porque, no que diz respeito à suposta liberdade fundamental concernente à liberdade de imprensa, não tenho como algo indissociável ao exercício do Poder Legislativo a divulgação por mídia eletrônica dos seus trabalhos. Nesse caso, não teria a menor dúvida em, realizando a ponderação entre esses interesses supostamente em conflito, pender em favor da preservação do direito à intimidade”.

²⁵ STF, ADI n 4815 / DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015. *In verbis*: “25. Como anotado antes, entre a letra da norma constitucional e a sua efetividade jurídico-social a distância pode ser grande se não se DF consolida o sentimento coletivo da Constituição, quer dizer, o espírito que a alma não é apoderada pelo corpo sócio-político como elos da mesma experiência democrática”

mental à manifestação do pensamento²⁶. De igual sorte, é possível encontrar na Constituição brasileira de 1967, editada em plena ditadura militar, um dispositivo²⁷ que consagra a liberdade de expressão com redação que, singularmente considerada, basicamente não guardaria contradição com a atual Constituição Cidadã.

Ressalte-se que mesmo em um cenário efetivamente democrático e republicano como o que se verifica atualmente no Brasil, com uma Constituição que prevê direitos fundamentais que realmente aspiram se concretizar plenamente, a reflexão assistemática e pouco criteriosa sobre a liberdade de expressão impede que diversos e relevantíssimos questionamentos encontrem resposta satisfatória e imbuída de segurança jurídica.

Existe um direito ao esquecimento, de modo que uma manifestação que é lícita na origem pode se tornar ilícita unicamente por conta do decorrer do tempo, devendo haver supressão de uma informação relacionada a um evento que se deseja ver esquecido? Uma manifestação desabonadora pode receber valoração jurídica diferente se feita a uma autoridade pública ou a um cidadão particular? Uma manifestação igualmente desabonadora pode ser considerada ilícita em período eleitoral e lícita em outro período qualquer? Compete ao Estado valorar o conteúdo da manifestação para lhe determinar a licitude e, se sim, com base em que valores e com quais critérios, de modo a não incorrer em censura (prévia ou posterior)?

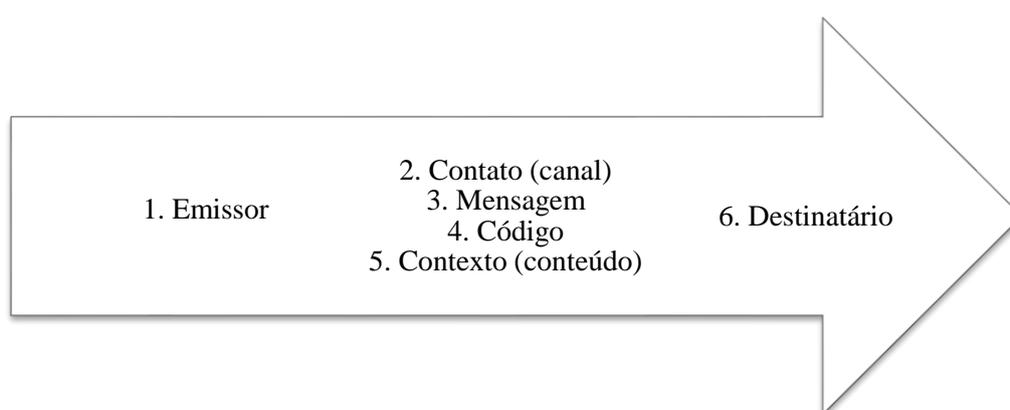
Como se vê, até hoje é possível suscitar questionamentos e cenários que não encontram resposta taxativa e unânime na doutrina e na jurisprudência.

Dessa forma, a fim de construir um contributo à interpretação do alcance da liberdade de expressão e, possivelmente, à solução de questões como as mencionadas, partimos de uma abordagem que considera, primeiramente, que as hipóteses normativas relativas à liberdade de expressão têm, todas, um elemento em comum: a comunicação.

²⁶ O referido dispositivo previa que “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”, passando, então, a descrever as diversas limitações que a legislação infraconstitucional poderia fixar ao exercício daquele direito.

²⁷ “Art. 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”.

Em regra²⁸, as hipóteses normativas dizem respeito à comunicação autêntica, na qual, segundo a semiótica, um indivíduo (*emissor*) transmite uma *mensagem* (ou texto) a outro (*destinatário*), que por sua vez interpreta a mensagem e a ela reage. Considerando ainda outros elementos fundamentais da comunicação, como o *contato* (ou canal entre o emissor e destinatário), o *código* (a linguagem ou codificação utilizada para transmitir a mensagem) e o *contexto* (sobre o que a mensagem se refere, ou seu conteúdo), alcança-se o esquema geralmente atribuído ao linguista russo Roman Jakobson²⁹, conforme representação abaixo:



Considerando a estrutura básica da comunicação, que, por sua vez, é elemento fundamental da hipótese normativa das regras relativas à liberdade de expressão, elegemos, como objeto de estudo, três critérios ou “variáveis” que podem influenciar a valoração jurídica da comunicação.

²⁸ Embora compreendamos que a normas relativas à liberdade de expressão se refiram, *em regra*, à comunicação autêntica, não descartamos por completo que possam se aplicar, em determinadas hipóteses, à significação, onde a conclusão é alcançada antes por um trabalho de observação e inferência por parte do destinatário. Nesse ponto, utilizamos a observação de Ugo Volli sobre o tema: “(...) é com frequência fácil, e em geral bastante comum, trabalhar no aspecto de uma coisa ou de uma pessoa, manipular, em suma, a sua significação, de modo a alcançar determinados efeitos comunicativos. Assim, podemos produzir comunicação modificando a significação de um objeto. Práticas como o *packaging* e o *design* dos objetos, a decoração e o trato com a casa, as roupas e o cuidado com o rosto e os cabelos são meios muito comuns para alterar e geralmente melhorar a percepção de um objeto social, de um modo tal que permita obter uma certa imagem. Desse modo, geralmente a significação esconde uma autêntica comunicação: o destinatário acredita descobrir o sentido de alguma coisa, mas na realidade recebe uma comunicação cuidadosamente elaborada por um emissor. (...) Os fenômenos semióticos da comunicação e da significação, em suma, se cruzam densamente, e geralmente se contêm um ao outro em diferentes níveis”. VOLLI, Ugo. “Manual de Semiótica”. Loyolla, São Paulo, 2008, p. 20.

²⁹ V. VOLLI, Ugo, ob. cit., p.27.

Nesse sentido, relacionando-se ao elemento *contato*, analisaremos, de início, o fator temporal (momento do contato) na avaliação da licitude de uma ação comunicativa. Para fins de simplificação, passaremos a nos referir ao “**quando**” da comunicação.

Em seguida, relacionando-se primariamente³⁰ aos elementos *emissor* e *destinatário*, analisaremos se e como a identidade dos sujeitos da comunicação pode influenciar a valoração jurídica de uma manifestação. Com o objetivo de simplificação em mente, passaremos a nos referir ao “**quem**” da comunicação.

Por fim, relacionando-se aos elementos *mensagem* e *contexto*, estudaremos como o conteúdo da fala ou expressão pode condicionar sua avaliação jurídica. Por simplificação, passaremos a nos referir ao “**o quê**” da comunicação.

Dessa forma, a dissertação contará com três grandes “blocos”, destinados a cada um dos mencionados fatores. Dentro desses blocos, serão abordadas questões mais específicas, que, com certa clareza, já são sintetizadas nos títulos dos respectivos capítulos.

Como adiantado anteriormente, no “bloco” destinado ao “**quando**” da manifestação do pensamento, abordaremos, como temática principal, a seguinte questão: “o tempo pode influenciar o âmbito de proteção da liberdade de expressão, de modo que uma mesma manifestação pode ser lícita em um determinado momento e ilícita em outro?”.

Dentro desse bloco destinado à influência do fator temporal na compreensão do alcance da liberdade de expressão, também serão abordadas questões mais específicas, como:

- (i) Existe um “direito ao esquecimento”, de modo que uma manifestação pode deixar de ser lícita com o decurso do tempo?
- (ii) Inversamente, seria possível sustentar que o curto intervalo de tempo entre um fato e sua divulgação seria um fator limitador da liberdade de expressão?
- (iii) A instabilidade política e os estados de emergência podem caracterizar períodos que ensejam a restrição à liberdade de manifestação? Se sim, em que medida?

³⁰ Como se verá, algumas das questões relacionadas à identidade dos sujeitos da comunicação dizem respeito, mais fortemente, à *mensagem*, e não ao *emissor* ou ao *destinatário*. É o caso, por exemplo, das passagens que abordam as críticas a autoridades públicas ou às chamadas “celebridades”. No entanto, optamos por abordá-las nesse capítulo por dizerem respeito à qualidade ou identificação de um indivíduo, também dizendo respeito, nesse sentido, ao “quem” da comunicação.

(iv) O período de eleições pode ensejar restrições à manifestação do pensamento?
Se sim, em que medida?

No “bloco” destinado ao “**quem**” da manifestação do pensamento, abordaremos, como temática principal, as seguintes questões: “a identificação dos sujeitos envolvidos na comunicação pode influenciar o âmbito de proteção da liberdade de expressão? Uma mensagem emitida ou recebida por um indivíduo pode ser lícita e, por outro, não?”.

Dentro desse bloco destinado à influência da identidade dos sujeitos de uma comunicação na interpretação do alcance da liberdade de expressão, também serão abordadas questões mais específicas, como:

- (i) O ordenamento jurídico confere tratamento específico à hipótese em que o “ofendido” com a manifestação do pensamento é uma autoridade pública? Se sim, em que medida?
- (ii) O ordenamento jurídico confere tratamento especial ao cenário em que o “ofendido” com a manifestação é uma “celebridade”? Se sim, em que medida?
- (iii) A figura do desacato – hipótese específica na qual a manifestação tida como ofensiva é dirigida diretamente a uma autoridade pública – é compatível com a liberdade de expressão?
- (iv) A identificação de um público-alvo infantil limita o alcance da liberdade de expressão?
- (v) A qualificação do emissor da mensagem, a exemplo do parlamentar e do emissor anônimo, influencia o âmbito de proteção da garantia constitucional da liberdade de expressão?

No “bloco” destinado ao “**o quê**” da manifestação do pensamento, abordaremos, como temática principal, a seguinte questão: “o conteúdo da comunicação pode influenciar a compreensão do alcance da liberdade de expressão?”.

Dentro desse bloco destinado à influência do conteúdo da mensagem na compreensão do alcance da liberdade de expressão, também serão abordadas questões mais específicas, como:

- (i) Determinados discursos podem ser mais ou menos protegidos pelo ordenamento jurídico?

(ii) Há valoração jurídica diversa das restrições estatais impostas à manifestação do pensamento, dependendo se elas levam em consideração ou não o conteúdo da mensagem?

(iii) A identificação de um conteúdo sigiloso ou sensível à segurança nacional pode influenciar a interpretação do alcance da garantia constitucional da liberdade de expressão?

Não se olvida que seria possível vislumbrar outros fatores que condicionam a interpretação do alcance da liberdade de expressão, como, por exemplo o “onde”³¹ (fator espacial) e o “como”³² (fator do veículo da informação ou qualidade do *canal*). No entanto, estes elementos não estão no escopo do estudo proposto, pois suscitariam debates que de certa forma se distanciam dos três fatores considerados centrais e acabariam por ampliar demasiadamente o tema da dissertação.

Pois bem. Em termos de metodologia, com poucas exceções³³, cada uma das questões mencionadas será ilustrada com casos da jurisprudência selecionada, extraídos da produção de Tribunais Internacionais americanos e europeus, pátrios (STF e STJ) e da Suprema Corte Americana. Os critérios que orientaram a seleção dos casos, as cautelas técnicas que pautarão sua análise e a valia do estudo comparado serão melhor detalhados no capítulo 1.3. No entanto, é possível adiantar, desde já, que tal jurisprudência formará um pano de fundo para que, então, paralelamente à análise das normas do ordenamento jurídico nacional, alcancemos conclusões e tracemos critérios aplicáveis à realidade brasileira.

Em outras palavras, será utilizado um método em regra indutivo, porém balizado pelas normas em vigor no ordenamento pátrio, em um ir e vir do olhar entre os casos con-

³¹ Em relação ao “onde”, vislumbra-se, por exemplo, o debate acerca dos limites e condicionamentos da liberdade de reunião.

³² Em relação ao “como”, vislumbra-se, por exemplo, o debate acerca da influência dos diferentes tipos de veículo de comunicação na valoração jurídica da manifestação do pensamento. Esse é um ponto suscitado, entre outros, na ADI 4451 MC-Ref, quando os Ministros debatem se, em relação à comunicação via rádio e televisão, os limites da liberdade de expressão seriam mais estreitos do que em relação à mídia escrita. De igual sorte, o “como” da expressão poderia suscitar debates acerca do uso da *internet* como meio de comunicação em massa e as dificuldades e desafios a ela inerentes.

³³ As exceções são os Capítulos 3.6, 4.2 e 4.3. O Capítulo 3.6 se dedica a duas questões particulares ao ordenamento brasileiro. Os Capítulos 4.2 e 4.3, por sua vez, se dedicam à exposição de classificações específicas da doutrina e jurisprudência norte-americana, que podem ser úteis, posteriormente, ao alcance de conclusões sobre a influência do conteúdo da manifestação na sua valoração jurídica. Nesse sentido, vide resumo no Capítulo VI – Resumo dos Capítulos.

cretos e a norma em abstrato. Nesse sentido, busca-se adotar um método que, em diversos aspectos, é similar ao *reflective equilibrium*, tal como consagrado por John Rawls³⁴.

³⁴ RAWLS, John. “*A Theory of Justice*”. Harvard University Press, 2009. V. capítulo 1.3.

1.2. Limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos fundamentais

Como sustentado anteriormente, a real compreensão da liberdade de expressão é elemento relevante para a própria efetividade desse direito, mormente quando, não raramente, este se apresenta, no caso concreto, como contraposto a direitos da personalidade de terceiros, à segurança pública ou a outros valores igualmente protegidos pela ordem constitucional.

Conforme bem apontado por Ricardo Leite Pinto³⁵, alguns elementos das sociedades contemporâneas, como a crescente exigência de transparência dos atos públicos, a sofisticação das tecnologias de busca, a ampliação das redes de comunicação e a mudança de configuração ou valoração social da privacidade, fazem com que a ocorrência desses conflitos de direitos envolvendo a liberdade de expressão se intensifique e multiplique.

A pretensão de formular parâmetros e, em suma, uma contribuição à solução desses “choques de valores” requer, portanto, que tenhamos algumas considerações sobre a corrente e os conceitos aqui adotados, no que diz respeito à abordagem da solução de conflitos e da restrição de direitos fundamentais.

A valia desse esclarecimento inicial se mostra relevante também a partir do momento em que se observa que, na doutrina, são muitas as diferentes abordagens e, não raramente, defendem-se pontos de vista pouco compatíveis entre si.

Veja-se, por exemplo, o posicionamento do citado autor português, Ricardo Leite Pinto³⁶. Aponta-se, com propriedade, que um conflito pode ser qualificado como aparente, quase de pronto, se se considera que determinada situação está excluída da hipótese normativa, ou *Tatsbestand*, de determinada norma protetiva. O autor cita dois exemplos: o da abordagem que exclui a dimensão da vida pública de um cidadão do âmbito normativo da proteção à privacidade, e a abordagem que exclui as notícias falsas do âmbito normativo da proteção à liberdade de imprensa. Se a vida pública não é protegida pelo direito à privacidade e as notícias falsas não são protegidas pelo direito à liberdade de imprensa, sequer há de se falar de conflito de direitos.

³⁵ PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de imprensa e vida privada”. Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, abr. 1994, pp. 27-147. O autor cita diversos elementos que, já em 1994, quando da edição do artigo, se mostravam como catalisadores dos conflitos de direitos envolvendo a liberdade de expressão.

³⁶ Ob. Cit., pp. 116/117.

Após a exposição desse posicionamento, o autor claramente o rejeita³⁷ e se filia a uma concepção abrangente da hipótese normativa, nela incluindo todas as situações ou condutas que de alguma forma se remetam aos pressupostos da norma protetiva.

Como se vê, o posicionamento de Ricardo Leite Pinto se aproxima da tese defendida por Virgílio Afonso da Silva³⁸, quando este propõe (i) que o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais deve ser o mais amplo possível, incluindo todas as condutas relacionadas ao âmbito temático da norma, e (ii) que, paralelamente, também o conceito de intervenção estatal ou “restrição” deve ser interpretado de forma abrangente. Segundo este autor, a adoção desses dois critérios acaba por impor um ônus argumentativo ao agente público que pretende restringir um direito fundamental, de modo que sua aplicação é mais racional e sua proteção mais efetiva.

No entanto, poucas páginas antes de se posicionar favoravelmente à ampla concepção das hipóteses normativas dos direitos fundamentais, Ricardo Leite Pinto critica as correntes descritivas que, tentando delimitar a abrangência do direito à privacidade, propõem um “*alargamento da esfera de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, que claramente extravasa este direito*”³⁹.

De igual sorte, em âmbito nacional, é possível observar que Edilson Farias formula uma didática exposição sobre a diferenciação dos conceitos amplo e estreito do âmbito de proteção das normas que positivam direitos fundamentais. Após detalhar que a abordagem do conceito estreito exclui *a priori* determinadas situações da hipótese normativa

³⁷ Ob. cit., pp. 116/117. *In verbis*: “Escusado será dizer que ficaram desde já afastadas aquelas situações de ‘conflito aparente’ dos direitos fundamentais. Elas existiriam se, por exemplo, o âmbito normativo dos dois direitos, desde logo excluísse situações potencialmente conflitantes. O recurso a uma concepção tendencialmente restritiva do *Tatbestand* dos dois direitos poderia chegar a essa conclusão. (...) Contudo, como resulta das páginas anteriores, aderimos, embora de forma implícita, a uma concepção, que inclui no âmbito normativo de ambos os direitos, todas as dimensões que de algum modo se possam reconduzir aos seus pressupostos. Nesse sentido, pode dizer-se, que o âmbito normativo de ambos os direitos estudados se refere *prima facie* às dimensões protectoras dos mesmos, independentemente de eventuais restrições ou limites”.

³⁸ O próprio autor acaba por resumir os pontos principais de sua tese, tal como defendida no concurso para o provimento do cargo de professor titular de Direito Constitucional junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A síntese é exposta em SILVA, Virgílio Afonso da. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. Revista de Direito do Estado 4, 2006, pp. 23-51. *In verbis*: “O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação”, p. 25.

³⁹ Ob. cit., p. 107.

dos direitos fundamentais, o autor expõe que a concepção do conceito amplo do âmbito de proteção teria notáveis vantagens, por exigir uma fundamentação mais clara para as restrições a esses direitos, motivo pelo qual a adota⁴⁰.

Especificamente no que diz respeito à liberdade de expressão e informação, o autor é igualmente claro ao sustentar⁴¹ que os direitos da personalidade de terceiros, como a honra e a intimidade, constituiriam limites *externos* àquela liberdade, e não limites imanescentes, ou relacionados a hipóteses excluídas *prima facie* do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

No entanto, na mesma obra, Edilsom Farias chega a sustentar que “*as informações que não afetam o bem comum e que estão relacionadas com a vida privada, a intimidade e a honra das pessoas amiúde estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade de comunicação*”⁴². Mais à frente, referindo-se à liberdade de expressão do pensamento, sustenta que “*o âmbito normativo do citado inciso IV do art. 5 não cobre a emissão do pensamento que revele animus para difamar, injuriar ou caluniar, ou contenha expressões que violem outros direitos personalíssimos*”⁴³, em posicionamento que pouco se compatibiliza com o defendido anteriormente.

Pois bem. Para fins de adoção de rigor científico e metodológico, bem como de coerência terminológica, é oportuno esclarecer o posicionamento que será adotado ao longo da presente dissertação, no que diz respeito ao conflito de direitos fundamentais e seu âmbito de proteção.

Não se ignora o posicionamento de autores como Virgílio Afonso da Silva, que entendem⁴⁴ que há incompatibilidade entre a ideia de limites imanescentes dos direitos fun-

⁴⁰ FARIAS, Edilsom. “Liberdade ...”, ob. cit., pp. 34/35. *In verbis*: “Embora em alguns casos práticos as duas concepções possam apresentar resultados iguais, a vantagem do conceito amplo de âmbito de proteção é oferecer uma fundamentação mais clara e racional das restrições dos direitos fundamentais. (...) Nota 24: Este trabalho inclina-se pelo conceito amplo de âmbito de proteção, em razão dessa sua valiosa colaboração para a fundamentação mais clara de restrição a direito fundamental”.

⁴¹ FARIAS, Edilsom Pereira de. “Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação”. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008, p. 170. *In verbis*: “Assim, os direitos da personalidade à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem constituem limites externos da liberdade de expressão e informação.

⁴² FARIAS, Edilsom. “Liberdade ...”. Ob. cit., p. 84.

⁴³ FARIAS, Edilsom. “Liberdade ...”. Ob. cit., p. 155.

⁴⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso da. “O conteúdo ...”. Ob. cit., pp. 36/37. *In verbis*: “Como será visto nos próximos tópicos, a simples menção a termos como restrição a direitos fundamentais, sopesamento, ponderação

damentais e a de sopesamento. Esse posicionamento decorre, aliás, da própria visão sobre a incompatibilidade entre a teoria externa (limites ou restrições de um lado e, de outro, o direito) e a teoria interna (direitos e seus limites constituem objeto uno).

No entanto, esclareceremos que, na presente dissertação, termos como “limites internos”, “limites externos” e “sopesamento”⁴⁵ serão utilizados lado a lado, de forma não excludente, por considerarmos mais adequada a concepção da existência concomitante de limites internos e externos. Por decorrência, não há incompatibilidade em se falar em delimitação do âmbito de proteção por meio da fixação dos limites internos da liberdade de expressão e, paralelamente, em sopesamento entre esse direito e outros também tutelados pelo ordenamento constitucional.

Tal posicionamento se justifica porque, mesmo nas concepções mais abrangentes do âmbito de proteção de um direito, é possível vislumbrar limites internos. Mesmo a simples definição do “âmbito temático” de uma norma protetiva, expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva⁴⁶, implica, mesmo que de forma amplíssima, em delimitar o direito e definir seus limites internos.

Delimitar o âmbito temático da liberdade religiosa, por exemplo, implica em fixar os limites internos desse direito (o que é religião?). O mesmo pode ser dito quanto à proteção à infância (o que é infância?). No caso específico da liberdade de expressão, a delimitação do pressuposto fático por meio da interpretação de termos como “expressão”, compreende, em si, o traçar de limites internos.

Nesse sentido, filiamo-nos ao posicionamento de Jorge Miranda, segundo o qual é possível falar, de um lado, em uma extensão objetiva dos direitos fundamentais⁴⁷ e, de outro, em limites impostos por outros direitos, ou pelo direito de outras pessoas⁴⁸

ou proporcionalidade, que, via de regra, sobretudo na jurisprudência, são utilizados como se estivessem destacados de qualquer pressuposto teórico, exige uma clara compreensão da relação entre o direito, de um lado, e seus limites ou restrições, de outro. (...) Ideias como a de limites imanentes, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com termos como restrição a direitos, abuso de direito ou sopesamento”.

⁴⁵ Para efeitos da presente dissertação, “sopesamento” e “ponderação” serão utilizados como sinônimos.

⁴⁶ Ob. cit., p. 25: “qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no ‘âmbito temático’ de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele *prima facie* protegido”.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. “Manual de Direito Constitucional”. Tomo IV, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 309. *In verbis*: “Conteúdo de um direito vem a ser a faculdade ou o feixe de faculdades destinadas à

Partindo dessa concepção sobre a coexistência de limites internos e externos dos direitos fundamentais, estudar-se-á, na presente dissertação, se as hipóteses ou condutas incompatíveis com *a própria razão de ser* da norma protetiva são por ela abarcadas.

Nesse sentido, no capítulo 4.2, serão estudadas as concepções ou justificativas da liberdade de expressão (as concepções da *razão de ser* desse direito), tal como classificadas especialmente pela doutrina norte-americana. É possível adiantar que serão analisadas as justificações constitutiva e instrumental, tal como expostas por Ronald Dworkin⁴⁹, e as concepções libertária (ou privada) e democrática (ou social), tal como expostas por Robert C. Post⁵⁰.

No presente estudo, portanto, avaliaremos se as ações comunicativas que contrariam as próprias justificativas ou *razões de ser* da liberdade de expressão estão incluídas ou excluídas do âmbito de proteção daquele direito, ultrapassando, dessa forma, seus limites internos. Exemplificativamente, estudar-se-á se a ação comunicativa ou hipótese em que se busca silenciar um terceiro ou excluí-lo da participação democrática⁵¹ conta com a proteção conferida pelo direito à liberdade de expressão ou se, ao revés, ela extrapola seus limites internos.

De outra sorte, ao se considerar que mesmo as ações comunicativas que estão abrangidas no âmbito normativo da liberdade de expressão podem ensejar tensões com direitos da personalidade de terceiros ou outros bens tutelados no ordenamento, estudar-se-á em que medida a solução de tais conflitos – que se pautará por juízo de sopesamento - ain-

obtenção e à fruição do bem jurídico que lhe subjaz. Visto a partir do Estado, equivale ao âmbito de proteção conferida pelas normas e pelos órgãos de realização do Direito. Pela natureza das coisas, esse conteúdo configura-se em razão do bem jurídico e este, porque o sistema de direitos fundamentais assenta na dignidade da pessoa humana, só se concebe ao seu serviço. O direito à vida não compreende o direito ao suicídio, o direito à integridade física o direito à automutilação (...). Eis (como se lhes queira chamar) limites imanentes, intrínsecos, de conteúdo ou de objeto”.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 306/307. *In verbis*: “Porque as pessoas convivem na mesma comunidade e ainda porque os direitos pertencem ao mesmo sistema, os direitos de cada pessoa têm por limite os direitos das demais pessoas (de novo, art. 29.º, n.º 2, da Declaração Universal) (...)”.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. “O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

⁵⁰ POST, Robert C., “*Equality and Autonomy in the First Amendment Jurisprudence*”. Faculty Scholarship Series, Paper 197.

⁵¹ Referimo-nos aqui, por exemplo, à noção de Jeremy Waldron, que será detalhada também no capítulo 4, sobre o discurso que, muito além de ensejar um sentimento subjetivo de ofensa ou choque, efetivamente busca anular o status de um indivíduo (ou minoria) como cidadão e membro digno da sociedade. V. WALDRON, Jeremy. “*The Harm in Hate Speech*”. Harvard University Press, 2012, pp. 77 e ss.

da pode contar com critérios e metodologia que confirmam segurança jurídica e racionalidade ao processo decisório.

1.3. Valor e mérito do estudo comparado da liberdade de expressão

Como adiantado no capítulo 1.1, cada questão relativa ao “quando”, “quem” e “o quê” na valoração jurídica de uma comunicação será ilustrada com casos da jurisprudência selecionada, extraídos de uma variada gama de tribunais nacionais, estrangeiros e internacionais.

Nesse ponto, portanto, é pertinente detalhar as contribuições que podem ser obtidas a partir de um estudo comparado acerca da liberdade de expressão.

Nesse contexto, abordaremos, primeiramente, algumas das objeções e ressalvas comuns à consideração de precedentes estrangeiros.

A primeira delas guarda relação com a soberania nacional e é bem ilustrada no voto divergente do *Justice* Rehnquist, adotada também pelos *Justices* Scalia e Thomas, quando do julgamento *Atkins v. Virginia*⁵² na Suprema Corte Americana, em junho de 2002.

No referido caso, a Corte discutia se a condenação de uma pessoa com deficiência mental à pena de morte (mediante devido processo legal) seria “pena cruel e incomum”, tal como proibida pela Oitava Emenda à Constituição Americana. Ao decidir, por maioria, que a Constituição vedaria a pena de morte nesses casos, foram considerados, entre outros elementos, legislação e precedentes jurisprudenciais estrangeiros, ponto que foi veementemente combatido pela posição minoritária da Corte.

Nesse sentido, ao proferir voto divergente, *Justice* Rehnquist⁵³ sustentou que somente o produto da função legislativa e da função jurisdicional nacionais poderiam ser considerados como elementos definidores da concepção *americana* acerca da 8ª Emenda. Muito embora, consignou o magistrado, a Suprema Corte tenha, no passado, olhado para o

⁵² *Opinion* 536 U.S. 304 (2002).

⁵³ No original: “*In my view, these two sources—the work product of legislatures and sentencing jury determinations—ought to be the sole indicators by which courts ascertain the contemporary American conceptions of decency for purposes of the Eighth Amendment. (...) I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court’s ultimate determination. While it is true that some of our prior opinions have looked to “the climate of international opinion”, Coker, supra, at 596, n. 10, (...) we have since explicitly rejected the idea that the sentencing practices of other countries could “serve to establish the first Eighth Amendment prerequisite, that [a] practice is accepted among our people”. Stanford, supra, at 369, n. 1 (emphasizing that “American conceptions of decency . . . are dispositive) (emphasis in original). Stanford’s reasoning makes perfectly good sense, and the Court offers no basis to question it. For if it is evidence of a national consensus for which we are looking, then the viewpoints of other countries simply are not relevant”.*

cenário internacional antes de chegar a suas conclusões, em julgados posteriores a Corte teria expressamente rejeitado a ideia de que as práticas de outros países poderiam servir para estabelecer o que é ou não aceitável entre os cidadãos americanos. Aduz, então, que, uma vez que o papel da Corte é determinar o que é o consenso nacional do povo americano, o ponto de vista estrangeiro seria “simplesmente irrelevante”.

Em *Sosa v. Alvarez-Machain*⁵⁴, decidido em junho de 2004, *Justice Scalia*, que havia aderido ao posicionamento de Rehnquist em *Atkins v. Virginia*, chega a afirmar, em voto concordante, que os elaboradores da Constituição Americana (*The Framers*) ficariam consternados com a proposta de que o povo americano tenha que abandonar sua adoção democrática da pena de morte por conta de uma visão diferente adotada por estrangeiros.

Pouco tempo depois, em março de 2005, a Suprema Corte teve a oportunidade de proferir decisão no caso *Roper v. Simmons*⁵⁵, onde se discutia se a condenação de menores de idade à pena de morte também se constituiria como “pena cruel e incomum”, tal como vedada pela Oitava Emenda à Constituição Americana. Após o citado julgamento de *Atkins v. Virginia*, a Corte voltou a fazer uso de precedentes de Tribunais estrangeiros, o que motivou nova manifestação de repúdio por parte de *Justice Scalia*.

Com efeito, o magistrado afirma, em seu voto discordante que a aprovação por parte de outros povos não deveria interferir no compromisso da Suprema Corte com os princípios americanos, seja para reforçá-los, seja para atenuá-los⁵⁶.

Considerando, portanto, a base das argumentações acima citadas, ou seja, a noção de que um Estado é soberano e seu ordenamento interno deve ser constituído a partir de decisões políticas de seu povo, seria possível conciliar o uso de precedentes estrangeiros ou internacionais com essas premissas?

⁵⁴ *Concurrence* 542 US 692 (2004). *In verbis*: “The notion that a law of nations, redefined to mean the consensus of states on any subject, can be used by a private citizen to control a sovereign’s treatment of its own citizens within its own territory is a 20th-century invention of internationalist law professors and human-rights advocates. (...) The Framers would, I am confident, be appalled by the proposition that, for example, the American peoples’ democratic adoption of the death penalty (...) could be judicially nullified because of the disapproving views of foreigners”.

⁵⁵ *Dissent* 543 US 551 (2005).

⁵⁶ *In verbis*: “I do not believe that approval by “other nations and peoples” should buttress our commitment to American principles any more than (what should logically follow) disapproval by “other nations and peoples” should weaken that commitment.”

Jeremy Waldron traz valiosas contribuições para o tema, especialmente quando traça uma analogia entre a ciência jurídica e as ciências biológicas. Ao referir-se ao cenário do surgimento de uma nova doença epidêmica, o autor aponta que seria absurdo sustentar que a solução médica fosse buscada somente junto à comunidade científica estadunidense. Ao revés, a abordagem racional incluiria a busca dos estudos, descobertas e resultados obtidos pelos médicos e cientistas estrangeiros, em inegável contribuição para a solução do problema mútuo.

Evidentemente, não se cogita que o autor ignore⁵⁷ que a questão dos precedentes jurídicos estrangeiros tem elementos próprios não encontrados no cenário envolvendo a epidemia e as ciências biológicas – mormente os elementos relacionados à soberania nacional.

No entanto, parece-nos no mínimo eloquente e razoável a proposta⁵⁸ de Waldron de que as questões jurídicas devem ser encaradas não como uma questão puramente de *vontade*, mas também como uma busca racional para a solução de problemas concretos, que muitas vezes foram enfrentados por outras nações e cuja experiência pode ser valiosa para uma tomada de decisão que - não se nega - em última análise é nacional.

Tratando especificamente da liberdade de expressão, Krotoszynski⁵⁹ formula um argumento similar, apontando que, se quase todas as democracias enfrentam questões sobre a compatibilização da liberdade de expressão com outros valores sociais, especialmente o da igualdade, dignidade e honra, não haveria como se negar que a consideração de como

⁵⁷ Ob. cit., p. 140. Como dito pelo próprio autor, “*Of course it is ultimately our decision: ‘[I]t is a Constitution for the United States of America that we are expounding’. But that does not preclude turning to the legal consensus of civilized nations for assistance any more than the American origin of an epidemic precludes Americans’ turning to foreign scientists for guidance*”.

⁵⁸ Ob. cit., pp. 146/147. *In verbis*: “*Those who approach the law as a matter of will do not see any reason why expressions of will elsewhere in the world should affect our expressions of will in America. But those who see law as a matter of reason may well be willing to approach it in a scientific spirit that relies not just on our own reasoning but on some rational relation between what we are wrestling with and what others have figured out*”.

⁵⁹ KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. “*The First Amendment in cross-cultural perspective*”. New York University Press, Nova Iorque / Londres, 2006. *In verbis*: “*In my view, free speech law is a particularly appropriate area for comparative legal analysis. Virtually all constitutional democracies purport to respect the freedom of speech; moreover, all these polities face the same conflicts regarding the proper accommodation of competing social values when freedom of expression presents risks to other constitutional values, including equality, human dignity, and personal reputation. Consideration of how other nations have reconciled these competing - and conflicting - values can provide important insights into the compromises (some express, some implicit) that the constitutionally mandated free speech regime in the United States has struck*”, p. xiv.

essas democracias enfrentaram e têm enfrentado a questão pode representar um importante contributo para que, em âmbito nacional, uma solução adequada seja alcançada. Como Waldron, portanto, Krotoszynski aborda a temática mais como a busca de uma solução crítica a um problema comum do que como uma questão puramente de vontade soberana.

Em argumentação similar, Marcelo Neves sustenta que uma abordagem que contempla como o mesmo problema recebe tratamento em diversas ordens jurídicas acaba por construir “pontes de transição” que possibilitam aprendizados recíprocos⁶⁰. Tratando do que denomina de “transconstitucionalismo”, o autor constrói a metáfora do “ponto cego”, sustentando que a abertura para a alteridade de outras ordens jurídicas permite que se reconheça e se supere o problema de que, de sua posição singular de observação, um estudioso tem um limite ou ponto cego que, no entanto, pode ser percebido por outro observador⁶¹.

Nesse sentido, há de se concluir que, especialmente na seara da liberdade de expressão, o valor do Direito Constitucional comparado é grande, uma vez que o seu estudioso poderá tirar lições valiosas de experiências já vividas em outras comunidades, institutos já testados em outras realidades e argumentos estrangeiros inovadores. Note-se que o Direito Constitucional comparado se torna ainda mais precioso em uma realidade globalizada, na qual os ordenamentos internos e internacionais se influenciam mutuamente, de modo que o estudo comparatista pode servir de instrumento apto a pautar ou informar as mudanças provenientes dessas influências.

⁶⁰ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Transconstitucionalismo”. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 229. *In verbis*: “(...) exemplos em que problemas de direitos humanos confluem concomitante e relevantemente para várias ordens jurídicas, levando a colisões de difícil solução e, por isso mesmo, exigindo que haja uma conversação transconstitucional mediante ‘pontes de transição’ que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas”.

⁶¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Ob. cit.*, p. 265. *In verbis*: “(...) o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes são concomitantemente relevantes, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para a solução do problema. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação. Mas se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que ‘eu vejo o que tu não vês’, cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver”.

Uma segunda crítica⁶² comumente feita à utilização de precedentes estrangeiros diz respeito ao fato de que, muito comumente, o estudioso do Direito Constitucional comparado não se atenta para o fato de que deve entender as diferenças e particularidades culturais dos Estados a serem comparados, bem como as diferenças institucionais e doutrinárias entre os ordenamentos em análise.

A valia desse alerta é facilmente detectável. Voltando à analogia de Waldron, o próprio autor aduz⁶³ que, na busca da cura de uma epidemia, a comunidade científica nacional certamente buscaria pelo trabalho prévio de laboratórios com boa reputação, ou de cientistas que estão seriamente comprometidos na solução de questão similar.

Ao utilizar-se de precedentes jurisprudenciais ou doutrinários estrangeiros, portanto, o estudioso comparatista deve estar atento para não incorrer em uma importação indiscriminada de conceitos ou ideias que pouco ou nada se relacionem com os *standards* jurídicos, morais e sociais de seu ordenamento nacional.

Em sua obra de estudo comparatista da liberdade de expressão, por exemplo, Krotoszynski claramente justifica⁶⁴ porque está abordando os ordenamentos jurídicos do Canadá, Alemanha, Japão e Reino Unido, apontando, nesse sentido, que o fato desses países terem valores políticos e realidades econômicas similares ao dos Estados Unidos tornaria a comparação muito mais valiosa do que se o autor se propusesse a analisar o ordenamento da China ou da Albânia.

Pois bem. A abordagem cautelosa e funcionalista, que se terá em mente no decorrer da dissertação, permitirá que, por um lado, seja captada a utilidade do estudo de como outras nações e organizações vislumbram os mesmos problemas enfrentados em âmbito nacional e, por outro, não sejam irrestritamente importados conceitos que não necessariamente se amoldam ao ordenamento pátrio.

⁶² TUSHNET, Mark. “*Comparative constitutional law*”. The Oxford Handbook of Comparative Law, (Matthias Reimann e Reinhard Zimmermann – ed), Oxford-New York: Oxford University Press, 2008, p. 1256. *In verbis*: “*Scholarship in comparative constitutional law is perhaps too often insufficiently sensitive to national differences that generate differences in domestic constitutional law. (...) in some areas national history obviously matters a great deal. More subtly, so do institutional and doctrinal structures*”.

⁶³ Ob. cit., p. 145.

⁶⁴ KROTOSZYNSKI JR., Ronald J.. “*The First Amendment ...*”, *ob. cit.*, p. 9. *In verbis*: “*Consideration of free speech jurisprudence in these nations should therefore be more useful than consideration of free speech principles in nations that lack similar political values (e.g., the People’s Republic of China) or that face radically different economic circumstances (e.g. Albania)*”.

Especificamente quanto ao estudo da liberdade de expressão, pretende-se demonstrar que, com exceção, talvez, dos Estados Unidos, os paradigmas normativos de controle dos Tribunais selecionados têm muitos pontos em comum, o que faz com que, nos casos escolhidos, fique razoavelmente claro que as mesmas questões foram e estão sendo objeto de debate em diversos foros, com balizas normativas bastante similares.

Com efeito, a jurisprudência selecionada demonstra que todos os ordenamentos em questão não só consagram a liberdade de expressão como valor de enorme relevância em uma sociedade democrática, como também, concomitantemente, preocupam-se com questões como segurança nacional, intimidade e vida privada, honra etc.

E, como aponta Krotoszynski⁶⁵, se diferentes tribunais buscam resolver questões análogas com paradigmas normativos similares, fica evidente a contribuição desses olhares e perspectivas diferentes para a solução de problemas nacionais, *mesmo que* não se alcance a mais plena compreensão das realidades sociais, econômicas, culturais e jurídicas dos Estados estrangeiros nos quais se busca um precedente.

Tushnet aponta, aliás, que um certo distanciamento dessas particularidades regionais não é só esperado como necessário. Isso porque, embora a atenção às diferenças seja essencial, prender-se *demasiadamente* nas peculiaridades de cada cultura e ordenamento faz com que o comparatista ignore o modo como um argumento ou estrutura estrangeira pode contribuir para a interpretação ou modificação do nosso próprio ordenamento, até porque nenhuma cultura é igual a outra e, se essa igualdade fosse requisito para o “empréstimo” de ideias ou institutos estrangeiros, o Direito Constitucional comparado seria deveras inútil.

O ponto ideal, segundo o autor⁶⁶, é aquele que consubstancia um meio termo entre a análise genérica e a excessivamente específica. Mesmo com a abordagem funcionalista,

⁶⁵Diz Krotoszynski: “Of course, one must always recognize the dangers associated with simplistic comparative-law borrowing exercises that, utterly insensitive to cultural context, lay down legal rules side-by-side and purport to describe salient differences. Rules operate in cultural contexts, and a careful observer should never lose sight of this fact. Nevertheless, even if most lawyers in the United States understand a foreign legal system’s resolution of a problem somewhat imperfectly, when an almost identical legal problem arises, the response to that problem in a different cultural milieu can provide a useful perspective for domestic consideration”. In KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. “The First Amendment ...”, ob. cit., p. 3.

⁶⁶ TUSHNET, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, 108 Yale Law Journal, 1225, 1998-1999, p.1275. In verbis: “(...) I intentionally use the metaphor of filtration here, to suggest that we can learn from experience elsewhere only to the extent that we avoid too much detail about that experience. For example, if we identify a complex set of functions closely tied to particular institutions elsewhere, we will be

diz o autor, o estudioso deve ser capaz de desprender um instituto de alguns dos laços junto ao seu ordenamento, para que, então, seja possível compará-lo com um instituto de outro ordenamento, que, embora desempenhe função análoga, provavelmente o fará de modo ligeiramente diferente. E mesmo com a abordagem expressionista, o apego exagerado à ideia de que uma Constituição é expressão da cultura de uma comunidade fará com que o estudioso apenas conclua que, assim como a Constituição estrangeira representa a cultura daquele país, a Constituição de seu país de origem também representa a cultura de sua comunidade, impedindo que se visualize a utilidade da comparação.

No mais, há de se apontar que, a par de da jurisprudência selecionada para a presente dissertação se basear em paradigmas normativos com características e valores similares às do ordenamento brasileiro, grande parte dos casos diz respeito a julgados de Cortes Internacionais baseados em tratados internacionais de Direitos Humanos, que, por natureza, têm uma aspiração de influência expansiva, senão global.

Veja-se, a título meramente exemplificativo, o preâmbulo⁶⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). A par de consignar que os princípios ali inscritos também foram consagrados em outros tratados e declarações internacionais – buscando neles, portanto, inspiração – o Pacto de San Jose da Costa Rica expressamente reconhece que os direitos humanos não se relacionam com o fato de um indivíduo ser nacional de um ou outro Estado, mas sim de sua condição de pessoa humana, em argumento que ultrapassa as barreiras nacionais, relativiza as questões atinentes à soberania estatal, e denota uma pretensão que é inegavelmente global.

Dessa forma, há de se reconhecer quão valiosa é a jurisprudência de Tribunais Internacionais – como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de

unable to learn about how we might alter or understand our institutions as they perform their somewhat different set of functions, and if we insist that a constitutional provision expresses the entire body of another system's constitutional culture, all we will be able to say is that our constitutional arrangements similarly express our constitutional culture. (...) We can learn from experience elsewhere by looking at that experience in rather general terms, and then by seeing how those terms might help us think about the constitutional problems we confront”.

⁶⁷ “(...) Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; (...)”

Direitos do Homem – que, desprendendo-se de alguns laços e particularidades dos ordenamentos jurídicos locais, utilizam como paradigmas tratados que abrangem uma multiplicidade de Estados signatários e constroem *standards* interpretativos aplicáveis a todos eles.

Por fim, especificamente quanto aos *casos* selecionados, não se nega a perspicácia da crítica⁶⁸ de Justice Scalia em *Roper v. Simmons*, no sentido de que citar a lei (ou jurisprudência) estrangeira somente quando se concorda com ela, e ignorá-la conforme a conveniência, seria uma atitude oportunista, e não um processo decisório racional.

Tendo isso em mente, há de se apontar que a presente dissertação contará com uma gama de casos práticos que foram selecionados não pela compatibilidade das conclusões alcançadas com aquelas da autora, mas sim (i) pela pertinência das discussões com as questões que o trabalho se propõe a abordar, (ii) pelas características dos Tribunais ou paradigmas normativos utilizados – similares, como já dito, aos nacionais, e (iii) pela consagração desses precedentes pela própria doutrina e jurisprudência nacionais.

Note-se, por exemplo, que o caso *New York Times v. Sullivan*, detalhado no capítulo 3.2, é utilizado na ADPF 130 (recepção da Lei de Imprensa, votos dos Ministros Menezes Direito, Celso de Mello e Ayres Britto) na ADI 4815 (biografias não autorizadas, voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia) e na ADI 445 (constitucionalidade de dispositivos da Lei das Eleições, votos dos Ministros Ayres Britto e Cezar Peluso). O caso *Lebach*, referido no capítulo 2.2, é utilizado também na ADPF 130 (votos dos Ministros Menezes Direito e Gilmar Mendes). O casos *Plon v. France*, *Von Hannover v. Germany* e *Handyside v. UK*, referidos respectivamente nos capítulos 2.3 3.3, e 3.5, são todos utilizados na ADI 4815 (voto da Ministra Carmen Lúcia).

Partindo desses precedentes, de um lado, e dos dispositivos das normas jurídicas nacionais, de outro, pretende-se, em um “ir e vir” de olhar, extrair alguns princípios, conclusões e critérios que podem pautar a compreensão da liberdade de expressão e, conseqüentemente, contribuir para a solução dos “*hard cases*”, especificamente no que diz respeito ao tempo, aos sujeitos e ao conteúdo das comunicações sociais, quando aparentemente conflitantes com outros valores protegidos pela ordem constitucional. Como nos referi-

⁶⁸ No original, “*To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry*”.

mos no capítulo 1.1, pretende-se empregar uma metodologia, que, em diversos aspectos, é similar ao *reflective equilibrium* de Rawls⁶⁹.

⁶⁹ O conceito é comumente atribuído a John Rawls (“*A Theory of Justice*”, ob. cit.), mas encontra precedente em Nelson Goodman (“*Fact, Fiction, and Forecast*”, 1955). Pelo poder de síntese e pela clareza, referimo-nos ao conceito de equilíbrio reflexivo tal como exposto na *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, in verbis: “*The method of reflective equilibrium consists in working back and forth among our considered judgments (some say our “intuitions”) about particular instances or cases, the principles or rules that we believe govern them, and the theoretical considerations that we believe bear on accepting these considered judgments, principles, or rules, revising any of these elements wherever necessary in order to achieve an acceptable coherence among them. The method succeeds and we achieve reflective equilibrium when we arrive at an acceptable coherence among these beliefs. An acceptable coherence requires that our beliefs not only be consistent with each other (a weak requirement), but that some of these beliefs provide support or provide a best explanation for others*”. Disponível em: <(<http://plato.stanford.edu/entries/reflective-equilibrium/>)>.

2. O “QUANDO” DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: O TEMPO E O ALCANCE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1. Considerações introdutórias: o tempo e a liberdade de expressão

Conforme adiantado no item 1.1, o presente capítulo se destinará a analisar o fator temporal de forma isolada das demais “variáveis” da comunicação. Em outras palavras, pretende-se avaliar se uma ação comunicativa com os mesmos sujeitos (emissor e destinatário) e com o mesmo conteúdo pode receber valoração jurídica diversa em diferentes pontos temporais.

Observe-se que o ordenamento pátrio está permeado de efeitos jurídicos conferidos ao tempo, motivo pelo qual ele pode ser classificado como fato jurídico *stricto sensu*⁷⁰. Veja-se, por exemplo, o instituto da usucapião⁷¹, pelo qual, em um momento, um indivíduo não tem direito real ao imóvel usucapiendo e, em outro, ao completar o período da prescrição aquisitiva, pode ser declarado seu proprietário, mediante processo judicial próprio.

O mesmo pode ser dito quanto ao instituto da prescrição⁷², segundo o qual a pretensão de um indivíduo é fulminada com o fim do prazo prescricional, e o da decadência, que fulmina, da mesma forma, o direito potestativo pelo simples decurso do tempo.

Também no âmbito do Direito Penal o transcorrer do tempo tem consequências jurídicas, sendo possível fazer menção, a título meramente exemplificativo, do prazo inscrito no artigo 64, I, do Código Penal⁷³, segundo o qual, após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos sem o cometimento de novo crime, o indivíduo pode ser considerado tecnicamente primário.

⁷⁰ Faz-se uso, aqui, da classificação de Marcos Bernardes de Mello, segundo a qual “todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*. O nascimento, o implemento de idade, a confusão, a produção de frutos, a aluvião, a avulsão, são exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu*”. MELLO, Marcos Bernardes de. “Teoria do Fato Jurídico”. 12ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 127.

⁷¹ V. arts. 1.238 a 1.244 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil).

⁷² Lei nº 10.406/02 (Código Civil), art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

⁷³ “Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”;

De igual sorte, relativamente à liberdade de expressão, podem ser vislumbrados diversos cenários onde o tempo pode influenciar a valoração jurídica de uma comunicação.

Uma discussão atualíssima e que diz respeito ao decurso do tempo é a referente ao chamado “direito ao esquecimento”. O tema não é propriamente novo, mas os debates a ele relacionados ganharam intensidade especialmente após 2010, quando um caso envolvendo a operadora do mecanismo de buscas Google na Espanha e a *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) tomou notoriedade e foi alçado ao Tribunal de Justiça da União Europeia. O tema será abordado no capítulo 2.1., em que se discutirá se o decurso do tempo pode, por si só, fazer com que surja um direito subjetivo à exclusão de informações verdadeiras e que foram lícitamente veiculadas na origem.

Outras questões relativas à liberdade de expressão e o tempo podem ser suscitadas, mas relacionadas não simplesmente ao seu *decurso*, mas sim a períodos distintos. Em outras palavras, é possível discutir se uma comunicação pode receber uma valoração jurídica na origem e, se feita em um *período* determinado, ser qualificada de modo diverso, mesmo que mantidos os mesmos interlocutores e conteúdo.

Exemplificativamente, o ordenamento jurídico pátrio enseja discussões sobre a valoração jurídica de uma ação comunicativa e sobre a efetividade da liberdade de expressão em estados de emergência (estado de defesa e estado de sítio) e em períodos de instabilidade política, principalmente em face da segurança pública ser um valor protegido constitucionalmente. Esse será o objeto do estudo do capítulo 2.4.

De modo similar, é possível que a mesma mensagem envolvendo os mesmos interlocutores receba valoração diversa se divulgada dentro ou fora de um período eleitoral, o que será, por sua vez, objeto de estudo do capítulo 2.5.

Ao final do presente “bloco”, destinado ao “quando” da manifestação do pensamento, os questionamentos selecionados serão ponderados e, em face das normas vigentes no ordenamento nacional, algumas conclusões e propostas de critérios gerais serão traçadas.

2.2. O chamado “direito ao esquecimento”: caso Lebach (1973), REsp 1.334.097 e Google v. AEPD

Iniciando o estudo das questões específicas relacionadas à influência do fator temporal na licitude da manifestação do pensamento, o presente capítulo será destinado ao chamado “direito ao esquecimento”. Como o título sugere, três serão os principais casos analisados, sendo um da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã de 1973, um da jurisprudência nacional, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, e o terceiro da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2014.

O primeiro dos processos se tornou notório mundialmente pelo uso, já em 1973, da regra da proporcionalidade. Conhecido como “caso Lebach”, envolvia, de um lado, um dos partícipes em um crime de grandes repercussões, referido como “assassinato dos soldados de Lebach”, e, de outro, o Segundo Canal de Televisão (ZDF), produtor de um documentário sobre o evento.

O requerente teria auxiliado dois colegas a assaltarem um arsenal das Forças Armadas Alemãs, sendo que, no processo, quatro soldados foram assassinados e um quinto foi gravemente ferido. Após serem processados criminalmente, os colegas do requerente foram condenados à prisão perpétua e, ele próprio, a uma pena de seis anos de reclusão.

Após cumprir dois terços de sua pena, o requerente tomou conhecimento de que o canal de televisão *Zweites Deutsches Fernsehen* (ZDF) pretendia, às vésperas de sua soltura sob liberdade condicional, veicular um extenso documentário sobre os detalhes do crime, com a reconstituição dos fatos mediante o uso de atores semelhantes fisicamente aos participantes, com a reiterada citação do nome do requerente e, inclusive, com detalhes sobre a orientação sexual dos envolvidos.

Em face da iminente divulgação do documentário, o requerente instaurou processo judicial buscando a proibição, com a concessão de liminar, da veiculação do programa, alegando, para tanto, que seus direitos de personalidade estariam sendo lesados e que a divulgação do filme dificultaria a sua ressocialização.

O Tribunal do Distrito de Mainz decidiu pelo indeferimento da liminar, baseando tal decisão especialmente no fato de que o requerente teria se tornado, relativamente, uma

“personalidade da história contemporânea” e, por esse caráter de pessoa pública, não poderia ter uma expectativa de privacidade comum.

A decisão foi mantida em sede recursal, tendo o Tribunal Regional Superior de Koblenz sopesado, de um lado, a proteção da imagem e nome de um indivíduo contra publicações não autorizadas e, de outro, o direito de informação sobre pessoas públicas e os direitos de liberdade de expressão e de imprensa. Desse sopesamento, concluiu o Superior Tribunal Estadual que o interesse do requerente em se ressocializar teria peso menor do que os direitos envolvidos na divulgação de fatos verídicos, de interesse público e sobre pessoas públicas.

O caso foi alçado à Corte Constitucional Alemã, que, *reformando* as decisões das Cortes inferiores, decidiu pelo *deferimento* da tutela de urgência, proibindo a transmissão do documentário até o julgamento final da ação pelos tribunais ordinários.

Em sua análise, a Corte apontou, preliminarmente, a relevância do papel desempenhado pelo rádio e a televisão, que disponibilizam aos cidadãos informações relevantes sobre a vida social. A princípio, no entender da Corte, essa liberdade de radiodifusão seria garantida independentemente de uma avaliação de conteúdo ou da qualidade das produções, uma vez que raciocínio diverso levaria à conclusão antidemocrática de que aos órgãos estatais competiria avaliar ou direcionar as informações que podem ou devem ser veiculadas ao público.

Ocorre que a veiculação de certas matérias ou informações poderia vir a colidir com outros valores protegidos na ordem constitucional, em especial com os direitos da personalidade, tal como consagrados no art. 2º da Constituição Alemã. Nesse caso, no entender da Corte, deve socorrer-se da técnica da ponderação, buscando, se possível, harmonizar os valores em conflito e, se não, decidir-se qual valor, pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, deve prevalecer.

Em casos de conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos de personalidade, a Corte entende que o dano causado a um indivíduo não deve ser desproporcional ao valor da divulgação da matéria para a comunicação livre. Disso decorre que, ao efetuar a ponderação em casos do gênero, deve ser considerada, de um lado, a intensidade da intervenção

no âmbito da personalidade e, por outro, o propósito a que a veiculação do programa ou matéria se serve.

No caso concreto, a Corte considerou que a divulgação do documentário pouco antes da concessão da liberdade condicional do requerente, acompanhada da divulgação de seu nome e imagem, teria o condão de causar-lhe grandes prejuízos, dificultando, conforme sustentado na inicial, sua ressocialização. Paralelamente, considerou que o direito de noticiar ainda poderia ser preservado, desde que sem a menção nominal ao autor, pois desnecessária para o objetivo informativo a que a matéria se prestava. Decidiu, portanto, que a infração aos direitos do requerente era desproporcional, de modo que conferiu maior peso, no caso concreto, à proteção da personalidade do autor.

Para efeitos do presente capítulo, no entanto, há de se dar atenção especificamente para um dos argumentos lançados pela Corte: o de que a proteção constitucional à personalidade não admitiria que os veículos de mídia veiculassem matérias sobre a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado⁷⁴.

Essa noção, de que o decorrer do tempo pode influenciar na valoração de uma matéria jornalística, que passa de lícita para ilícita na medida em que se entende que o interesse público na informação não mais prevalece, passou a ser referida por parte da doutrina como um “direito ao esquecimento”, havendo, comumente⁷⁵, referência ao caso Lebach de 1973 quando se disserta sobre o tema.

Esse conceito do chamado “direito ao esquecimento” não passou despercebido na doutrina e jurisprudência brasileira. Em 11 e 12 de março de 2013, por exemplo, foi realizada a VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, na qual foi aprovado o Enunciado 531, que diz que *“a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”*.

⁷⁴ *In verbis*: “Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. (...) A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p. ex. na forma de um documentário”. Tradução para o português disponível em MARTINS, Leonardo (org.). “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

⁷⁵ A título meramente exemplificativo, no caso adiante estudado, REsp nº 1.334.097, faz-se uso do precedente de Lebach de 1973 para sustentar um direito ao esquecimento.

No mesmo ano, foi julgado, junto ao Superior Tribunal de Justiça, o REsp nº 1.334.097⁷⁶, que bem ilustra algumas das repercussões dessa corrente na jurisprudência pátria, consistindo no segundo caso a ser analisado no presente capítulo.

O processo envolvia, de um lado, Jurandir Gomes de França, um dos acusados criminalmente pela Chacina da Candelária e, de outro, a Rede Globo de Televisão, que veiculara, no programa “Linha Direta”, matéria sobre o episódio, pouco menos de 13 (treze) anos após a ocorrência dos fatos. Na matéria televisiva, consta que o autor foi mencionado nominalmente como um dos envolvidos na chacina, havendo ressalva expressa, porém, de que fora absolvido pelo júri.

Sentindo-se lesado, moveu ação indenizatória contra a TV Globo. Embora a causa tenha sido julgada improcedente em primeiro grau, a sentença foi reformada em grau de apelação. Interposto recurso especial, o caso foi alçado ao Superior Tribunal de Justiça, que, igualmente, se manifestou pela procedência da ação.

Fazendo uso de menções ao raciocínio exposto pela Corte Constitucional Alemã no caso Lebach, o STJ decidiu, em 28 de maio de 2013, que, apesar da matéria ter consignado que o requerente foi declarado inocente pelo júri, a veiculação do programa televisivo geraria dano moral, pois mencionaria ostensiva e desnecessariamente o seu nome, referindo-se a fatos ocorridos há muito tempo e dos quais o autor fora absolvido.

Chama atenção, para fins do presente capítulo, o trecho do voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão em que se rebate, veementemente, a argumentação da recorrente segundo a qual uma manifestação que, na origem, é lícita, não poderia se tornar ilícita com o simples decurso do tempo. De acordo com o Ministro Relator, essa assertiva não encontraria qualquer fundamento jurídico. Ao revés, o ordenamento jurídico indicaria que o decurso do tempo é fator que estabiliza as relações jurídicas, o que levaria justamente à conclusão oposta: a da antijuridicidade do revolvimento de fatos que deveriam ser deixados no passado⁷⁷.

⁷⁶ STJ, REsp nº 1.334.097, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.

⁷⁷ *In verbis*: “A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar”.

Há de se observar, no entanto, que, na mesma data, o Ministro Luís Felipe Salomão proferiu voto diverso – em alguns aspectos diametralmente oposto – quando do julgamento do REsp nº 1.335.153-RJ⁷⁸, comumente referido como “caso Aida Curi”. O referido precedente será estudado adiante, no capítulo 2.3, mas é cabível adiantar, desde logo, que neste julgamento o Ministro deu considerável ênfase ao fato de que a TV Globo estaria veiculando um documentário (também um episódio do programa Linha Direta) sobre um crime ocorrido há mais de 50 (cinquenta) anos e que, portanto, já estaria sob o domínio público e imbuído de historicidade.

Tanto no REsp nº 1.334.097 (Chacina da Candelária) quanto o nº 1.335.153 (caso Aida Curi) os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, por haver Recursos Extraordinários pendentes de julgamento. Até o momento⁷⁹, não houve posicionamento por parte do STF, mas, desde já, ambos os casos bem ilustram a controvérsia em torno do fator temporal da comunicação.

Também no âmbito da União Europeia o chamado “direito ao esquecimento” encontrou repercussões recentes, iniciando discussões intensas e que igualmente denotam o caráter controvertido da questão. Referimo-nos, aqui, ao terceiro processo que se pretende estudar no presente capítulo: o caso Google v. AEPD⁸⁰.

No ano de 2010, Mario Costeja Gonzáles promoveu uma demanda junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados, ente público com personalidade jurídica própria, contra a empresa La Vanguardia Ediciones SL, editora do jornal La Vanguardia, e contra as empresas Google Spain e Google Inc.

O jornal La Vanguardia, em edições de janeiro e março de 1998, havia publicado um anúncio de leilão imobiliário, relacionado a um arresto visando o ressarcimento de valores da seguridade social devidos por Gonzáles. Em buscas realizadas no Google pelo nome de Gonzáles, por sua vez, eram mostrados resultados que levavam às páginas do jornal La Vanguardia.

⁷⁸ STJ, REsp nº 1.335.153 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.

⁷⁹ Última consulta em 01.01.2016.

⁸⁰ TJUE, “Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González”, C-131/12, j. 13.05.2014.

Em face da empresa La Vanguardia, portanto, Gonzáles requeria que as páginas fossem removidas ou alteradas, de modo que seu nome e outros dados pessoais não mais dali constassem. Em face das empresas Google Spain e Google Inc., o requerente exigia que o sistema de busca não mais mostrasse como resultados dados ou *links* que se relacionassem com o incidente, tendo em vista que o processo em que ocorrera o arresto e do qual Gonzáles era parte já teria se encerrado há anos.

Em relação à La Vanguardia, decidiu a Agência que a reclamação era improcedente, uma vez que a notícia havia sido originalmente veiculada de forma justificada, inclusive por exigência do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais, que buscava dar a maior publicidade possível ao leilão do imóvel, alcançando maior número de potenciais interessados na compra.

Já em relação à Google Spain e à Google Inc, a Agência decidiu que o pleito era procedente, pois os operadores de ferramentas de busca estariam sujeitos à legislação sobre proteção de dados, sendo responsáveis pela disseminação de informação e, quando fosse o caso, sua ocultação, quando a difusão fosse apta a ferir direitos de personalidade de indivíduos que desejam proteger sua privacidade.

Uma vez que a Google Spain e a Google Inc. recorreram, o caso foi alçado à Audiência Nacional, que, por sua vez, decidiu submeter o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com uma série de questões, tanto processuais quanto de mérito. Faz-se remissão, aqui, à principal delas, para efeitos do presente estudo:

“Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas web de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros?” (g.n.)⁸¹

Em 25 de junho de 2013, o Advogado-Geral junto ao Tribunal emitiu Parecer analisando a questão sob a ótica da Diretiva 95/46 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia e, também, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁸¹ V. relatório do Acórdão, em tradução oficial para o português de Portugal.

Quanto à Diretiva, o Parecer concluía pela inexistência, seja pelo artigo 12, alínea b⁸², seja pelo artigo 14, alínea a⁸³, de uma obrigatoriedade de observância a um “direito ao esquecimento”. Em relação ao artigo 12, b, pontuou⁸⁴ o Advogado-Geral que o dispositivo se referiria à exclusão de informações de carácter completo ou inexato, e não a informações corretas que o indivíduo deseja ver eliminadas. Em relação ao artigo 14, a, da Diretiva, o Advogado-Geral sustentou⁸⁵ que o dispositivo não consagraria um direito irrestrito ou geral ao esquecimento, mas sim a possibilidade de exclusão da informação quando ela tenha sido divulgada sem o consentimento da pessoa em causa e mediante uma avaliação concreta dos prejuízos aos interesses protegidos do indivíduo.

Considerando especificamente o artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁶, o Advogado-Geral pontuou que, embora não desconheça precedente no sentido de que uma informação já sob o domínio público tenha sido limitada com a finalidade de proteger a privacidade de um indivíduo que não pertence à vida política ou pública, entende que não se pode impor uma censura à republicação de matérias, por conta unicamente do decurso do tempo.

Embora, em seu entendimento⁸⁷, seja possível exigir um elevado *standard* de exatidão quanto à publicação e republicação de informações históricas – até possivelmente

⁸² “Artigo 12: Direito de acesso. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento: (...) b) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados”;

⁸³ “Artigo 14: Direito de oposição da pessoa em causa. Os Estados-membros reconhecerão em causa o direito de: a) Pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional. Em caso de oposição justificada, o tratamento efectuado pelo responsável deixa de poder incidir sobre esses dados”.

⁸⁴ *In verbis*: “104. Os direitos de retificação, apagamento e bloqueio de dados previstos no artigo 12.º, alínea b), da diretiva referem-se a dados cujo tratamento não cumpra o disposto na diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados (sublinhado meu)”.

⁸⁵ *In verbis*: “(...) 108. (...) considero que a diretiva não prevê um direito genérico «de ser esquecido», no sentido de a pessoa em causa ter o direito de limitar ou de pôr termo à difusão de dados pessoais que considera prejudiciais ou contrários aos seus interesses. A finalidade do tratamento e os interesses protegidos por este, quando ponderados com os da pessoa em causa, são os critérios que devem ser aplicados quando os dados são tratados sem o consentimento da pessoa em causa, e não as preferências subjetivas desta última. Uma preferência subjetiva não constitui, por si só, uma razão preponderante e legítima na aceção do artigo 14.º, alínea a), da diretiva”.

⁸⁶ “Artigo 7º - Respeito pela vida privada e familiar. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações”.

⁸⁷ *In verbis*: “129. A liberdade de informação do editor de um jornal protege o seu direito de republicar digitalmente na Internet os seus jornais impressos. Em meu entender, as autoridades, incluindo as autoridades de

maior do que em relação a notícias atuais – exigir que a informação original seja editada ou censurada constituiria, em suas palavras, uma “falsificação da história”.

No entanto, o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia foi diverso do externado pelo Advogado-Geral. Em apreciação do feito, apontou o Tribunal que o artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia garante o respeito à vida privada e o artigo 8º do mesmo diploma confere proteção aos dados pessoais, sendo que esses princípios são refletidos na regulamentação inscrita na Diretiva 95/46, base legal para a decisão original da Agência Espanhola de Proteção de Dados.

O artigo 6º da Diretiva nº 95/46⁸⁸, por sua vez, estabelece que os Estados-membros da União Europeia devem exigir que a divulgação de dados pessoais (a) seja objeto de um tratamento leal e lícito, (b) busque atingir finalidades determinadas, explícitas e legítimas, sem se tornarem incompatíveis com essas finalidades com o decurso do tempo, (c) seja adequada, pertinente e não excessiva em relação aos fins perquiridos, (d) seja exata e atualizada, e (e) não se dê por período superior ao necessário para o alcance dos fins almejados. O artigo também menciona e reconhece como legítima a obtenção, divulgação e conservação de dados para fins históricos, estatísticos e científicos, mas exige, paralelamente, “garantias adequadas”.

proteção de dados, não podem censurar essa republicação. O acórdão *Times Journals Ltd c. Reino Unido* (n.ºs 1 e 2) do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem demonstra que a responsabilidade do editor relativamente à exatidão das publicações históricas pode ser mais estrita do que em relação às publicações de notícias atuais, e pode exigir a utilização de derrogações adequadas que completem o conteúdo contestado. Porém, em minha opinião, não pode haver nenhuma justificação para exigir a republicação digital de um número de um jornal com um conteúdo diferente da versão impressa originalmente publicada. Isso constituiria uma falsificação da história”.

⁸⁸ “1. Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão:

- a) Objecto de um tratamento leal e lícito;
- b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. O tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não é considerado incompatível desde que os Estados-membros estabeleçam garantias adequadas;
- c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente;
- d) Exactos e, se necessário, actualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sejam apagados ou rectificadas;
- e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos”.

Traçados os contornos normativos da questão, a Corte aponta que, na realidade atual, os mecanismos de busca têm o potencial de permitir uma grande ingerência na vida privada, uma vez que possibilitam, por meio de uma simples busca pelo nome de um indivíduo, o acesso a informações pessoais compiladas e, portanto, a uma visão global estruturada sobre essa pessoa.

Desse modo, o Tribunal responde os questionamentos da Audiência Nacional afirmando que, de fato, a Diretiva nº 95/46 deveria ser interpretada no sentido de que, a fim de viabilizar a garantia dos direitos da personalidade ali previstos, o operador de um sistema de busca pode ser compelido a suprimir um *link* de sua lista de resultados, mesmo que esse *link* redirecione para página que contém informação publicada de forma lícita, e mesmo sem que o editor da página seja compelido a retirar a informação do ar.

Ademais, o Tribunal também responde que a Diretiva nº 95/46 deve ser interpretada, mormente por conta de seu artigo 6º, nº 1, alíneas c e e, no sentido de que uma publicação de determinada informação poderia ser, inicialmente, perfeitamente legítima e, com o tempo, tornar-se incompatível com a diretiva. Isso poderia ocorrer porque o interesse público na informação, que inicialmente tinha peso tal que sobrepujava a proteção à personalidade do indivíduo, poderia perder relevância com o decurso do tempo, de modo que, em determinado momento, a proteção ao indivíduo passa a prevalecer em um juízo de balanceamento.

Especificamente quanto ao caso concreto, o Tribunal aponta que a busca realizada na plataforma Google pelo nome de Mario Costeja Gonzáles resultaria em matéria jornalística com informações pessoais que diziam respeito a fatos ocorridos há mais de 16 anos. Ademais, o Tribunal aponta que não vislumbra razões especiais que justifiquem uma preponderância do interesse público dos internautas a ter acesso a essas informações via Google, ressalvando que, em última análise, esse juízo compete ao órgão jurisdicional consulente. Prevalecendo esse entendimento, no entanto, a conclusão necessária seria a de que Gonzáles efetivamente teria o direito de compelir a Google Spain e a Google Inc. a retirar a matéria em questão, veiculada pelo jornal La Vanguardia, dos resultados da busca por seu nome, mesmo que esse o próprio jornal não fosse obrigado a retirar a página de sua base de dados.

Como se vê, nos três casos citados no presente capítulo – Lebach (1973), REsp 1.334.097 e Google v. AEPD, os Tribunais entenderam que o decorrer do tempo teria o condão de estabilizar as situações pretéritas, não cabendo à mídia ou a comunicadores em geral revolver fatos que deveriam – em seu entender - ficar no passado. Nesse sentido, os particulares teriam o “direito ao esquecimento”, no sentido de ver impedida a continuidade da divulgação de seu passado.

Isso significa que, nos três precedentes, o decurso do tempo foi valorado juridicamente como fator que limitaria o direito à liberdade de expressão, havendo, em certos aspectos, uma presunção implícita de que, com o passar dos anos, o interesse público na informação decresceria e que isso seria elemento apto a prestigiar o direito à privacidade, em detrimento à liberdade de expressão.

No entanto, no capítulo 2.3 serão estudados casos em que a valoração jurídica do decurso do tempo foi oposta à ora descrita, o que evidencia que o chamado “direito ao esquecimento” é controverso e, como veremos, possivelmente antidemocrático.

2.3. Lebach 2 (1999), Plon v. France e caso Aida Curi: a perspectiva inversa.

Em continuidade sobre o tema da influência do tempo na interpretação da liberdade de expressão, o presente capítulo se presta a detalhar um posicionamento que, de certa forma, é oposto à lógica do direito ao esquecimento, abordada no item anterior.

Conforme estudado anteriormente, um dos precedentes comumente citados para embasar o chamado “direito ao esquecimento” é o caso Lebach, de 1973, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Curiosamente, no entanto, fatos similares voltaram a ser objeto de discussão judicial mais de vinte anos depois do referido julgamento. À semelhança do caso de 1973, a possibilidade de veiculação de um programa televisivo sobre os assassinatos ocorridos em 1969 em Lebach veio a ser novamente debatida no que alguns⁸⁹ se referem como “caso Lebach 2”, com resultados bastante diversos.

Em 1996, o canal SAT1 produziu uma série sobre crimes que marcaram a história alemã, sendo que o episódio piloto da mencionada série relataria, justamente, o chamado caso do Assassinato dos Soldados de Lebach. Para essa narrativa, porém, eram atribuídos nomes fictícios aos envolvidos, que, igualmente, não tinham sua aparência real veiculada.

A despeito dos nomes reais não terem sido mencionados no programa televisivo, um dos envolvidos - o mesmo autor do caso Lebach de 1973 - moveu duas ações para que a veiculação do episódio fosse proibida.

O autor argumentava que o programa traria o ocorrido de volta à consciência pública, despertaria o interesse dos espectadores sobre o destino dos condenados, reacenderia animosidades para os que já conhecessem as identidades dos envolvidos e prejudicaria sua reabilitação.

⁸⁹ V. Ingo Wolfgang Sarlet em “Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados”, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protacao-dados-mario-gonzalez>>. De igual sorte, v. Otávio Luiz Rodrigues Junior em “Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>.

No processo BvR 348/98, o Tribunal Regional Superior de Saarland decidiu em favor da liberdade de radiodifusão. No processo BvR 755/98, o Tribunal Distrital de Mainz e o Tribunal Regional Superior de Koblenz decidiram em favor da privacidade do indivíduo.

Em sua argumentação perante o Tribunal Constitucional, o recorrente sustentou que o Tribunal Regional Superior de Saarland não deu, em um juízo de proporcionalidade, o peso adequado ao seu direito de livre desenvolvimento da personalidade. Em seu entender, da dignidade da pessoa humana decorre um direito de resguardo da vida privada, que, no caso concreto, não foi respeitado. Isso porque, considerando que o homicídio dos soldados de Lebach havia ocorrido há 30 anos, a liberdade de radiodifusão teria menor peso do que o seu "direito de ser deixado em paz", até porque seu processo de reabilitação ainda não estava concluído e poderia ser seriamente prejudicado com a veiculação do programa televisivo.

Já o canal SAT 1 argumentou que o direito geral à privacidade não seria um direito absoluto a ser deixado em paz. Ao revés, os direitos de personalidade do envolvido em um crime de amplas repercussões não lhe confeririam um direito pleno de apagar o ocorrido da consciência da posteridade, até porque reabilitação não significaria esquecer por completo o passado. No caso concreto, ainda, guardaria relevância o fato de que o indivíduo não teria sido identificado por nome ou imagem, de modo que não haveria prejuízo à sua ressocialização. Entendimento em sentido contrário transformaria em tabu zonas completas do jornalismo, uma vez que se poderia sustentar que o jornalismo sobre crimes invariavelmente prejudicaria os direitos da personalidade e de ressocialização dos criminosos, sendo, supostamente, ilícito.

Em apreciação da questão, o Tribunal Constitucional Alemão concorda com o canal televisivo, no sentido de entender que o precedente do caso de Lebach de 1973 não significou que os indivíduos têm imunização completa, oponível a qualquer representação indesejada de eventos dos quais fez parte. Ao revés, entende o Tribunal que a restrição a tais caracterizações é sempre na medida – e estritamente nela – em que a comunicação pode realmente afetar o desenvolvimento da personalidade de um indivíduo.

No mais, entende o Tribunal que o fato do indivíduo ter cumprido pena pelo crime que cometeu não significaria que terceiros ou a mídia estão impedidos de suscitar o ocorri-

do, mas tão somente que o Estado considera oficialmente que as consequências penais do crime foram satisfeitas⁹⁰.

No caso Lebach de 1973, atribuiu-se grande peso ao fato de que houve cobertura dramática e sensacional dos assassinatos, com indicação de nome e fotografia do infrator, e divulgação programada para a mesma época da soltura do indivíduo. Entendeu-se que esses fatores, naquele contexto, prejudicariam significativamente a ressocialização da pessoa em causa, de modo que a balança penderia para a proteção de seus direitos de personalidade.

O Tribunal reafirma que tais consequências graves e até mesmo impeditivas da ressocialização podem ocorrer também em casos em que o episódio narrado tenha ocorrido há um longo tempo. No entanto, nesse julgamento a Corte consigna que o passar do tempo teria um claro efeito de apaziguar os ânimos, de modo que a divulgação de um relato muito tempo depois de um evento não gera a mesma indignação do que a divulgação subsequente, no calor do momento⁹¹.

No caso concreto, não só muito tempo havia se transcorrido como o programa televisivo não identificava o indivíduo, de modo que a restrição à liberdade de radiodifusão não poderia se justificar unicamente pela argumentação de que o episódio voltaria à consciência pública – até porque os únicos que poderiam identificar o envolvido seriam aqueles que já sabiam de seu passado.

O Tribunal Constitucional termina por sustentar que a liberdade de radiodifusão também não poderia ser infirmada pela alegação de que o programa televisivo seria mais de entretenimento do que informativo. Isso porque (i) os programas de entretenimento também são protegidos pelo direito à liberdade de radiodifusão e (ii) no caso concreto, o programa em tela teria também um claro caráter histórico e político.

⁹⁰ *In verbis: “Auch die Verbüßung der Straftat führt nicht dazu, daß ein Täter den Anspruch erwirbt, mit der Tat ‘allein gelassen zu werden’. Mit der Strafverbüßung ist dem Strafanspruch des Staates Genüge getan. Das Verhältnis des Täters zu sonstigen Dritten, insbesondere den Medien, bleibt davon unberührt. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht im Lebach-Urteil 1973 auch nicht auf den Umstand abgestellt, daß der damalige Beschwerdeführer seine Strafe weitgehend verbüßt hatte. Maßgeblich für die Beurteilung war vielmehr die Gefährdung der Resozialisierung, falls das ZDF-Dokumentar-Fernsehspiel ausgestrahlt worden wäre”.*

⁹¹ *“Mit dem zeitlichen Abstand zu einer Tat verblaßt in aller Regel die Empörung über das Handeln der Täter, welches zu Ablehnung und belastender Identifikation des Täters mit der Tat führen kann”.*

Como pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet⁹², no caso Lebach de 1973 a Corte considerou que o decurso do tempo minaria o interesse público na informação, que acabaria cedendo, em um juízo de sopesamento, em face dos direitos da personalidade e de ressocialização do indivíduo. No entanto, como também bem apontado⁹³ pelo autor, o Tribunal proferiu julgamento diverso no caso Lebach 2, aduzindo que não se extrairia do julgamento de 1973 um direito subjetivo, de titularidade dos autores de crimes, de ter absoluta imunidade a novas retratações de acontecimentos relevantes nos quais tenham se envolvido.

Vê-se, dessa forma, que a Corte Constitucional Alemã acabou por flexibilizar ou relativizar o dito “direito ao esquecimento”, tal como antes construído no caso Lebach de 1973, especialmente quando observa que o passar do tempo e o distanciamento do momento em que os fatos originalmente ocorreram teriam um efeito apaziguador, com menor potencial de conflito com os direitos da personalidade dos envolvidos.

Nesse sentido, o posicionamento da Corte acaba por se aproximar, em alguns aspectos, com o raciocínio da Corte Europeia de Direitos do Homem no caso *Plon v. France*⁹⁴. Enquanto na tese do “direito ao esquecimento” o decurso do tempo teria o condão de minar a legitimidade da veiculação de determinada informação, o caso *Plon v. France* traz um raciocínio em sentido inverso: que o decurso do tempo pode tornar lícita uma manifestação que, outrora, não o era.

O caso, decidido pela Corte Europeia de Direitos do Homem, envolve, de um lado, a editora Plon e, de outro, o Estado francês, que havia, por meio do Poder Judiciário, proibido a publicação do livro “*Le Grand Secret*”, obra em que o médico do Presidente

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. “Do caso Lebach ...”, ob. cit. *In verbis*: “O tribunal entendeu que embora a regra seja a da prevalência do interesse na informação, a ponderação, em função do transcurso do tempo desde os fatos (o julgamento é de junho de 1973), deve levar em conta que o interesse público não é mais atual e acaba cedendo em face do direito à ressocialização. Portanto, ainda de acordo com o TCF, se o interesse público na persecução penal, na divulgação dos fatos e da investigação numa primeira fase prevalece em face da personalidade do autor do fato, e tendo sido a opinião pública devidamente informada, as intervenções nos direitos de personalidade subsequentes já não podem ser toleradas, pois iriam implicar uma nova sanção social imposta ao autor do delito, especialmente mediante a divulgação televisiva e no âmbito de seu alcance”.

⁹³ Ob. cit.. *In verbis*: “na sua argumentação, o TCF aduziu que o direito geral de personalidade não assegura aos autores de crimes um direito subjetivo no sentido de que a opinião pública não possa mais ser confrontada com os fatos, direito que também não poderia — segundo o tribunal — ser extraído do julgamento de 1973. Isso pelo fato de que, no primeiro caso, o TCF apenas constatou que o direito de personalidade está protegido de uma temporalmente ilimitada atenção dos meios de comunicação com a pessoa do criminoso e sua vida privada, mas não assegura uma absoluta imunidade em relação a uma indesejada representação pública de acontecimentos relevantes para a personalidade, sendo, portanto, determinante o quanto, no caso concreto, a difusão pela mídia de informações pode afetar os direitos de personalidade”.

⁹⁴ CEDH, “*Plon v. France*”, App n° 58148/00, j. 18.05.2004, Reports 2004-IV.

Mitterrand, Dr. Gubler, relatava seu relacionamento com o Presidente e o estado médico deste.

Segundo o livro, em 16 de novembro de 1981, seis meses após ser eleito, o Presidente Mitterrand teria sido diagnosticado com câncer, com uma estimativa de sobrevivência da ordem de três meses a três anos. Não obstante, decidiu que manteria a doença em segredo, tendo instruído seus médicos no mesmo sentido. No decorrer dos mandatos que exerceu (dois mandatos de sete anos), o Presidente teria ordenado a divulgação semestral de boletins médicos reportando a sua suposta boa condição de saúde, dos quais foram omitidos os dados indicativos da doença que o acometia.

Em 8 de janeiro de 1996, quando já havia encerrado seus dois mandatos, Mitterrand veio a falecer. Em 10 de janeiro do mesmo ano, o jornal *Le Monde* publicou artigo no qual era revelada a doença do ex-Presidente, bem como que ela era conhecida desde o primeiro ano do primeiro mandato. Iniciou-se, então, debate de proporções nacionais sobre eventual direito dos cidadãos de terem conhecimento de fatos dessa natureza, sobre a aptidão física do ex-Presidente para o exercício de suas funções e, até, sobre a qualidade dos serviços médicos prestados, entre outros, pelo Dr. Gubler.

Em 17 de janeiro de 1996, portanto, Gubler decidiu publicar o já mencionado livro, *Le Grand Secret*, tornando públicos os fatos relacionados ao tratamento médico e à condição de saúde de Mitterrand.

Inconformadas com a publicação do livro, porém, a viúva e as filhas de Mitterrand acionaram o Poder Judiciário, pleiteando a concessão de uma liminar que barrasse a distribuição das cópias dos livros e proibisse novas publicações. Sustentava-se que Gubler incorria em quebra de seu dever de confidencialidade como médico, causando grande abalo psíquico aos familiares de Mitterrand.

Acolhendo esses argumentos, foi deferida a liminar pleiteada, acrescendo-se à fundamentação que o fato da publicação ter sido feita poucos dias após o falecimento de Mitterrand teria o condão de agravar o transtorno causado aos seus familiares. A Editora recorreu e, ao analisar a questão, a Corte de Apelações de Paris decidiu manter a liminar concedida, ressaltando, porém, sua natureza temporária.

A par do julgamento do mérito da demanda civil, Gubler foi réu em processo criminal, tendo em vista que a legislação francesa tipifica penalmente a quebra do sigilo médico. No processo criminal, decidiu-se que efetivamente houve descumprimento, por Gubler, de seus deveres profissionais. No processo civil, decidiu-se, de igual sorte, que a divulgação dos dados médicos era ilícita e causava dano moral às herdeiras de Mitterrand, de modo que, como medida adequada e necessária à proteção dos direitos de personalidade do ex-Presidente e de seus familiares, a proibição de publicação do livro era medida que se impunha.

Mantida a decisão de mérito em todas as instâncias, o caso foi levado à Corte Europeia de Direitos do Homem, por meio de representação feita pela Editora Plon junto à Comissão Europeia de Direitos do Homem.

Ao apreciar o caso, a CEDH dividiu em dois os fatos em exame: (i) os relativos à concessão da liminar que proibia temporariamente a divulgação do livro, e (ii) os relativos à concessão de ordem definitiva, proibindo, permanentemente, a publicação da obra. É a linha argumentativa que levou à própria divisão da análise que nos interessa explorar em detalhes no presente capítulo.

Com efeito, a Corte julgou unanimemente que a intervenção estatal no primeiro momento, ao conceder a liminar que proibia temporariamente a publicação do livro, não feria o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem⁹⁵, que delimita os contornos da proteção à liberdade de expressão.

Já em relação ao segundo momento, em que o Estado francês impôs proibição definitiva à divulgação do livro, a Corte considerou, também por unanimidade, que efetivamente *houve* violação à Convenção.

⁹⁵ “Artigo 10 – Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.

Pontuou a Corte que, quando a última decisão de mérito foi prolatada, já haviam decorrido nove meses e meio desde o falecimento de Mitterrand e, até lá, diversas matérias já haviam sido publicadas sobre o tema. De acordo com a Corte, com o passar dos meses e o evento tornando-se distante no tempo, houve mudança no contexto fático.

Se, originalmente, poucos dias após o falecimento de Mitterrand, era legítima a proibição temporária da publicação do livro (até para a proteção psíquica dos familiares em luto), o mesmo não poderia ser dito sobre a proibição definitiva, ordenada muitos meses após o evento.

Em outras palavras, a Corte decidiu que o decurso do tempo fez com que o interesse público na discussão histórica dos dois mandatos de Mitterrand passasse a *prevalecer* sobre o direito ao sigilo médico.

A CEDH conclui sustentando que a passagem do tempo deve ser levada em consideração na adoção de medidas tão gravosas quanto o banimento de um livro, que, quando geral e absoluto como o foi no caso concreto, em regra é incompatível com a proteção da liberdade de expressão, tal como garantida na Convenção⁹⁶.

Como se vê, o decurso do tempo foi considerado como fator que *fortaleceria* o interesse público na divulgação da informação, fazendo com que o direito à liberdade de comunicação prevalecesse em face do direito de privacidade dos envolvidos.

Note-se que esse não foi um posicionamento isolado da Corte. Em 1998, a Corte já havia decidido o caso *Lehideux and Isorni v. France*⁹⁷, em que, analisando a restrição a uma publicação que elogiava o governo do marechal francês Henri Philippe Pétain durante o armistício com a Alemanha nazista, sustentou que o fato de 40 anos terem se transcorrido desde os eventos relatados deveria ser considerado ao tratar sobre um artigo que rediscute

⁹⁶ Decidiu a Corte, *in verbis*: “Likewise, the more time that elapsed, the more the public interest in discussion of the history of President Mitterrand's two terms of office prevailed over the requirements of protecting the President's rights with regard to medical confidentiality. This certainly does not mean that the Court considers that the requirements of historical debate may release medical practitioners from the duty of medical confidentiality, which under French law is general and absolute, save in strictly exceptional cases provided for by law. However, once the duty of confidentiality has been breached, giving rise to criminal (and disciplinary) sanctions against the person responsible, the passage of time must be taken into account in assessing whether such a serious measure as banning a book – a measure which in the instant case was likewise general and absolute – was compatible with freedom of expression”.

⁹⁷ CEDH, “Lehideux and Isorni v. France”, App n° 24662/94, j. 23.09.1998, Reports 1998-VII.

um período histórico⁹⁸. De acordo com a CEDH, em posicionamento que viria a ser reiterado em *Plon v. France*, o decurso do tempo tornaria inapropriado que se reprimisse a publicação com a mesma severidade cabível 20 ou 30 anos antes, quando o potencial de reabrir feridas e causar sofrimento seria muito maior. No entender da Corte, esse seria um raciocínio necessário para que um País pudesse debater sua própria história de forma aberta e racional.

Como adiantado no capítulo 2.2, esse raciocínio também pode ser encontrado na jurisprudência pátria, especificamente em algumas passagens da fundamentação do julgado do STJ no REsp nº 1.335.153-RJ⁹⁹, comumente referido como “caso Aida Curi”, terceiro caso a ser estudado no presente tópico.

Em 14 de julho de 1958, Aida Jacob Curi, de 18 anos de idade, foi vítima de estupro e homicídio, tendo sido jogada da cobertura de um prédio de Copacabana com a finalidade de mascarar o abuso que havia sofrido por parte de três indivíduos. À época, o crime foi amplamente divulgado, tendo recebido grande repercussão nacional.

Em 29 de abril de 2004, quase 46 (quarenta e seis) anos depois do ocorrido, o canal TV Globo veiculou episódio do programa Linha Direta Justiça, narrando o ocorrido, inclusive com a reconstituição dos fatos e a utilização de fotos de Aida Curi.

Inconformados, os irmãos vivos de Aida Curi ingressaram com ação ordinária de indenização, alegando que a TV Globo lhes haveria causado danos morais. Segundo a argumentação dos autores, o crime havia sido esquecido depois do passar de tantos anos e, com a veiculação do programa televisivo, antigas feridas haviam sido abertas, forçando os autores a reviver as experiências dolorosas que desejavam que permanecessem no passado.

Em primeiro grau, o juízo da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro julgou a demanda improcedente e, em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a sentença prolatada. Na fundamentação do Acórdão, o Tribunal consignou que a TV Globo teria cumprido com seu papel informativo, trazendo a debate um caso

⁹⁸ *In verbis*: “The Court further notes that the events referred to in the publication in issue had occurred more than forty years before. Even though remarks like those the applicants made are always likely to reopen the controversy and bring back memories of past sufferings, the lapse of time makes it inappropriate to deal with such remarks, forty years on, with the same severity as ten or twenty years previously. That forms part of the efforts that every country must make to debate its own history openly and dispassionately”.

⁹⁹ STJ, REsp nº 1.335.153 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.

amplamente discutido, inclusive nos meios acadêmicos. Esse caráter público e notório do ocorrido ficaria evidente a partir da observação de que uma pesquisa no buscador Google pelo nome de Aida Curi resultaria em mais de 470.000 (quatrocentos e setenta mil) anotações.

No entender do TJ-RJ¹⁰⁰, o esquecimento não seria a solução para todos os males. Ao revés, sustentou-se que fatos desagradáveis por vezes devem ser revividos e trazidos à tona, para que a sociedade deles não esqueça e, através da reflexão, evite que voltem a ocorrer.

Em apreciação do caso, o Ministro Relator Luís Felipe Salomão voltou a afirmar, como havia feito no REsp nº 1.334.097¹⁰¹, a existência de um direito ao esquecimento, tal como previsto no Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

O Ministro Relator registrou não desconhecer¹⁰² os argumentos contrários ao chamado “direito ao esquecimento”, fazendo menção, nesse ponto, às alegações de infração à liberdade de expressão e imprensa, de perda da própria história, de censura a infor-

¹⁰⁰ Trecho da ementa: “2 - A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente”.

¹⁰¹ Episódio do programa Linha Direta sobre a Chacina da Candelária, v. capítulo 2.2.

¹⁰² O Ministro Relator assim sistematiza os argumentos contrários ao “direito ao esquecimento”, *in verbis*: “6. *Grosso modo*, entre outras assertivas contrárias à tese do direito ao esquecimento, afirmam-se que: i) o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; ii) o direito de fazer desaparecer as informações que retratam uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; iii) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade é a censura do nosso tempo; iv) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que aquele finge que essa relação não existe - um “delírio da modernidade”; v) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; vi) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; vii) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; viii) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerentes à própria atividade jornalística”.

mações de interesse público, entre outras. No entanto, o magistrado afirma que o Poder Judiciário não pode se prender ao cenário autoritário vivido no passado brasileiro para interpretar a liberdade de imprensa como irrestrita e desprendida das regras e princípios atinentes à dignidade da pessoa humana e à proteção da personalidade do indivíduo, especialmente em um cenário em que as novas tecnologias de comunicação podem gerar danos devastadores e de difícil reparação.

Mesmo reafirmando, porém, a existência de um “direito ao esquecimento” e chegando a sustentar que, em um conflito de bens jurídicos, a Constituição teria uma inclinação a soluções protetivas do indivíduo em detrimento da liberdade de imprensa, o Ministro conclui opinando no sentido de que, no caso concreto, não haveria de se falar em ato causador de danos morais aos familiares de Aida Curi.

Nesse sentido, o Ministro Relator concorda com a linha argumentativa da recorrida quanto ao potencial caráter histórico de crimes passados, que podem consistir em retratos das características de um povo em determinada época, trazendo lições ou alertas quanto ao respeito de valores éticos e humanos¹⁰³. A despeito de consignar que a historicidade da notícia proveniente do jornalismo policial deve ser aferida com cautela, o magistrado sustentou que, no caso concreto, o episódio televisivo de fato relatou acontecimento já caído em domínio público e amplamente debatido, sem fazer uso, para tanto, da imagem de Aida Curi de forma desrespeitosa.

Especificamente quanto à temporalidade – elemento de maior interesse para os fins do presente estudo – o Ministro Relator apontou um aparente paradoxo, digno de nota: embora, em seu entender, o passar do tempo gere um direito ao esquecimento, esse mesmo decurso do tempo faz com que o potencial de abalo moral diminua, pelo distanciamento do fato retratado. No caso concreto, portanto, passados quase cinquenta anos dos acontecimentos originais, a retransmissão televisiva das informações atinentes ao homicídio de Aida Curi não teria mais o condão de causar abalo moral à família da vítima, motivo pelo qual deveria ser negado provimento ao recurso¹⁰⁴.

¹⁰³ Oportuno observar que o Ministro Relator exemplifica alguns crimes de caráter histórico, citando, dentre eles, o da Chacina da Candelária, a despeito de, no REsp nº 1.334.097, ter opinado pela prevalência do chamado “direito ao esquecimento”.

¹⁰⁴ Trecho do voto do Ministro Luís Felipe Salomão: “No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constata-

Ao final, dois outros Ministros acompanharam o voto do Relator, tendo sido negado, por maioria, provimento ao recurso.

Como se vê, nos três casos estudados – caso Lebach 2, Plon v. France e caso Aida Curi - os Tribunais competentes atribuíram relevância ao fator temporal, entendendo, com maior ou menor ênfase, que o decurso do tempo teria um efeito apaziguador das suscetibilidades, fazendo com que, ao contrário do quanto sustentado nos casos estudados no capítulo 2.2, fosse atribuído *maior* peso à liberdade de expressão. Trata-se, portanto, de um raciocínio com elementos opostos ao do chamado “direito ao esquecimento”.

No capítulo 2.6, o tema será retomado, com a análise geral da influência do fator temporal na liberdade de expressão. É oportuno, antes disso, avaliar se, como adiantado no capítulo 2.1, determinados *períodos* no tempo podem influenciar a valoração jurídica de um ato comunicativo.

ção: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, o que me faz concluir que não há o abalo moral”. (g.n.)

2.4. Liberdade de expressão, estados de emergência e instabilidade política.

Como já mencionado anteriormente, nos capítulos 2.4 e 2.5, pretende-se avaliar se determinados *períodos* no tempo, por suas particularidades, teriam o condão de condicionar o exercício da liberdade de manifestação. Especificamente no capítulo 2.4, serão abordados os estados de emergência como fatores que restringem a fruição desse direito.

O direito à segurança é frequentemente considerado como um dos pilares essenciais do Estado de Direito. John Locke, um dos grandes teóricos do contratualismo, sustentava, já no século XVII, que o próprio propósito do Estado e das sociedades políticas era o ingresso em um estado de segurança e de possibilidade de preservação da vida, das liberdades e da propriedade¹⁰⁵.

Essa segurança, que pode ser compreendida tanto na faceta da segurança jurídica quanto na da segurança pública, é consagrada como valor relevante em basicamente todos os ordenamentos jurídicos.

No Brasil, por exemplo, a segurança pública, compreendida como o dever do Estado de manutenção da ordem pública, interna e externa, é prevista expressamente nos artigos 144 e seguintes da atual Constituição Federal Brasileira¹⁰⁶.

Antecipando algumas das dificuldades de plena concretização do direito à segurança pública em tempos em que condições extremas e excepcionais ameaçam a estabili-

¹⁰⁵ Se por um lado, dizia Locke, o estado de natureza possibilita que cada indivíduo seja mestre absoluto de sua pessoa e de suas posses, por outro, essa era uma condição permeada de inseguranças e incertezas. E é em nome da segurança, sustenta, que os indivíduos se predispõem a abrir mão de liberdades e prerrogativas e a conviver em uma sociedade regida por leis editadas pela comunidade. Sustentava o autor, *in verbis*: “*If man in the state of nature be so free, as has been said; if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest, and subject to no body, why will he part with his freedom? why will he give up this empire, and subject himself to the dominion and controul of any other power? To which it is obvious to answer, that though in the state of nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others: for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very unsecure. This makes him willing to quit a condition, which, however free, is full of fears and continual dangers: and it is not without reason, that he seeks out, and is willing to join in society with others, who are already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name, property*”. LOCKE, John, “*Second Treatise of Government*”. Disponível em: < <http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm> >, Capítulo IX, Seção 123.

¹⁰⁶ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”.

dade institucional, o constituinte optou por inserir no próprio texto constitucional as figuras do estado de defesa e do estado de sítio (v. arts. 136 a 141), em que, nas hipóteses e mediante a observância das regras e procedimentos ali previstos, seria possível a flexibilização de determinados direitos fundamentais.

Trata-se, a bem da verdade, de um verdadeiro paradoxo, pois, como bem coloca o Professor Carlos Bastide Horbach¹⁰⁷, dá-se como justificativa da flexibilização da democracia a sua preservação.

No caso brasileiro, o artigo 136 da Constituição abre a possibilidade de decretação do estado de defesa para preservar ou restabelecer, em locais restritos ou determinados, a paz ou a ordem pública ameaçadas por “grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. Segundo a normativa constitucional, durante a vigência do estado de defesa, que não poderá superar 30 (trinta) dias, prorrogáveis por um igual período, é possível que haja restrições aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica

Já nos artigos 137 e seguintes da Constituição, verifica-se a possibilidade de que seja decretado o estado de sítio nos casos de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (inciso I) ou de “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (inciso II).

Nos termos do artigo 139 da Constituição de 1988, na vigência do estado de sítio com fundamento no artigo 137, I, é possível que haja, à semelhança do estado de defesa, restrições à liberdade de reunião e aos sigilos de correspondência e de comunicações. Adicionalmente, é possível que seja determinada a obrigação de permanência em local específico, que haja a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, que seja feita a busca e apreensão em domicílio, que haja a intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens, e que haja restrição à prestação de informações e – de especial interesse ao presente estudo - à liberdade de imprensa, na forma

¹⁰⁷ *In verbis*: “A preservação da democracia e das liberdades a ela inerentes é a justificativa das restrições que em tempos de crise são impostas à democracia e às suas liberdades. Trata-se de um paradoxo que, de há muito, embasa sistemas de defesa da ordem constitucional”. In HORBACH, Carlos Bastide, “O poder executivo na Democracia Contemporânea: Liberdade em Tempos de Crise”, in “Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho”. Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 123.

da lei. Ressalte-se que, para o estado de sítio com fundamento no artigo 137, II, sequer consta da Constituição um rol exaustivo de prerrogativas estatais, havendo, em tese, uma ampla gama de medidas restritivas das quais, nesses períodos excepcionalíssimos, o Estado pode fazer uso.

Evidentemente, a decretação desses estados de emergência deve seguir um rígido procedimento e, nos termos expressos da Constituição, está sujeita a um sistema de controle dos atos praticados e de responsabilização pelos excessos praticados. Não obstante, chama atenção a gravidade das medidas cuja adoção é admitida pelo próprio texto constitucional, abrindo-se margem para a severa limitação de direitos fundamentais, como o da liberdade de expressão.

Figuras como essas, que configuram estados de emergência e admitem restrições de direitos – entre eles o da liberdade de imprensa –, não são novas nem restritas ao constitucionalismo brasileiro.

O próprio estado de sítio, nos termos da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁸, teve sua primeira previsão normativa em um decreto francês de 10 de julho de 1791, com evoluções e positivações posteriores. Essa construção francesa foi adotada por diversos países de raiz romano-germânica, inclusive o Brasil, que na sua primeira Constituição, de 1824, já a previa¹⁰⁹.

Paralelamente, os Estados do *Common Law*, como os Estados Unidos, costumam adotar um sistema próprio de defesa da ordem constitucional, o chamado *martial law*, que se caracteriza por ter natureza simplesmente declaratória de um cenário em que há necessidade de uso da força estatal para o restabelecimento da ordem. O sistema do *martial law*, segundo as lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não afasta propriamente a vigência

¹⁰⁸ Sobre o tema, v. “Estado de Direito e Constituição” e “O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional”.

¹⁰⁹ Embora a Constituição de 1824 não tenha utilizado a expressão “estado de sítio”, instituto análogo era claramente previsto no art. 179, XXXV, *in verbis*: “Art. 179, XXXV - Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito”.

de garantias do direito comum, apenas caracterizando a atuação estatal como uma legítima defesa da ordem institucional.

Nos Estados Unidos da América, a título exemplificativo, a Suprema Corte Americana teve a oportunidade, em *Duncan v. Kahanamoku*¹¹⁰, de apreciar a natureza do *martial law*. Avaliando a licitude de medidas adotadas no Havaí quando da decretação do *martial law* imediatamente após o ataque aéreo em Pearl Harbor pelos japoneses, a Suprema Corte sustentou, em 1946, que o termo *martial law* não teria significado preciso, até porque a Constituição não o prevê e não haveria legislação que o definisse.

No entanto, apesar de ter considerado em *Duncan v. Kahanamoku* que as medidas adotadas pelo Governador em exercício infringiriam princípios constitucionais caros à democracia, a Corte admitiu, em *Hirabayashi v. United States*¹¹¹, que, no estado de *martial law*, seria possível e lícito que fosse estabelecido um toque de recolher à comunidade nipo-americana, restringindo, assim, a liberdade de reunião em face das particularidades do período de guerra.

Fica, desde já, razoavelmente claro que os ordenamentos que contém previsões de estados de emergência admitem, em tese, restrições à liberdade de manifestação durante sua vigência, desde que preenchidas as condições e seguidos os procedimentos exigidos constitucional ou legalmente.

No entanto, é possível suscitar, aqui, uma questão mais controversa: a instabilidade política em determinado período, sem decretação formal de uma modalidade de estado de emergência, pode ser considerada na valoração jurídica do exercício da liberdade de expressão?

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem parece se inclinar pela resposta afirmativa.

¹¹⁰ Suprema Corte Americana, “*Duncan v. Kahanamoku*”, *Opinion* 327 U.S. 304 (1946).

¹¹¹ Suprema Corte Americana, “*Hirabayashi v. United States*”, *Opinion* 320 U.S. 81 (1943). *In verbis*: “*Held: (1) By the Act of March 21, 1942, Congress ratified and confirmed Executive Order No. 9066, and thereby authorized and implemented such curfew orders as the military commander should promulgate pursuant to that Executive Order. (2) It was within the constitutional authority of Congress and the Executive, acting together, to prescribe this curfew order as an emergency war measure. P. 320 U. S. 92. In the light of all the facts and circumstances, there was substantial basis for the conclusion, in which Congress and the military commander united, that the curfew as applied was a protective measure necessary to meet the threat of sabotage and espionage which would substantially affect the war effort and which might reasonably be expected to aid a threatened enemy invasion.*”.

Quando do julgamento de *Incal v. Turkey*¹¹², por exemplo, o tema foi expressamente abordado. O caso envolvia, de um lado, İbrahim Incal, advogado, cidadão turco residente em Esmirna e membro do comitê executivo local do Partido Popular do Trabalho, e, de outro, o governo da Turquia.

Em julho de 1992, Incal foi coautor de um panfleto que, em suma, criticava duramente determinadas políticas e ações governamentais, que, no entender do partido, demonstravam um posicionamento institucional de perseguição aos curdos. O panfleto concluía sustentando que estava instaurado um estado de terror contra o proletariado turco e curdo, e incentivando que houvesse oposição ativa a essa guerra psicológica, com a criação de comitês locais baseados na força dos próprios cidadãos.

Como consequência da elaboração do panfleto (que sequer chegou a ser distribuído), Incal e os demais membros do comitê executivo local do Partido Popular do Trabalho foram processados criminalmente. Em 9 de fevereiro de 1993, foi prolatada decisão na qual a Corte de Segurança Nacional turca considerou os acusados culpados. Embora uma acusação com fundamento no Ato para a Prevenção do Terrorismo tenha sido afastada, consideraram-se incidentes dispositivos do Código Penal e da Lei da Imprensa turca que tipificavam a conduta, de modo que Incal foi sentenciado a uma pena de prisão por 6 meses e 20 dias, bem como ao pagamento de uma multa de 55.555 liras turcas.

Mantida a condenação em sede recursal, o caso foi levado à Corte Europeia de Direitos do Homem.

Em face da CEDH, o governo da Turquia apontou que o cenário político e social era de grande tensão, mormente porque, na época dos fatos, o PKK, grupo terrorista separatista, havia intensificado suas atividades e a disseminação de mensagens de ódio racial. Essa instabilidade social e política, segundo o governo, era visível com particular intensidade na Esmirna, o que faria com que a interpretação da liberdade de expressão de forma ampla e irrestrita fosse completamente inadequada no caso concreto.

Analisando o argumento do governo turco, a Corte consignou que problemas relacionados à prevenção do terrorismo podem e devem ser considerados na avaliação da compatibilidade de ações governamentais com os direitos garantidos da Convenção Euro-

¹¹² CEDH, “*Incal v. Turkey*”, j. 9.06.1998, Reports 1998-IV.

peia de Direitos do Homem, citando precedentes em que isso efetivamente ocorreu (Ireland v. UK, Aksoy v. Turkey, Zana v. Turkey e Communist Party of Turkey and Others v. Turkey). No entanto, concluiu que, no caso concreto, não seria possível vislumbrar como Incal teria qualquer responsabilidade ou influência sobre os problemas ligados ao terrorismo na Turquia, de modo que o julgamento final, também por outros fundamentos, foi pela infração ao artigo 10 da Convenção.

Embora o resultado final do julgamento tenha disso favorável a Incal, declarando-se que as práticas do governo turco infringiriam os direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, verifica-se que a Corte mostrou inclinação a considerar os períodos de instabilidade política e social como relevantes para a valoração jurídica da liberdade de expressão.

No entanto, adota-se, na presente dissertação, o posicionamento de que, em face da configuração específica do ordenamento jurídico brasileiro, tal conclusão não poderia ser alcançada.

Considerar, na República Federativa do Brasil, que a liberdade de expressão poderia ter sua valoração jurídica condicionada pela argumentação de que o momento vivido é de instabilidade social ou política, independentemente da decretação de uma das modalidades de estado de emergência, equivaleria a considerar (i) que o rol dos estados de emergência previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição de 1988 é meramente exemplificativo, ou (ii) que a decretação formal dos estados de emergência seria facultativa, podendo-se implementar restrições temporárias a direitos fundamentais sem a observância do procedimento constitucionalmente previsto.

Não se olvida que o terrorismo coloca à prova esse modelo de suspensão de direitos fundamentais. Com efeito, ameaças atinentes ao terrorismo moderno efetivamente desafiam os mecanismos tradicionais da defesa da ordem constitucional, uma vez que raramente se constituem tal como uma guerra declarada. As ameaças terroristas dificilmente têm um marco final esperado e contém um forte elemento político de agressão às próprias instituições.

Essas características, aliadas ao desenvolvimento da *internet*, à “miniaturização” dos mecanismos de destruição e ao fortalecimento das relações globalizadas, criam um ce-

nário em que o adversário agressor sequer pode ser identificado com precisão. Ao contrário das guerras “tradicionais”, a ameaça moderna não necessariamente veste um uniforme, não necessariamente marcha sob uma bandeira e não necessariamente tem base territorial definida.

Bruce Ackerman¹¹³, em estudo sobre o assunto, opina que, a seu ver, a defesa absoluta das liberdades tradicionais, independentemente de quão grande seja a ameaça, seria uma resposta tentadora, porém equivocada, pois nenhum governo democrático conseguiria manter o apoio popular sem agir de forma eficaz para aplacar o pânico e prevenir novos ataques terroristas.

Carlos Blanco de Moraes¹¹⁴, de sua vez, afirma que o real questionamento não é se os direitos fundamentais devem ser restringidos para combater o terrorismo, mas sim *em que medida* o devem ser, respeitando-se a proporcionalidade e o valor da vida humana.

De qualquer maneira, no entanto, parece-nos inafastável a constatação de que a Constituição Federal Brasileira - diferentemente, por exemplo, da Constituição Francesa¹¹⁵

¹¹³ ACKERMAN, Bruce. “*The emergency constitution*”. Yale Law Journal, v. 113, 2004. Diz o autor: “*It is tempting to respond to this grim prospect with an absolutist defense of traditional freedom: No matter how large the event, no matter how great the ensuing panic, we must insist on the strict protection of all rights all the time. I respect this view but do not share it. No democratic government can maintain popular support without acting effectively to calm panic and to prevent a second terrorist strike. If respect for civil liberties requires governmental paralysis, serious politicians will not hesitate before sacrificing rights to the war against terrorism*”.

¹¹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. “Direitos Humanos Fundamentais”. Anais do XIII Encontro de Direito Constitucional, Instituto Pimenta Bueno, ESDC, São Paulo, 2004. Diz o autor: “a questão fundamental não é saber se devem se restringir ou não os direitos fundamentais; a questão central é saber qual o âmbito e a medida de restrição ante as exigências de proporcionalidade e de respeito pelo processo de vida”, p. 157.

¹¹⁵ Na Constituição Francesa de 1958, o estado de sítio vem previsto em seu artigo 36, sendo cabível, nos termos do Código de Defesa, para situações ligadas à guerra estrangeira e a insurreições armadas. Paralelamente, a Constituição Francesa prevê, em seu artigo 16, que o Presidente da República poderá adotar amplas medidas que julgue necessárias para a manutenção da integridade do Estado. *In verbis*: “Artigo 16º - Quando as instituições da República, a independência da Nação, a integridade de seu território ou o cumprimento de seus compromissos internacionais são ameaçados de forma séria e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais é interrompido, o Presidente da República toma as medidas exigidas por essas circunstâncias, após consulta formal ao Primeiro-Ministro, os presidentes das assembleias e do Conselho Constitucional. Ele informa à Nação através de uma mensagem. Essas medidas devem ser inspiradas pelo desejo de garantir às autoridades públicas constitucionais, prontamente, os meios para cumprir sua missão. O Conselho Constitucional será consultado a seu respeito. O Parlamento se reúne de pleno direito. A Assembleia Nacional não pode ser dissolvida durante o exercício dos poderes excepcionais. Após 30 dias de exercício dos poderes excepcionais, o Conselho Constitucional pode ser convocado pelo Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, sessenta deputados ou sessenta senadores para examinar se as condições enunciadas no primeiro parágrafo continuam em vigor, e após o resultado é pronunciado no menor prazo possível por edital. Ele procede de pleno direito a este exame nos mesmos termos ao final de 60 dias de exercício dos poderes excepcionais e a qualquer momento além desse período” Versão em português disponível

- hoje só prevê os estados de defesa e de sítio como mecanismos que, em face da conturbação social e política de determinado período, permitem que o Estado implemente um condicionamento amplo e geral de direitos fundamentais como a liberdade de comunicação¹¹⁶.

Há de se frisar, porém, que o fator “instabilidade do momento social político” se distingue do argumento ligado à sensibilidade ou à *natureza* sigilosa da informação que se pretende veicular, tema esse que será abordado no capítulo destinado ao “o quê” da manifestação do pensamento, especificamente no capítulo 4.5.

em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf.

¹¹⁶ Observe-se, nesse sentido, que, mesmo no estado de defesa, a Constituição Federal expressamente proíbe a incomunicabilidade do preso (Art. 136, art. § 3º, IV), havendo, quanto à expressão do pensamento, apenas previsão da restrição à liberdade de reunião, o que denota a gravidade com a qual o constituinte vê as restrições à liberdade de expressão.

2.5. Liberdade de expressão e processo eleitoral: ADI 3.741 e ADI 4.451 MC-Ref

No capítulo 2.5, à semelhança do capítulo 2.4, busca-se avaliar se determinados *períodos* no tempo, por suas particularidades, teriam o condão de condicionar o exercício da liberdade de manifestação. No caso do presente capítulo, o período em questão é o eleitoral.

É natural que as eleições de Estados democráticos sejam objeto de regramentos que disciplinem seu procedimento. No caso brasileiro, as eleições estão sujeitas, entre outros regramentos, às disposições da Lei n° 4.737/65 (Código Eleitoral), da Lei n° 9.504/97 (Lei das Eleições), da Lei n° 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) e das Resoluções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

Relativamente ao período em que é lícito aos candidatos veicular suas propagandas políticas, a Lei n° 9.504/97 é expressa, em seu artigo 36, em delimitá-lo: a divulgação de propaganda eleitoral no Brasil somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano das eleições¹¹⁷. Antes desse marco, é vedada a propaganda eleitoral e, mesmo dentro do período delimitado pela Lei, os candidatos e partidos estão sujeitos a minuciosas regras que regulamentam a disputa eleitoral.

No entanto, extrapolando a esfera dos candidatos e as regras a que estes estão sujeitos como participantes concorrentes no processo eleitoral¹¹⁸, é possível questionar se, no período eleitoral, pode-se falar em um condicionamento *geral* da liberdade de expressão, envolvendo também aqueles que não estão diretamente envolvidos na disputa.

Analisando a Lei n° 9.504/1997 e a jurisprudência do TSE, a resposta se mostra afirmativa. Exemplificativamente, é possível apontar que mesmo os particulares não podem veicular, em seus imóveis, propaganda eleitoral que exceda o tamanho de 0,5 m², sem

¹¹⁷ A propaganda eleitoral a que aqui se refere não diz respeito à propaganda intrapartidária, para a escolha, pelo partido, de seu candidato. No mais, Lei das Eleições explicita, no artigo 36-A, quais condutas *não* se constituiriam como propaganda eleitoral antecipada.

¹¹⁸ Tendo em vista o foco da presente dissertação, deixar-se-á de abordar as regras específicas a que estão sujeitos os candidatos no processo eleitoral, sob pena de demasiada ampliação do debate e distanciamento do tema da temporalidade da comunicação.

licença municipal e autorização da Justiça Eleitoral¹¹⁹. Em sentido similar, a Lei das Eleições proíbe que qualquer um – candidato ou particular – veicule propaganda política por meio de *outdoor* ou arranjo de peças que cause efeito visual similar¹²⁰.

Também a título exemplificativo, é possível apontar que qualquer emissora ou entidade que pretenda organizar debate eleitoral é obrigada, pela legislação, a oportunizar a participação de candidatos dos partidos que tenham representação superior a nove Deputados¹²¹.

Como se vê, tais condicionamentos da liberdade de expressão são extensíveis a quaisquer comunicadores, ocorrendo por conta do período eleitoral. Quais, porém, seriam seus limites?

A questão do condicionamento da liberdade de expressão no processo eleitoral foi enfrentada no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.741-2/DF¹²². O cerne da ação dizia respeito à aplicação do princípio da anterioridade da lei eleitoral, em face das mudanças promovidas à Lei das Eleições pela Lei nº 11.300/2006. No entanto, foram tecidas algumas considerações valiosas, atinentes ao tema ora em estudo.

Com efeito, referindo-se às lições de Néri da Silveira, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski aponta que a finalidade democrática do processo eleitoral seria alcançar a “verdade eleitoral”, de modo que o conjunto de procedimentos das eleições se destina a

¹¹⁹ A Lei nº 13.165/2015 promoveu alterações à Lei nº 9.504/1997, dando nova redação ao seu artigo 37, *in verbis*: “Art. 37, § 2º - Em bens particulares, independe de obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral, desde que seja feita em adesivo ou papel, não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado) e não contrarie a legislação eleitoral, sujeitando-se o infrator às penalidades previstas no § 1º”.

¹²⁰ A Lei nº 12.891, de 2013 deu nova redação ao artigo 39 da Lei nº 9.504/1997, *in verbis*: “Art. 39, § 8º - É vedada a propaganda eleitoral mediante *outdoors*, inclusive eletrônicos, sujeitando-se a empresa responsável, os partidos, as coligações e os candidatos à imediata retirada da propaganda irregular e ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)”. A vedação à justaposição de peças, ou aos arranjos que causem efeito visual similar ao de *outdoor* vem da jurisprudência do TSE, que, inclusive, incorporou tal entendimento à minuta de Resolução que regerá as eleições de 2016 (Art. 20, § 1º - “A utilização de engenhos ou de equipamentos publicitários ou, ainda, de conjunto de peças de propaganda que justapostas se assemelhem ou causem efeito visual de outdoor sujeita o infrator à multa prevista neste artigo”).

¹²¹ A reforma eleitoral de 2015 também deu nova redação ao artigo 46 da Lei das Eleições, nos seguintes termos: “Art. 46. Independentemente da veiculação de propaganda eleitoral gratuita no horário definido nesta Lei, é facultada a transmissão por emissora de rádio ou televisão de debates sobre as eleições majoritária ou proporcional, sendo assegurada a participação de candidatos dos partidos com representação superior a nove Deputados, e facultada a dos demais, observado o seguinte: (...)”.

¹²² STF, ADI nº 3.741-2/ DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2006, DJ 23.02.2007.

evitar distorções e desequilíbrios na disputa, garantindo a credibilidade e legitimidade de seu resultado final. Em outras palavras, as regras que regem o processo eleitoral devem garantir que os eleitores possam obter informações fidedignas e livres de distorção, bem como que os participantes da disputa possam concorrer de forma isonômica¹²³.

Passando a tecer considerações específicas sobre o novo artigo 35-A, inserido à Lei das Eleições pela Lei nº 11.300/2006, o Ministro Relator sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, em face do direito constitucional à liberdade de expressão e de informação.

O referido artigo 35-A pretendia proibir a divulgação do resultado de pesquisas eleitorais a partir do décimo quinto dia anterior à data do pleito. Tal vedação, no entanto, foi considerada desproporcional, mesmo considerando que a regra se propunha a evitar que a disposição dos eleitores fosse influenciada. No entender do Ministro Relator¹²⁴, a restri-

¹²³ Diz o Ministro Relator, *in verbis*: “O Ministro Néri da Silveira, atento à problemática, ao pronunciar-se sobre o tema em trabalho acadêmico, bem observou que existe “uma relação de implicação entre democracia e processo eleitoral”, sublinhando que o seu fim último consiste exatamente em permitir que se revele “a verdade eleitoral”. Por isso mesmo - e considerada a própria natureza da atividade eleitoral - é preciso impedir que ela fique, segundo a aguda percepção de Fávila Ribeiro, ‘exposta a solertes conjuras de fraude, subornos e constrangimentos, tornando indispensável seja submetida a reajustamentos periódicos para eliminar ou, pelo menos, reduzir a sua vulnerabilidade’. O processo eleitoral, com efeito, numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade ao seu resultado final. Niklas Luhmann, estudando a importância dos ritos formais para a estabilidade das instituições, desenvolveu a sua conhecida teoria da “legitimação pelo procedimento”, compreendido este como um sistema de ação capaz de produzir decisões antecipadamente aceitas por todos os integrantes de um dado grupo social, independentemente de seu desfecho. Nessa mesma linha de raciocínio, Jürgen Habermas observa que o próprio Estado de Direito repousa sobre um “consenso procedimental”, que resulta de um conjunto de deliberações concretas, embora abertas quanto ao conteúdo final das decisões. A legislação eleitoral, sob esse prisma, para conferir legitimidade aos resultados dos embates políticos, deve ensejar aos eleitores não só o acesso a informações livres de distorções, como também assegurar às agremiações partidárias e respectivos candidatos uma participação igualitária na disputa pelo voto, impedindo também que qualquer de seus protagonistas obtenha vantagens indevidas”.

¹²⁴ *In verbis*: “A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da idéia de democracia no mundo contemporâneo. Trata-se de um direito tão importante para a cidadania que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio (...). Ademais, analisando-se a questão sob uma ótica pragmática, forçoso é concluir que a proibição da divulgação de pesquisas eleitorais, em nossa realidade, apenas contribuiria para ensejar a circulação de boatos e dados apócrifos, dando azo a toda a sorte de manipulações indevidas, que acabariam por solapar a confiança do povo no processo eleitoral, atingindo-o no que ele tem de fundamental, que é exatamente a livre circulação de informações. (...) A propósito, vale lembrar preciosa lição do Ministro Gilmar Mendes, relacionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de que a legitimidade de eventual medida restritiva ‘há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis)’. A restrição ao direito de informação criada pela Lei 11.300 encaixa-se perfeitamente nessa última hipótese, visto que se mostra inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com o objetivo colimado pela legislação eleitoral, que é, em última análise, permitir que o cidadão forme a sua convicção de modo mais amplo e livre possível, antes de concretizá-la nas urnas por meio do voto”.

ção não se sustentaria em face da liberdade de expressão, que se completaria no direito à informação livre e plural. No entender do Ministro Relator, se o objetivo da legislação eleitoral é garantir que o cidadão forme sua convicção de forma livre e baseada em informações não distorcidas, a proibição em comento seria inadequada e desnecessária em face de tal finalidade.

Tratando também dos limites do condicionamento da liberdade de expressão em período eleitoral, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451 é outro precedente nacional que bem ilustra o debate. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), questionando a compatibilidade do artigo 45, incisos II e III, da Lei nº 9.504/1997, em face da Constituição Federal, mormente de seus artigos 220 e 5º, incisos IV, IX e XIV.

As normas legais questionadas proíbem que, a partir de 1º de julho do ano eleitoral¹²⁵, quaisquer emissoras de rádio e televisão, seja na programação normal ou no noticiário, adotem certos comportamentos. No inciso II do artigo 45, proíbe-se que usem “*truçagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação*” ou produzam ou veiculem programa com esse efeito. No inciso III, proíbe-se que as emissoras veiculem propaganda política ou difundam “*opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes*”.

Verifica-se, portanto, que, muito além de fixar regras procedimentais para os candidatos no processo eleitoral, o artigo 45 da Lei nº 9.504/97 pretende fixar regras atinentes à programação de todas as emissoras de rádio e televisão, vedando, como se extrai da leitura do dispositivo, a veiculação de críticas a partidos e candidatos durante o período eleitoral.

Segundo a argumentação da Abert, essas normas conflitariam com as normas constitucionais, pois limitariam indevidamente a liberdade de manifestação do pensamento, garantia de grande relevo em uma democracia, restringindo a crítica jornalística, especialmente na espécie de sátiras e charges de conteúdo político.

¹²⁵ A redação do *caput* do artigo 45 foi alterada por meio da Lei nº 13.165, de 2015, havendo substituição da menção a 1º de julho por menção ao período que se inicia a partir do encerramento do prazo para a realização das convenções no ano das eleições. No entanto, foi mantida a redação dos incisos que elencam as vedações, de modo que a análise não fica prejudicada, permanecendo pertinente na atualidade.

Requeru-se, portanto, a declaração da inconstitucionalidade integral do inciso II e da parte do inciso III que se referia à pura veiculação de opinião favorável ou contrária a candidato. Alternativamente, pleiteou-se que os dispositivos fossem objeto de interpretação conforme à Constituição, de modo a permitir a produção e veiculação de charges e sátiras políticas, bem como de crítica jornalística, seja ela favorável ou contrária a candidatos ou partidos. Requeru-se ainda medida cautelar, tendo em vista a proximidade das eleições.

Em 26 de agosto de 2010, o Ministro Relator Ayres Britto deferiu parcialmente a liminar e, nos dias 01.09.2010 e 02.09.2010, a questão foi objeto de julgamento junto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Relator, então, reiterou as razões que o haviam levado a conceder a liminar. Consignou, primeiramente, que, em seu entendimento, não caberia ao Estado definir, previamente, o que pode ou não ser objeto da manifestação de indivíduos ou jornalistas, independentemente do Poder do qual emanaria tal ordem.

Pontua, então, que a imprensa desempenha papel de extrema relevância na democracia, pois atua como instrumento para que a conduta dos detentores do Poder seja levada a conhecimento do público. E no desempenho desse papel, o uso do pensamento crítico por parte da imprensa é elemento essencial para que a informação que chega aos cidadãos seja fidedigna. Nesse sentido, como já decidido na ADPF 130, a imprensa atuaria como formadora de opinião, realizando relevante e necessário contraponto à versão oficial dos fatos.

Não seria por outro motivo, segundo o magistrado, que, nos diversos dispositivos que tratam da liberdade de manifestação do pensamento, a Constituição Federal dedica normas específicas para a liberdade de imprensa, vedando, no artigo 220, § 1º, por exemplo, que haja embaraço à liberdade de informação jornalística.

No entender¹²⁶ do magistrado, a expressão concreta dessas normas constitucionais seria a garantia de que à imprensa seria lícito tecer críticas do teor mais contundente, áspero e mordaz, especialmente a agentes públicos, sem que esse exercício do jornalismo crítico seja objeto de restrições ou penalizações.

¹²⁶ *In verbis*: “o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado”.

Esse entendimento, segundo o Ministro Relator, não seria alterado em período eleitoral. Entende, aliás, que seria paradoxal falar em restrição da liberdade de imprensa, liberdade que é elemento essencial à democracia, justamente na época em que a democracia representativa atinge seu auge.

Pontua, então, que a Constituição Federal só admitiria restrição da liberdade de imprensa no estágio de sítio, conforme seu artigo 139, e que, evidentemente, o processo eleitoral não constituiria estado de sítio.

Mesmo com esses fundamentos, o Ministro Relator consigna que a Constituição dispensa tratamento diferenciado à mídia escrita, em relação à mídia sonora ou de sons e imagens. Nesse diapasão, vislumbra que a mídia televisiva e a de rádio têm um dever que não se estende à mídia escrita: a da imparcialidade ou equidistância perante os candidatos. No entanto, essa imparcialidade ou equidistância não seriam equivalentes à ausência de pensamento crítico. O que estaria vedado, sustenta, seria a manifestação que descamba para a propaganda política, encampando ou bancando uma determinada candidatura.

Com essa argumentação, o Ministro havia deferido a liminar, e propõe sua ratificação para, agora em caráter definitivo, (i) declarar a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 45 da Lei 9.504/97, e (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao inciso III do mesmo artigo, de modo que se considere vedada somente a veiculação de programação que acabe por se constituir efetivamente em propaganda partidária.

Realizado debate no Plenário, parte dos Ministros sustentou que não haveria necessidade de dar interpretação conforme à Constituição ao artigo III, sendo mais adequado que se declarasse a inconstitucionalidade da segunda parte do dispositivo, uma vez que, se houvesse abuso na crítica editorial, haveria incidência do inciso IV, que já veda o dispêndio de tratamento privilegiado a partido, candidato ou coligação. O Ministro Relator não se objetou a essa solução, que, ao final foi a que prevaleceu na Corte.

Conforme se sustentou na Corte, o princípio da dignidade da pessoa humana condicionaria a interpretação da liberdade de manifestação de pensamento em relação a qualquer pessoa, em qualquer período e por qualquer meio. Assim, o princípio que poderia condicionar a liberdade de imprensa das emissoras de rádio e televisão especificamente em época eleitoral seria o da paridade de armas, derivado do princípio da isonomia.

Como pontuou o Ministro Gilmar Mendes, a limitação ao jornalismo crítico em período eleitoral poderia gerar resultados absurdos, como a vedação à crítica da atividade governamental, quando determinado agente público fosse candidato à reeleição.

Decidindo a Corte, portanto, pela inconstitucionalidade dos dispositivos (art. 45, inciso II e segunda parte do inciso III), a ilicitude atribuível às emissoras de rádio e televisão em geral, especificamente no período eleitoral, seria a veiculação de propaganda eleitoral irregular, sendo livre, de outra sorte, quaisquer críticas jornalísticas ou satíricas.

Como se vê, o período eleitoral efetivamente tem o condão de condicionar a liberdade de expressão, seja dos partidos políticos e seus candidatos, seja dos cidadãos “comuns”. No entanto, como se denota dos referidos julgados, as limitações gerais à liberdade de expressão devem sempre ser adequadas e necessárias à finalidade da legislação eleitoral, que é garantir o acesso a informações não distorcidas pelos cidadãos (v. considerações da ADI 3.741) e dar concretude ao princípio da isonomia (v. considerações da ADI 4.451).

2.6. A influência do tempo nos conflitos envolvendo a liberdade de expressão.

Como visto nos capítulos anteriores, comumente e em diversas instâncias, ao tempo é atribuído um significado jurídico que condiciona, entre outros direitos, a interpretação da liberdade de expressão.

Em relação a *períodos* específicos, o ordenamento jurídico pátrio traz bases expressas, ao fixar regras específicas sobre o condicionamento do ato comunicativo, seja em estados de emergência (v. estudo no capítulo 2.4), seja em período eleitoral (v. estudo no capítulo 2.5).

Já em relação à carga valorativa do decurso do tempo *em si*, a Constituição e os diplomas legais vigentes não adiantam respostas tão claras sobre o tema.

Por certo, como apontado pelo Ministro Luís Felipe Salomão no REsp nº 1.335.153-RJ (caso Aida Curi), o ordenamento jurídico pátrio contém diversas disposições que denotam uma vontade legislativa de “deixar o passado no passado”, conferindo um efeito estabilizador ao decurso do tempo. É o caso, como adiantado parcialmente no capítulo 2.1, do instituto da prescrição¹²⁷, segundo o qual a pretensão de um indivíduo é fulminada com o fim do prazo prescricional, e o da decadência, que fulmina, da mesma forma, o direito potestativo pelo simples decurso do tempo.

Também é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)¹²⁸, quando prescreve, em seu artigo 43, §1º, que os cadastros de consumidores e serviços de proteção ao crédito não podem manter registros desabonadores sobre inadimplências ocorridas há mais de 5 (cinco) anos.

De igual sorte, a legislação penal aponta vários dispositivos em que o decurso do tempo tem o condão de, prestigiando a ressocialização, estabilizar o passado. Além do já citado¹²⁹ prazo para o retorno à primariedade (réu tecnicamente primário), o Código Pe-

¹²⁷ Lei nº 10.406/02 (Código Civil), arts. 189 e ss..

¹²⁸ “Art. 43, § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”.

¹²⁹ V. capítulo 2.1.

nal¹³⁰ e o Código Processo Penal¹³¹ preveem, ambos, o instituto da reabilitação, que, deferida pelo magistrado, faz com que da folha de antecedentes do réu condenado não mais conste registro do crime cometido e da pena já cumprida.

Outro exemplo de legislação que busca estabilizar os fatos e acontecimentos passados é a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia, que abrange os crimes políticos e conexos praticado durante o regime militar¹³². Leis de anistia também foram editadas em diversos países da América Latina, quanto a seus períodos ditatoriais, dentre os quais é possível citar o Uruguai¹³³, Argentina¹³⁴, Chile¹³⁵ e Peru¹³⁶.

No entanto, não nos parece que de nenhuma dessas normas decorreria, diretamente, um “direito ao esquecimento”. Com efeito, da prescrição não decorre que o devedor tem direito a ver sua dívida esquecida, nem que o credor tem o dever de jamais mencioná-la.

Da reabilitação igualmente não decorre que os crimes pretéritos de um indivíduo são absolutamente esquecidos. O próprio Código de Processo Penal¹³⁷, aliás, prevê que o juiz criminal pode ter acesso aos registros, inclusive podendo considerá-los, para a maioria da doutrina e jurisprudência¹³⁸, na dosimetria da pena, ao realizar a avaliação dos antecedentes do réu.

¹³⁰ “Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (...)”.

¹³¹ “Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal”.

¹³² A Lei se refere, especificamente, ao período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. No entanto, o período da ditadura militar é considerado findo somente em 15 de março de 1985, data da posse interina de José Sarney na presidência, em face do adoecimento de Tancredo Neves, presidente eleito pelo colégio eleitoral na transição democrática.

¹³³ Ley nº 15.848/1986.

¹³⁴ Ley nº 23.492/1986 e Ley nº 23.521/1987, declaradas nulas pelas Ley nº 25779/2003.

¹³⁵ Decreto-Ley nº 2.191/1978.

¹³⁶ Ley nº 26.479/95 e Ley nº 26.492/1995.

¹³⁷ V. nota de rodapé 131.

¹³⁸ Embora a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal tenha proferido, recentemente, julgado em sentido contrário (v. HC 126315 MC / SP, Min. Rel. Gilmar Mendes, j. 04.03.2015), a corrente majoritária ainda parece ser a consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, cf. AgRg no REsp 1396731, Min. Rel. Conv. Ericson Maranhão, j. 23.10.2014, *in verbis*: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. RECONHECIMENTO DE MAUS AN-

A própria Lei nº 6.683/1979 (Lei de Anistia), cujo conteúdo principal foi reafirmado pela Emenda Constitucional nº 26/1985, não pode ser interpretada como sendo um obstáculo ao conhecimento da verdade. Embora haja controvérsia sobre a possibilidade de perseguição penal quanto a crimes cometidos durante o período abrangido pela referida Lei – o STF, de um lado¹³⁹, defende recepção da Lei e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de outro, defende que os crimes contra a humanidade praticados são imprescritíveis e não passíveis de anistia¹⁴⁰ - há consenso¹⁴¹ quanto ao direito dos familiares das vítimas e de toda a sociedade de ter pleno conhecimento sobre os fatos e as violações ocorridas nesse sombrio período da história brasileira. Como sustentado¹⁴² pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em sua peça de encaminhamento da questão à Corte, a sociedade tem o direito irrenunciável de conhecer a verdade sobre o ocorrido e suas circunstâncias, até para que, pela memória e reflexão, não venha a se deparar com a repetição desse cenário.

Não apenas dos citados dispositivos não parece ser possível concluir, automaticamente, pela existência de um “direito ao esquecimento”, como há de se observar que o mesmo ordenamento jurídico pátrio contém disposições que dão valoração *inversa* ao decurso do tempo: justamente *por conta* decorrer dos anos, dados e informações podem vir a público e ser amplamente acessados, escrutinizados e discutidos.

Em matéria de acesso a informações, por exemplo, a Lei nº 12.527/2011 estabelece que, mesmo para a informação classificada como ultrassecreta, o prazo máximo de res-

TECEDENTES. POSSIBILIDADE. - É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo de 5 anos de que cuida o art. 64, inciso I, do Código Penal, constituem fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base, ao passo que, embora esse período afaste os efeitos da reincidência, não o faz quanto aos maus antecedentes. Precedentes. - Agravo regimental desprovido”

¹³⁹ V. STF, ADPF 153/DF, Min. Rel. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJ 06.08.2010.

¹⁴⁰ V. CIDH, “Gomes Lund e outros v. Brasil” (Caso “Guerrilha do Araguaia”), j. 24.11.2010, Series C, n. 219’.

¹⁴¹ O próprio STF, que se posicionou pela recepção da Lei da Anistia, consignou, na ementa do Acórdão da ADPF nº 135/DF, que “[se impõe] o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura”.

¹⁴² “178. Sobre este último ponto, ademais, a Comissão ressalta que a jurisprudência do sistema tem reiterado que todas as pessoas, incluídos os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, têm o direito à verdade; em consequência, os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados de todo o ocorrido com respeito a tais violações. Nesse sentido, a Comissão, há mais de uma década, expressou o seguinte: ‘(...) Toda a sociedade tem o direito irrenunciável de conhecer a verdade sobre os acontecimentos, assim como as razões e as circunstâncias nas quais aberrantes delitos foram cometidos, a fim de evitar que esses fatos voltem a ocorrer no futuro. Por sua vez, nada pode impedir os familiares das vítimas de conhecer o que aconteceu com seus entes mais próximos’”.

trição é de 25 (vinte e cinco) anos¹⁴³, após o qual se observará a regra geral da publicidade. Como se vê, o decurso do tempo, nesse caso, prestigia não o esquecimento, mas, ao revés, o amplo acesso à informação e a possibilidade de discussão dos fatos pretéritos.

Tratando de propriedade intelectual e temporalidade, a Lei nº 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) também prestigia a ampliação da publicidade, ao prescrever¹⁴⁴ que, após o prazo previsto em seu artigo 41, uma obra vai a domínio público (não mais perduram os direitos patrimoniais do autor). Como pontuado por Sérgio Branco¹⁴⁵, a limitação temporal dos direitos patrimoniais do autor tem uma justificação social, pois possibilita que, após o autor e seus herdeiros usufruírem por período alongado dos proveitos econômicos da obra intelectual, a sociedade possa dela desfrutar com liberdade, servindo, inclusive, como matéria-prima e inspiração para novos trabalhos.

Vê-se, portanto, que o ordenamento jurídico também contém normas que valoram o decurso do tempo de tal forma que a publicidade ampla passa a ser *prestigiada*, e não restrita.

Resta saber, portanto, se, como sugerido por alguns autores, o “direito ao esquecimento” seria uma decorrência principiológica extraível da proteção à personalidade dos indivíduos e, especificamente, do direito à privacidade.

¹⁴³ “Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada. § 1º - Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes: I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos; II - secreta: 15 (quinze) anos; e III - reservada: 5 (cinco) anos”.

¹⁴⁴ “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”.

¹⁴⁵ BRANCO, Sérgio. “O domínio público no direito autoral brasileiro”. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 58. *In verbis*: “É fácil, portanto, perceber o impacto social do domínio público. Ao se devolver à sociedade aquilo que a própria sociedade propiciou (por conta das múltiplas influências culturais que sofre, individualmente, cada um dos artistas criadores de obras intelectuais), permite-se, de fato, que as pessoas possam desfrutar, independentemente das limitações legais ou de licença, da obra anteriormente protegida. Da mesma forma, permite-se que a obra original sirva de matéria-prima direta para novos trabalhos. Dessa maneira, fazer a obra ingressar em domínio público é consentir que siga seu curso natural, autorizando sua reapropriação pela sociedade e admitindo seu aproveitamento por parte de todos”.

Esse parece ser o argumento de René Ariel Dotti, quando aponta como o direito ao esquecimento teria sido construído a partir de interpretações da jurisprudência francesa e norte-americana sobre o direito à privacidade¹⁴⁶¹⁴⁷.

François Ost¹⁴⁸ igualmente sustenta, com bastante clareza, que o direito ao esquecimento seria uma das facetas do direito do indivíduo ao respeito à sua vida privada, referindo-se especificamente, aqui, ao que entende ser o direito de, com a perda da atualidade da notícia, não mais ter fatos pretéritos de sua vida republicados ou trazidos novamente à tona.

Ocorre que tanto René Ariel Dotti quanto François Ost parecem partir de premissas sensíveis, ao menos quanto aos precedentes por eles utilizados para embasar seu posicionamento quanto a um direito ao esquecimento.

Dotti, primeiramente, parece ter como premissa que ao indivíduo compete emitir autorização para que fatos sobre a sua vida sejam publicizados, autorização sem a qual tal divulgação seria ilícita. Nesse sentido, Dotti menciona trecho da decisão no caso Marlene Dietrich¹⁴⁹, no qual o Tribunal de Apelação de Paris teria utilizado como fundamentação a assertiva de que nem mesmo com boa-fé seria lícito que alguém divulgasse fato da vida privada de um indivíduo sem sua autorização expressa e inequívoca¹⁵⁰.

¹⁴⁶ DOTTI, René Ariel. “Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites”. Revista dos Tribunais, 1980, p. 91 e ss. *In verbis*: “Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade. O chamado direito ao esquecimento foi evoluindo à medida que os tribunais dos Estados Unidos e da França passaram a reconhecê-lo como um dos direitos da personalidade. (...) Também nos traz à memória, importante decisão do Tribunal de Paris, quando reconheceu expressamente que as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las (...)”.

¹⁴⁷ É oportuno mencionar que René Ariel Dotti, *ob. cit.*, parece se referir, ao abordar do chamado “direito ao esquecimento”, à divulgação inédita de informações sobre a vida de um indivíduo. Trata-se, portanto, de uma abordagem um pouco diversa da adotada no presente estudo, em que se avalia se uma divulgação de informação pode ser lícita em um momento e, com o decorrer dos anos, deixar de sê-la. De qualquer maneira, cabe apontar que o caso Marlene Dietrich, citado por Dotti como o precedente francês do direito ao esquecimento (Cour d’Appel de Paris D. 1955, 295, “Marlene Dietrich v. Société France-Dimanche Subsequent Developments”, j. 16.03.1955) envolvia a publicação de um periódico com falsas entrevistas, supostamente concedidas pela atriz, inclusive com a citação, entre aspas, de frases forjadas em que Marlene Dietrich haveria compartilhado de fatos íntimos de sua vida particular.

¹⁴⁸ OST, François. “O tempo do direito”. EDUSC, Bauru, 2005, pp. 160/161.

¹⁴⁹ V. nota de rodapé nº 147.

¹⁵⁰ *In verbis*: “as recordações da vida privada de cada indivíduo pertencem ao seu patrimônio moral e ninguém tem o direito de publicá-las mesmo sem intenção malévola, sem a autorização expressa e inequívoca daquele de quem se narra a vida” (trad. DOTTI, René Ariel, *ob. cit.*, p. 92).

Ost, por sua vez, menciona decisão do Tribunal de Apelação de Paris no caso Mme. Filipachi Cogedipresse, de 20 de abril de 1983, com fundamentação segundo a qual qualquer indivíduo que tenha se envolvido, no passado, com acontecimentos públicos, poderia, com o passar do tempo, pleitear que tais informações fossem sepultadas caso ferissem “sua sensibilidade”¹⁵¹.

As duas premissas nos levam à análise da recém julgada ADI 4815/DF¹⁵², junto ao Supremo Tribunal Federal, instância onde foram tecidas considerações relevantes ao tema.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), objetivando que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02). Os referidos artigos do Código Civil estabelecem, entre outras disposições, que a publicação de biografias estaria condicionada à prévia autorização por parte dos indivíduos cuja trajetória pessoal se pretende narrar ou, no caso de já serem falecidos, à prévia autorização por parte de seus herdeiros e familiares¹⁵³.

Após detalhado voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal decide pela procedência da ADI, de modo a dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, declarando-se inconstitucional que se condicione o exercício da liberdade de expressão de biógrafos à prévia autorização por parte do biografado ou de seus familiares.

Em uma das diversas passagens digna de nota, a Ministra Relatora bem aponta que a aplicação pura e simples da regra prevista no Código Civil impediria o conhecimento

¹⁵¹ Literalmente, “[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade” (trad. OST, François, *ob. cit.*, p. 161).

¹⁵² STF, ADI n 4815 / DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015, inteiro teor do Acórdão não publicado até 28.12.2015.

¹⁵³ “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

da história¹⁵⁴. Os ditadores e tiranos, por exemplo, decerto jamais autorizariam a veiculação de notícia de suas barbáries. Nem é improvável que uma narrativa liberal de fatos de sua vida em geral, quando não dotada de um propósito bajulador, lhes fira intensamente a sensibilidade, nos dizeres da jurisprudência citada por François Ost.

Segundo a Ministra Relatora, ainda, o mesmo poderia ser dito quanto a indivíduos das artes, ciências e cultura, não havendo sequer de se restringir o raciocínio aos agentes públicos¹⁵⁵. Parece ser por tal motivo que a magistrada sugere que as inverdades não sejam coibidas com a mordação, mas sim com a verdade¹⁵⁶, e que os efetivos abusos sejam atacados não com uma regra geral de silêncio, mas com a apuração se, no caso concreto, houve mesmo violação da honra e da vida privada a ensejar responsabilização posterior¹⁵⁷.

Evidentemente, o julgado se refere especificamente à necessidade de autorização prévia tal como inscrita no artigo 20 do Código Civil brasileiro. No entanto, o raciocínio é útil à presente análise, quanto ao chamado “direito ao esquecimento”.

Com efeito, os mesmos riscos à memória e à construção da história apontados na ADI 4815/DF estão presentes no acolhimento irrestrito da tese do “direito ao esquecimento”. O chamado “direito ao esquecimento” implica em dizer que, após o decurso de um período indefinido, alguém – em geral magistrados, a pedido de um indivíduo interessado – declarará que uma informação não é mais de interesse público e decretará que seja excluída permanentemente do conhecimento da sociedade.

Não se nega que o pleito para a exclusão de uma publicação com base no chamado “direito ao esquecimento” invariavelmente vem fundamentado em bens e valores protegidos constitucionalmente – honra, privacidade, intimidade. No entanto, parece-nos que a tutela desses bens não encontra a melhor solução, em face do restante do ordenamento, na

¹⁵⁴ *In verbis*: “Nem se lembrem os ditadores e tiranos de sempre... sem a biografia, que eles jamais autorizariam, não haveria como saber história, pois a oficial estampa medalhas no peito e peitos bem passados em camisas de força nos adversários”.

¹⁵⁵ “Nem se afirme se cuidarem tais temas apenas do espaço da política, na qual não se poderia tolerar censura. Arte é política, ciência pode ser política, a cidadania faz-se na polis”.

¹⁵⁶ “Não é com mordação ou censura que se resolve a inverdade. É com mais verdade sobre o inocorrido e narrado por má fé ou por ignorância”.

¹⁵⁷ “b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização”.

adoção de uma regra geral do “direito ao esquecimento”, desprovida de um ônus probatório maior do que a alegação de que se quer ser deixado em paz.

Parece-nos, antes, que um “direito ao esquecimento” poderia dar lugar à avaliação se, no caso concreto, a publicação efetivamente é apta a causar dano grave, em grau tal que a liberdade de expressão deva ceder espaço à proteção da personalidade do indivíduo.

Nessa avaliação, inclinamo-nos à corrente exposta no item 2.3, segundo a qual, se uma valoração jurídica preponderante deve ser atribuída ao decurso do tempo, ela corresponde à que prestigia, *prima facie*, a publicidade, dado que, com o passar dos anos e décadas, a menção a episódios sensíveis não tem mais o mesmo condão de causar dor ou trauma com a intensidade que poderia fazer no passado.

Por certo, não se descarta a possibilidade de, face à demonstração do potencial danoso da publicação e das particularidades do contexto fático – pretérito e atual – uma decisão prestigie os direitos da personalidade do indivíduo retratado em detrimento da liberdade de expressão.

No entanto, falar-se em um direito geral ao esquecimento instauraria perigosas bases para que, mediante uma avaliação do que é ou do que não é mais do interesse público, um agente estatal proceda à filtragem permanente da história com fundamento em uma valoração jurídica específica do decurso do tempo – que, como vimos, encontra diversos precedentes em sentido inverso.

3. O “QUEM” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: INTERLOCUTORES E LEGITIMIDADE

3.1. Considerações introdutórias: os sujeitos da comunicação e a liberdade de expressão

Conforme adiantado no item 1.1, o presente capítulo se destinará a analisar a relevância da especificação dos interlocutores (emissor e destinatário) na valoração jurídica da liberdade de expressão. Ademais, apesar da questão guardar maior proximidade com o conteúdo da comunicação, o presente capítulo também se voltará ao estudo da identificação do indivíduo *a quem diz respeito* o ato comunicativo, mesmo que este indivíduo não seja o destinatário imediato da comunicação. Conforme anotado anteriormente¹⁵⁸, optou-se por abordar o tema no presente capítulo por este dizer respeito à qualidade ou aos atributos de determinado sujeito, referindo-se também, nesse sentido, ao “quem” da comunicação.

À semelhança do capítulo anterior, o isolamento da variável “sujeito da comunicação” pode suscitar diversos questionamentos e diversas potenciais consequências jurídicas na valoração da liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, da identificação de uma autoridade pública como o sujeito a quem diz respeito uma ação comunicativa, tema que será abordado no capítulo 3.2. De igual sorte, é possível avaliar se o fato da mensagem da comunicação dizer respeito a uma “celebridade” guarda as mesmas repercussões que a comunicação envolvendo autoridades públicas ou, se não, se há alguma valoração jurídica específica para esse caso, tema que será abordado no capítulo 3.3.

Tratando propriamente dos *destinatários* da comunicação, o ordenamento jurídico pátrio dá ensejo a duas discussões distintas: o ato comunicativo que destina palavras injuriosas a funcionário público – ato que consta como tipificado penalmente nos termos do artigo 331 do Código Penal¹⁵⁹, e a comunicação com público-alvo infantil, que encontra condicionamentos na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e nas normas protetivas previstas na Constituição Federal. O primeiro tópico será abordado no capítulo 3.4 e o segundo será objeto de estudo no capítulo 3.5.

¹⁵⁸ V. nota de rodapé 30.

¹⁵⁹ Decreto-Lei nº 2.848/1940, “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

De igual sorte, agora relativamente ao *emissor*, a comunicação também recebe condicionamentos jurídicos próprios quando aquele é qualificado como parlamentar – vide as regras constitucionais atinentes à imunidade parlamentar material – ou quando o emissor não é identificado – vide a regra constitucional que veda o anonimato. Ambos os temas serão objeto de análise no capítulo 3.6.

Ao final do presente “bloco”, destinado ao “quem” da manifestação do pensamento, os questionamentos selecionados serão ponderados e, em face das normas vigentes no ordenamento nacional, serão traçadas considerações gerais sobre os sujeitos da comunicação e como esse fator influencia, de forma ampla, a valoração jurídica da liberdade de expressão.

3.2. A quem diz respeito a manifestação do pensamento (parte 1)? NYT v. Sullivan, Herrera Ulloa v. Costa Rica, Roriz v. Editora Abril e a questão da autoridade pública.

Iniciando o “bloco” destinado à análise das questões específicas relacionadas à influência da identidade dos sujeitos da comunicação na licitude da manifestação do pensamento, os capítulos 3.2 e 3.3 terão foco no questionamento “a quem a manifestação diz respeito?”.

Nesse sentido, como adiantado anteriormente, o capítulo 3.2 abordará a temática específica da manifestação do pensamento que se refere a uma autoridade pública ou ao governo. Para tanto, três principais casos ilustrarão o debate.

A primeira decisão, retirada da jurisprudência da Suprema Corte Americana, refere-se, talvez, a um dos mais célebres casos da jurisprudência norte-americana sobre a liberdade de expressão, tal como garantida na Primeira Emenda à Constituição: NYT v. Sullivan¹⁶⁰.

O caso envolve, de um lado, o jornal New York Times e, de outro, L. B. Sullivan, comissário da cidade de Montgomery, a quem competia a supervisão do Departamento de Polícia à época dos fatos. O jornal New York Times havia publicado um anúncio de página inteira no qual se alegava, entre outros, que a prisão do Reverendo Martin Luther King Jr. por perjúrio teria, na realidade, motivações políticas escusas. Sullivan, sentindo-se atacado pessoalmente, moveu ação contra o jornal e contra patrocinadores do anúncio, buscando compensação por ter sido, segundo sua argumentação, vítima de calúnia.

Na origem, pela aplicação da lei do Estado do Alabama, não houve necessidade de que Sullivan provasse danos sofridos e a malícia do jornal foi presumida. De igual sorte, não foi efetivamente discutida a veracidade das alegações, pois a matéria continha alguns erros fáticos, considerados suficientes para desacreditar todo o seu teor. Dessa forma, foi prolatada sentença julgando a ação procedente e condenando o jornal ao pagamento de uma multa de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares).

¹⁶⁰ Suprema Corte Americana, “New York Times v. Sullivan”, *docket* nº 39, *Opinion* 376 U.S. 254 (1964).

Após trâmite pelos Tribunais inferiores, o caso foi alçado à Suprema Corte que, revertendo o posicionamento da origem, julgou a ação improcedente, por unanimidade. Para o presente estudo, é especialmente relevante a argumentação da Corte no sentido de que a veiculação de opinião desfavorável à reputação de agente público, mesmo que conte com erro factual, não é suficiente para ensejar uma condenação ao pagamento de indenização.

De acordo com a Suprema Corte, a responsabilização por um discurso contrário a um agente público teria como requisito necessário a prova efetiva de malícia. Essa prova de malícia poderia se caracterizar (i) por meio de prova da ciência, por parte do agente veiculador da notícia, de que o conteúdo dessa era falso, ou (ii) por meio de prova de grave descaso - *reckless disregard* – com a veracidade ou falsidade da notícia que se veicula¹⁶¹.

Vê-se, portanto, que a Suprema Corte Americana não só estabeleceu um critério diferenciado para os casos que envolvem publicações sobre agentes públicos, como fixou um *standard* elevadíssimo para a punição de jornalistas que veiculam críticas políticas, atribuindo, inclusive, ao ofendido o ônus da prova sobre o *reckless disregard*.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é possível encontrar pontos de similaridade com o precedente norte-americano. A fim de exemplificar a jurisprudência da CIDH sobre o tema, é possível remeter-se ao caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*¹⁶², julgado pela Corte em 2004.

Entre 19 e 21 de maio de 1995 e em 13 de dezembro de 1995, o jornal “*La Nación*” publicou artigos que basicamente reproduziam matérias da imprensa belga, que, por sua vez, denunciavam a prática de atividades ilícitas por Félix Przedborski, representante honorário da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), na Áustria.

Por conta dessas publicações, foi movida ação contra o jornalista Mauricio Herrera Ulloa e contra o jornal *La Nación*. Em 12 de novembro de 1999, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de San José, reformando uma sentença de absolvição prolatada pelo juízo de primeiro grau, considerou Herrera Ulloa culpado de quatro acusações de di-

¹⁶¹ *In verbis*: “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’ -- that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.

¹⁶² CIDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, j. 02.06.2004, Series C, n. 107.

famação a agente público, condenando-o ao pagamento de multa pecuniária e ao registro no rol de criminosos condenados. O mesmo tribunal entendeu que Herrera Ulloa e o jornal *La Nación* eram responsáveis civilmente pelos danos causados à reputação de Félix Przedborski, condenando-os ao pagamento de indenização por danos morais, ao custeio de todas as despesas processuais, à eliminação das páginas virtuais das matérias e à divulgação da ementa do julgamento.

Antes da execução da decisão, o caso foi encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com parecer por meio do qual a Comissão compartilhava do posicionamento dos requerentes, no sentido de que o Estado da Costa Rica teria violado dispositivos da Convenção, mormente o artigo 13, que protege a liberdade de expressão¹⁶³.

Em sua defesa, o Estado da Costa Rica argumenta que a sociedade não é só lesada pela *falta* de informação, mas também pela disseminação de informações *falsas*. Ademais, as sanções impostas a Herrera Ulloa e ao jornal teriam como finalidade a proteção da reputação de terceiros, o que seria um dos objetivos legítimos para a imposição de restrições à liberdade de expressão.

O Estado argumenta, ainda, que os requerentes não foram punidos tão somente por terem tecido críticas a agentes públicos, mas sim por conta de um Tribunal ter julgado que o fizeram de forma maliciosa.

Por fim, o Estado da Costa Rica sustenta que a atribuição de menor proteção ou respeito à honra de um agente público do que à honra de um cidadão comum seria um posicionamento simplista, reducionista e que conflitaria com o princípio da igualdade.

Em sua análise do caso, a Corte Interamericana começa por expor a interpretação geral cabível ao artigo 13 da Convenção. Após, voltando seu olhar às particularidades do caso concreto, a Corte pontua que se trata de hipótese de notícia jornalística sobre agente público, em matéria de interesse público. Citando a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos¹⁶⁴, então, a Corte Interamericana sustenta que há de se fazer uma distinção entre os limites da liberdade de expressão aplicáveis às notícias ou críticas relaciona-

¹⁶³ V. transcrição completa na nota de rodapé nº 10.

¹⁶⁴ A Corte menciona, especificamente, os casos de *Dichand and others v. Austria*, *Lingens v. Austria* e *Castells v. Spain*.

das a pessoas privadas e aqueles aplicáveis às notícias ou críticas relacionadas a agentes públicas.

Nesse sentido, a Corte reitera seu entendimento de que, apesar de a honra de pessoas públicas não ser um bem destituído de qualquer proteção legal, agentes públicos, políticos e indivíduos que exercem funções de interesse público estão sujeitos a um paradigma diferenciado de proteção jurídica, que admite um maior escrutínio e garante um menor grau de privacidade. No entender da Corte, esse paradigma diferenciado encoraja um controle social e democrático sobre as atividades estatais e, dessa forma, promove a *accountability* dos agentes públicos, tudo em um contexto de um debate político amplo e participativo.

No caso concreto, reitere-se, o jornalista Herrera Ulloa estava apenas reproduzindo artigos da mídia internacional, que por sua vez denunciava condutas que suscitavam dúvidas sobre a probidade de um diplomata costa-riquenho. Pela publicação da matéria de autoria de Ulloa, este foi processado penal e civilmente, mormente porque, no entender do Poder Judiciário da Costa Rica, ele não logrou comprovar cabalmente que os fatos narrados nos jornais europeus seriam verídicos.

No entender da Corte Interamericana, esse ônus probatório imposto a Ulloa se constituiu em uma limitação excessiva à liberdade de expressão, que não se coadunaria com a lógica do artigo 13(2). Nesse sentido, entendeu a Corte que, ao exigir de jornalistas que comprovem cabalmente a veracidade de denúncias de terceiros como requisito para não serem punidos por uma publicação crítica, o Estado acaba por inibir o próprio jornalismo, especialmente aquele voltado aos assuntos políticos, de maior relevo.

Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o Estado da Costa Rica efetivamente violou o artigo 13 da Convenção. Dessa forma, determinou que a Costa Rica deveria, entre outras obrigações, anular o julgamento que havia condenado Ulloa e o jornal *La Nación* e indenizá-los pelos danos morais causados.

Conforme se extrai da análise do caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve posicionamento que, em diversos pontos, se assemelha ao externado pela Suprema Corte Americana no precedente de *NYT v. Sullivan*. Nesse sentido, a CIDH também sustentou que o exercício da liberdade de expressão que diz respeito a autoridades públicas

tem limites mais amplos, entendendo, de forma similar, que não se pode atribuir aos jornalistas o ônus da prova da verdade cabal das informações veiculadas.

Tal posicionamento, como se verá da análise do terceiro caso selecionado, também encontrou ressonância na jurisprudência brasileira. Nessa linha, é possível citar, dentre outros precedentes, o Recurso Extraordinário com Agravo nº 722.744¹⁶⁵, envolvendo, de um lado, a Editora Abril S.A. e, de outro, o ex-Governador e ex-Senador Joaquim Domingos Roriz.

Em dezembro de 2009, a revista *Veja*, editada pela Editora Abril, veiculou matéria associando Joaquim Roriz aos fatos investigados na Operação Caixa de Pandora, relativos a esquema de corrupção e pagamento de propinas. Na matéria, inclusive, Roriz era comparado a Don Corleone, personagem da trilogia de filmes e livros “O Poderoso Chefe”.

Joaquim Roriz moveu ação, então, buscando o pagamento de indenização por danos morais alegadamente causados pela matéria veiculada pela Editora Abril. Havendo julgamento pela procedência da ação em primeira e segunda instância, foi interposto recurso extraordinário e, então, agravo para sua subida ao Supremo Tribunal Federal.

O feito foi objeto de apreciação monocrática pelo Ministro Relator Celso de Mello, que decidiu pela procedência do recurso interposto pela Editora Abril. Em suas razões, são suscitados argumentos que guardam diversos pontos de intersecção com a discussão travada nos precedentes citados anteriormente.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello pontua, primeiramente, o papel essencial que a liberdade de imprensa representa em uma sociedade democrática. Em seguida, fazendo menção expressa a *NYT v. Sullivan*, passa a sustentar que, justamente pela função que a imprensa exerce na democracia, a crítica dirigida às autoridades públicas, por mais dura, veemente ou irônica que seja, encontra limites mais largos do que os que ordinariamente impostos como decorrência dos direitos da personalidade dos indivíduos.

Em outras palavras, decidiu-se no caso que o fato de alguém ostentar a condição de figura pública política faz com que a manifestação de opinião crítica a seu respeito (se

¹⁶⁵ STF, ARE nº 722.744 (Abril x Roriz), Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.02.2014, DJe 12.03.2014.

não caracterizada, evidentemente, por falsidade maliciosa) seja livre, afastando-se, por força da liberdade de crítica, o intuito doloso de ofender¹⁶⁶.

Ressalte-se, por fim, que a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem não destoa dos demais julgados mencionados, conferindo, também, tratamento diferenciado ao discurso que se refere ao governo ou a autoridade pública. A título exemplificativo, é possível referir-se a caso já mencionado item 2.4: *Incal v. Turkey*.

Ao analisar as restrições impostas a İbrahim Incal por conta da elaboração do panfleto que continha severas críticas a políticas adotadas pelo governo turco, a CEDH sustentou que, embora a liberdade de expressão não seja um valor absoluto, seus limites seriam *mais amplos* quando a mensagem ou opinião é relativa ao governo do que quando diz respeito a cidadãos particulares. Nesse sentido, a posição que o governo ocupa em uma sociedade tornaria necessário que este se comportasse com autocontenção na adoção de medidas, especialmente criminais, para a coibição de ataques e críticas vindas de seus adversários políticos¹⁶⁷.

Como se denota de todos os precedentes citados, há inegável robustez na corrente que sustenta que a liberdade de expressão ganha contornos específicos quando o ato comunicativo diz respeito a autoridades públicas, encontrando, nesse caso, limites mais amplos do que quando uma crítica ou publicação diz respeito a particulares.

Há de se apontar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal também parece entender que esse elemento – a identificação, no caso, da autoridade pública como assunto da

¹⁶⁶ Excerto da fundamentação do Ministro Relator Celso de Mello: “É por tal razão que a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. É importante acentuar, bem por isso, que não caracterizará hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgar observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicular opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excluyente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. (...) essa prerrogativa dos profissionais de imprensa revela - se particularmente expressiva, quando a crítica, exercida pelos “mass media” e justificada pela prevalência do interesse geral da coletividade, dirige-se a figuras notórias ou a pessoas públicas, independentemente de sua condição oficial”.

¹⁶⁷ *In verbis*: “The limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen, or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities but also of public opinion. Furthermore, the dominant position which the government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries”.

comunicação – teria peso apenas relativo, não tendo o condão de superar determinados obstáculos à sua divulgação.

Esse foi o caso, por exemplo, da decisão do STF no processo MC Pet 2702/RJ¹⁶⁸, onde se decidiu, por maioria, que o fato da publicação dizer respeito a autoridade pública poderia ter peso apenas relativo, *não* tendo o condão de tornar lícitas publicações que infringissem regras de sigilo documental.¹⁶⁹ Tratava-se, no caso concreto, de publicação do jornal O Globo sobre o então Governador do Estado do Rio de Janeiro e então candidato à presidência da República, Anthony Garotinho. O referido jornal havia divulgado que iria veicular matéria com transcrição de gravação telefônica entre Anthony Garotinho e dois outros interlocutores, pela qual supostamente se comprovaria que o então Governador e candidato teve participação em operação de suborno de auditor fiscal realizada em 1995.

Segundo a argumentação do jornal perante o STF, melhor seria que, ao invés de buscar limitar o acesso à informação, fosse permitida a sua veiculação e a avaliação, pelo próprio público leitor, da relevância de seu conteúdo, mormente quando se questiona, com razões tão sólidas, *“até que ponto a privacidade de uma pessoa deve ser respeitada, quando se está diante de fatos ligados à coisa pública e as pessoas que exercem tais funções”*.

No entanto, como dito, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria que a publicação não seria lícita, a despeito de tratar de pessoa da vida política, denotando haver uma tendência, junto ao Tribunal, de que esse elemento não seja absolutamente determinante na valoração jurídica da liberdade de expressão.

O tema voltará a ser abordado no capítulo 3.4, onde se abordará a figura do desacato, e no capítulo 3.7, ocasião em que avaliaremos essas correntes à luz das normas do or-

¹⁶⁸ STF, Pet n° 2.702 MC / RJ (“Caso O Globo x Garotinho”), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.09.2002, DJ 19.09.2003.

¹⁶⁹ Excerto do voto vencedor, de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores”.

Excerto do voto divergente, de lavra do Ministro Marco Aurélio: “No inciso V [do artigo 5º da CF88], realmente, assegura-se o direito de resposta, que deve ser proporcional à ofensa. Este pressupõe algo já verificado, a partir da informação. Também é garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem – estamos supondo que ocorreu a informação maliciosa e danosa. Sob a minha óptica, em relação aos homens públicos, para se chegar ao campo indenizatório, há de ficar demonstrada a malícia”.

denamento jurídico brasileiro, em um esforço de traçar conclusões gerais sobre a influência dos sujeitos da comunicação na interpretação da liberdade de expressão.

3.3. A quem diz respeito a manifestação do pensamento (parte 2)? Von Hannover v. Germany (nº 1 e nº 2) e a questão da “celebridade”.

Em continuidade sobre o tema da influência da identidade do sujeito a quem as informações dizem respeito, abordaremos, no capítulo 3.3, a relevância ou não de que a informação diga respeito às chamadas “celebridades” – pessoas “públicas” não na política ou no exercício de função oficial, mas no âmbito artístico ou social.

Para essa análise, serão utilizados os casos Von Hannover v. Germany nº 1 e 2, da Corte Europeia de Direitos do Homem, para ilustrar a questão. Os processos envolvem, de um lado, a Princesa Caroline von Hannover, filha do Príncipe Rainier III de Mônaco, e, de outro, o Estado alemão.

Quanto ao primeiro dos casos¹⁷⁰, Caroline von Hannover moveu representação junto à Comissão Europeia de Direitos Humanos, em 6 de junho de 2000, alegando que a decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã não guardaria conformidade com o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Decidindo pela admissibilidade do caso, a Comissão encaminhou o feito para apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos que, como veremos, emitiu juízo oposto ao da Corte Constitucional Alemã.

Na origem, von Hannover havia movido ação judicial buscando a proibição de que revistas continuassem a veicular fotografias de sua pessoa sem autorização. Nesse sentido, a revista alemã *Bunte* havia publicado diversas fotografias suas, retratando, por exemplo, imagens de von Hannover com seus filhos no parque, com seu namorado em uma mesa de canto em um restaurante, andando a cavalo e, inclusive, tropeçando e caindo em um clube aquático. Na ação, von Hannover frisou que não exercia qualquer função de representação estatal do Principado de Mônaco, não podendo ser tratada, portanto, como agente pública.

Prolatada sentença de primeiro grau pela Corte Regional de Hamburgo, a ação foi considerada totalmente improcedente quanto às publicações na Alemanha, tendo sido suscitado o teor da Seção 23(1), n. 1, da Lei de Direitos Autorais alemã, que dizia que, excepcionalmente para figuras da sociedade contemporânea (*eine ‘absolute’ Person der Zeitgeschichte*), não seria necessária autorização prévia como condição para a veiculação de suas

¹⁷⁰ CEDH, “Caroline von Hannover v. Germany”, App nº 59320/00. j. 24.06.2004, Reports 2004-VI.

imagens e fotografias. O direito de não serem fotografadas e terem essas fotografias divulgadas, segundo a Corte Regional, valeria apenas dentro de suas residências, não mais prevalecendo quando saíssem a local público.

Interposto recurso, a Corte de Apelação de Hamburgo manteve integralmente a decisão de primeiro grau. No entanto, alçado o caso à Tribunal Federal de Justiça, houve reforma parcial da decisão.

Com efeito, o Tribunal Federal de Justiça reafirmou que, de fato, a liberdade de expressão e de imprensa em relação a pessoas públicas da sociedade seria mais ampla. No entanto, sustentou que mesmo essas “celebridades” teriam direito ao respeito de sua privacidade, e a prevalência desse respeito não estaria limitada espacialmente ao interior de suas residências. Entendeu, então, o TFJ que o direito de privacidade deveria ser respeitado pelos tabloides e *paparazzi* também quando essas pessoas públicas estivessem em lugares reclusos (*in eine örtliche Abgeschlossenheit*), em que claramente esperavam privacidade.

Por esse entendimento, o Tribunal reformou parcialmente as decisões anteriores, no que dizia respeito às fotografias em que von Hannover era retratada com seu namorado em um canto recluso de um restaurante, contexto em que podia legitimamente esperar privacidade. Nas demais, porém, em que era retratada em espaços públicos, como praças e clubes, a ação ainda seria improcedente.

Inconformada, von Hannover interpôs novo recurso, fazendo com que o caso fosse alçado à Corte Constitucional Alemã, que, em seu julgamento, também reformou parcialmente as decisões anteriores.

Segundo a Corte Constitucional Alemã, a decisão do Tribunal Federal de Justiça foi bem fundada, devendo prevalecer quase integralmente. Tecendo considerações sobre o papel das “pessoas públicas”, a Corte Constitucional sustentou que haveria interesse público não apenas no comportamento de agentes públicos oficiais, como também no de pessoas relevantes à sociedade por motivos diversos, como pelo cinema, música e história. Nesse sentido, a Corte considerou constitucional a interpretação da Lei de Direitos Autorais alemã no sentido de que a retratação e veiculação de fotografias de pessoas públicas em ambientes públicos prescindiria da autorização destas. Considerou também razoável a interpretação do Tribunal Federal de Justiça sobre o que seriam esses ambientes públicos, eli-

minando de sua abrangência os espaços que, embora não residenciais, fossem reclusos e nos quais fosse legítimo esperar privacidade.

No entanto, nesse sopesamento de valores – privacidade, de um lado, e direito à expressão e à informação, de outro – a Corte Constitucional entendeu que o posicionamento das instâncias inferiores deveria ser revisto especificamente quanto às fotografias em que von Hannover era retratada com seus filhos. Isso porque, nesse caso, ao direito de proteção à personalidade seria acrescido mais um peso: aquele relativo à proteção da relação parental, tal como inscrita no artigo 6º da lei fundamental alemã.

Inconformada, porém, von Hannover logrou alçar a questão à Corte Europeia de Direitos do Homem, como já adiantado anteriormente. Em apreciação do caso, a CEDH, por sua vez, entendeu que mesmo a decisão da Corte Constitucional Alemã feriria o artigo 8º da Convenção, pois considerou que a publicação de *todas* as fotos era ilegítima.

A CEDH pontuou que a liberdade de expressão, tal como consagrada no artigo 10 da Convenção, também abrangeria fotografias. No entanto, o caso não envolveria a disseminação de ideias relevantes para um debate de interesse público, mas sim a veiculação de fotografias de um indivíduo particular, em momentos pessoais ou até mesmo íntimos, engajado em atividades puramente privadas¹⁷¹. Desse modo, no entender da Corte o balanceamento dos valores em jogo levaria à conclusão de que prevaleceria a proteção ao direito à intimidade e à vida privada, mesmo que von Hannover seja uma pessoa conhecida do público¹⁷².

¹⁷¹ *In verbis*: “Although freedom of expression also extends to the publication of photos, this is an area in which the protection of the rights and reputation of others takes on particular importance. The present case does not concern the dissemination of ‘ideas’, but of images containing very personal or even intimate ‘information’ about an individual. Furthermore, photos appearing in the tabloid press are often taken in a climate of continual harassment which induces in the person concerned a very strong sense of intrusion into their private life of even of persecution’.

¹⁷² *In verbis*: “As the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution, since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life. Furthermore, the Court considers that the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and despite the fact that she is well known to the public”.

É especialmente pertinente observar, para efeitos do presente estudo, que a Corte considerou¹⁷³ que o posicionamento alemão sobre as chamadas “pessoas da sociedade contemporânea” restringiria consideravelmente a proteção à vida privada, podendo ser considerada cabível para agentes públicos que desempenham funções oficiais, mas excessivamente restritivo para pessoas fora dessas condições, como Caroline von Hannover.

No entanto, alguns anos mais tarde, questão análoga voltaria a ser tema de debate na Corte Europeia de Direitos do Homem, no caso que passou a ser referido como Von Hannover v. Germany nº 2¹⁷⁴. Como se verá adiante, o posicionamento da CEDH foi um pouco diverso, especificamente no que diz respeito às pessoas públicas.

Entre os anos de 2002 e 2004, a mídia alemã, especificamente as revistas *Frau im Spiegel* e *Frau Aktuell*, voltara a veicular fotos de Caroline von Hannover e sua família, enquanto estes estavam em viagens de lazer. Em uma das publicações, a foto ilustrava um artigo em que se dizia que, enquanto o resto dos herdeiros e família do Príncipe Rainier, de 78 anos, viajava pelo mundo, a Princesa Stéphanie, irmã de Caroline, era a única a cuidar de seu pai enfermo.

Em face dessas publicações, Caroline von Hannover voltou a mover ação judicial contra a veiculação de fotografias sem sua autorização. Em primeira instância, o Tribunal Regional proferiu julgamento em abril de 2005, de teor favorável à tese da autora, citando extensivamente, para tanto, o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Von Hannover v. Germany nº 1.

No entanto, o referido julgado foi reformado em duas ocasiões, até que o processo foi alçado ao Tribunal Constitucional Alemão. O Tribunal Constitucional Alemão, por sua vez, proferiu julgado em 26 de fevereiro de 2008, reiterando seu entendimento de que, em face da proteção tanto dos direitos da personalidade quanto da liberdade de imprensa, ao Poder Judiciário competiria, a fim de solucionar a controvérsia realizar uma ponderação entre esses valores protegidos. Nessa ponderação, sustentou o Tribunal, deveriam ser levados em conta o contexto no qual o indivíduo foi fotografado e se o indivíduo estava em um local recluso onde poderia ter expectativa legítima de privacidade. No mais, o Tribunal

¹⁷³ *In verbis*: “Since that definition affords the person very limited protection of their private life or the right to control the use of their image, it could conceivably be appropriate for politicians exercising official functions. However, it cannot be justified for a ‘private’ individual, such as the applicant.”

¹⁷⁴ CEDH, “Von Hannover v. Germany nº 2”, Apps nº 40660/08 e 60641/08, j. 07.02.2012.

Constitucional Alemão sustentou que as instâncias inferiores estavam corretas ao levar em consideração que, no caso concreto, o indivíduo retratado era uma figura pública da sociedade contemporânea, ou seja, uma pessoa que seria influente, seja na área da economia, cultura ou comunicação.

Analisando as particularidades das publicações veiculadas, o Tribunal Constitucional Alemão considerou que a veiculação da primeira das imagens - a que foi acompanhada do artigo tecendo considerações sobre como a família do Príncipe Rainier se comportava durante seu período de enfermidade - foi lícita, pois tratava de assunto de interesse público.

Em face da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, von Hannover logrou alcançar a questão, novamente, à Corte Europeia de Direitos do Homem, que veio proferir decisão em 7 de fevereiro de 2012.

Perante a Corte, o governo alemão sustentou que não ignorou o julgamento do caso Von Hannover v. Germany nº 1, de 2004. Ao revés, a jurisprudência interna teria se modificado, deixando de adotar um conceito "rápido" de que pessoas da sociedade contemporânea ensejariam apenas proteção limitada sob a Lei alemã, e passando a adotar um conceito de proteção graduada, em que as publicações individuais eram analisadas, mediante a avaliação do interesse público amplo na veiculação da notícia.

Analisando o mérito da questão, após tecer considerações gerais sobre a interpretação da liberdade de expressão em face da Convenção, a Corte Europeia de Direitos do Homem passa a sustentar quais seriam os critérios relevantes para o balanceamento adequado dos direitos em jogo. Nesse sentido, a Corte aponta que seria necessária a análise:

(i) da contribuição da publicação para um debate de interesse geral, sendo que a existência de tal interesse não é reconhecida tão somente em assuntos políticos, mas também em assuntos da vida cultural, social e até esportiva;

(ii) da extensão da notoriedade do indivíduo retratado, de seu papel e das atividades que desempenha, sendo que, para as pessoas públicas, o direito de informação pode prevalecer sobre determinados aspectos de sua vida privada (não sendo, contudo, um salvo conduto para quaisquer retratações, especialmente as que têm como finalidade exclusiva a satisfação da curiosidade do público);

(iii) da conduta prévia do indivíduo em questão, mormente se informações relacionadas já haviam sido publicadas sem sua objeção;

(iv) do conteúdo, da forma e das consequências práticas da publicação; e

(v) das circunstâncias e contexto em que as fotos foram obtidas, havendo de se ponderar se foram utilizados subterfúgios, meios ilícitos ou formas gravemente intrusivas para tanto.

Avaliando a aplicação desses critérios ao caso concreto, a Corte Europeia concluiu que o Tribunal Constitucional Alemão fez uma ponderação adequada dos valores em jogo, especialmente ao considerar que a veiculação da fotografia capturada no período de enfermidade do Príncipe Rainier contribuiria para um debate de interesse geral, a despeito de Caroline von Hannover não ser agente pública. Por tal motivo, a Corte declara que não teria havido violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, no que diz respeito à proteção à imagem e à vida privada.

Como se vê, no julgado proferido no caso Von Hannover v. Germany nº 2 a Corte não externou entendimento *oposto* ao do julgado anterior. No entanto, houve maior delimitação de qual seria a influência da notoriedade do indivíduo que é posto sob o holofote, havendo menção expressa, por parte da CEDH, de que esse deveria ser um elemento levado em consideração¹⁷⁵, mesmo que não se esteja a tratar da esfera política, mas da seara social ou cultural¹⁷⁶.

Não só na Alemanha e no âmbito da Corte Europeia de Direitos do Homem discute-se se a vida pessoal das chamadas “celebridades” tem contornos diferenciados. Essa noção, por vezes referida¹⁷⁷ como teoria da “esfera de iluminabilidade”, vem consagrada, por exemplo, no ordenamento italiano¹⁷⁸ e no húngaro¹⁷⁹.

¹⁷⁵ “*In that connection a distinction has to be made between private individuals and persons acting in a public context, as political figures or public figures. Accordingly, whilst a private individual unknown to the public may claim particular protection of his or her right to private life, the same is not true of public figures (...)*”.

¹⁷⁶ “*The Court nevertheless considers it useful to point out that it has recognised the existence of such an interest not only where the publication concerned political issues or crimes (...), but also where it concerned sporting issues or performing artists (...)*”.

¹⁷⁷ Em contexto nacional, v., por exemplo, o voto do Ministro Dias Toffoli na já mencionada ADI 4.451/DF.

¹⁷⁸ V. Lei de Direitos Autorais italiana: *Legge 22 aprile 1941, n° 633, “97 [1] - Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell’immagine è giustificata dalla notorietà o dall’ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. [2] Il ritratto non*

No Brasil, a questão também já foi objeto de demandas judiciais, especialmente na já citada¹⁸⁰ ADI 4815/DF (caso das biografias não autorizadas). No entanto, quanto à aplicabilidade dos entendimentos ora expostos ao ordenamento jurídico nacional, o tema será retomado no capítulo 3.7, quando analisaremos de forma ampla qual vem sendo a abordagem e valoração da identidade dos sujeitos da comunicação no contexto pátrio.

può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla riputazione od anche al decoro nella persona ritrattata”.

¹⁷⁹ V. comentários de Otavio Luiz Rodrigues Junior sobre o novo Código Civil húngaro em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-13/direito-comparado-hungria-tambem-adotara-codigo-civil-2014>>.

¹⁸⁰ V. item 2.6.

3.4. A quem a informação se dirige (parte 1)? A figura do desacato e os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Dando continuidade ao bloco destinado ao estudo da influência da identidade dos interlocutores na licitude da manifestação do pensamento (o “quem” na liberdade de expressão), os capítulos 3.4 e 3.5 serão dedicados destinatário da comunicação. Em outras palavras, nesses capítulos analisaremos o sujeito ao qual a manifestação se dirige, e se a identidade desse sujeito influencia a valoração jurídica do ato comunicativo.

Nesse diapasão, o capítulo 3.4, especificamente, será destinado ao estudo da autoridade pública como *destinatário imediato* da manifestação do pensamento. Como consequência, será estudada a figura do desacato e, especialmente, a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema.

Embora o termo “desacato” possa, em tradução para outras línguas, se referir a uma gama de comportamentos¹⁸¹, o tipo a que nos referimos é o que penaliza a manifestação do pensamento que ofende ou desrespeita um funcionário público no exercício de sua função. É uma figura normativa, portanto, que dá tratamento especial – em regra mais gravoso - ao discurso ofensivo dirigido à autoridade pública, prevendo consequências diversas das que o ordenamento jurídico prevê para o discurso que causa dano ao cidadão comum.

No ordenamento jurídico brasileiro, o desacato vem tipificado no artigo 331 do Código Penal¹⁸², prevendo, como sanção cabível, a pena de detenção de seis meses a dois anos ou, alternativamente, a aplicação de multa. A par do uso de verbetes amplos, que dão margem para considerável insegurança jurídica¹⁸³ na definição da hipótese legal, é possível

¹⁸¹ O *contempt of court*, como detalhado no caso Sunday Times v. the United Kingdom nº 1 – v. Anexo I – pode se referir, por exemplo, ao descumprimento de uma determinação judicial, ou à atitude que mina sua eficácia.

¹⁸² “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

¹⁸³ De acordo com Guilherme Nucci, o tipo penal pode compreender qualquer grosseria dirigida a funcionário público, desde que não se configure como mera crítica à atuação funcional deste. *In verbis*: "Pode implicar em qualquer tipo de palavra grosseira ou ato ofensivo contra a pessoa que exerce função pública, incluindo ameaças e agressões físicas. Não se concretiza o crime se houve reclamação ou crítica contra a atuação funcional de alguém". NUCCI, Guilherme de Souza. "Código Penal Comentado". 14ª ed. rev. ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 1327. Ao se referir às lições de Fernando Henrique Mendes de Almeida, Nucci menciona que a subsunção à norma implicaria em interpretação do tom e da inflexão da voz do emissor. *In verbis*: “No que toca às palavras oralmente pronunciadas, importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável’ (cf, FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, Dos Crimes Contra

observar que o dispositivo prevê, para o desacato, pena base superior do que a relativa ao crime de injúria, previsto no artigo 140 do mesmo diploma¹⁸⁴, só tendo sanção mais branda do que a injúria qualificada nos termos do § 3º (injúria com discriminação de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência). No mais, o crime de injúria não prevê causas excludentes de ilicitude análogas às previstas para o crime de injúria (§ 1º, incisos I e II do artigo 140).

Em termos gerais, portanto, a ofensa dirigida a funcionário público recebe tratamento mais severo do ordenamento jurídico brasileiro do que a dirigida a um cidadão que não exerce função pública. Isso significa que, no caso específico da sanção penal ao abuso da liberdade de expressão, o Decreto-Lei nº 2.848/1940 está a traduzir uma regra de *menor* proteção à liberdade de expressão quando a comunicação diz respeito a um agente público.

Como se vê, a lógica do artigo 331 do Código Penal pode ser considerada como diametralmente oposta à abordada no capítulo 3.2. Como exposto anteriormente no referido capítulo, em diversas instâncias – CIDH, CEDH, Suprema Corte Americana e no próprio STF – é consolidado o entendimento de que, justamente por desempenharem funções públicas e, portanto, estarem sujeitas a escrutínio da sociedade, as críticas, publicações e atos comunicativos em geral recebem *maior* proteção quando relativas a agentes estatais. A tipificação do crime de desacato, por outro lado, contraria esse raciocínio, dando limites *menos* amplos ao ato comunicativo dirigido a servidor público.

a Administração Pública, p. 186)”, ob. cit., p. 1327. A imprecisão do conceito é tamanha que, segundo o autor, o crime ficaria desconfigurado se o destinatário da fala grosseira não se abala ante as ofensas. *In verbis*: “se o funcionário público demonstra completo desinteresse pelo ato ofensivo proferido pelo agressor, não há que se falar em crime, pois a função pública não chegou a ser desprestigiada”, ob. cit., p. 1330. Curiosamente, Celso Delmanto aponta entendimento jurisprudencial no sentido de que, mesmo com essas características, seria possível compreender que não há desacato decorrente de momento de desabafo, exaltação ou nervosismo do emissor, o que, novamente, reforça o argumento de que os contornos do tipo penal são sensivelmente imprecisos. *In verbis*: “Mero desabafo momentâneo não configura (TJSP, RT 531/312). Não configura o proferido em momento de exaltação e nervosismo (TJSP, RT 526/357; TACrSP, RT 642/306; TRF 1ª Reg., Ap. 6.458, DJU 16.4.90, p. 6990)”, DELMANTO, Celso. “Código Penal Comentado”. 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1991, p. 503.

¹⁸⁴ “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa”.

Não é por outro motivo, portanto, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem tecido, reiteradamente, severas críticas às chamadas “leis de desacato”.

Já em 17 de fevereiro de 1995, a Relatoria para Liberdade de Expressão junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos havia elaborado relatório¹⁸⁵ sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, chegando à conclusão de que legislações do gênero não guardariam conformidade com a garantia das liberdades de expressão e de informação, tal como inscritas no artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Posteriormente, nos anos de 1998 e 2000, o tema das leis de desacato foi incluído nos Relatórios Anuais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reiterando-se o posicionamento alcançado em 1995.

Nessas ocasiões, a Comissão sustentou¹⁸⁶, com bastante veemência, que tais leis não se coadunariam com uma proteção adequada da liberdade de expressão, nos termos protegidos pela Convenção, pois a figura do desacato seria instrumento de repressão de críticas e oposição ao governo. Tais leis teriam, até mesmo, um efeito silenciador, evitando que as críticas sequer fossem formuladas, com base no temor de persecução penal. Mesmo considerando a argumentação de que as leis de desacato teriam como propósito a proteção da ordem pública, bem também tutelado pela Convenção, a Comissão sustenta que haveria

¹⁸⁵ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212.

¹⁸⁶ O posicionamento da Comissão é resumido com clareza no Informe sobre Leis de Desacato e Difamação Criminal de 2002, disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202002.pdf>>. *In verbis*: “A CIDH concluiu que tais leis não são compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar idéias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. A CIDH declarou, igualmente, que as leis de desacato proporcionam um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, em direta contravenção com o princípio fundamental de um sistema democrático, que sujeita o governo a controle popular para impedir e controlar o abuso de seus poderes coercitivos. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se refere à função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções fiduciárias. Inclusive aquelas leis que contemplam o direito de provar a veracidade das declarações efetuadas, restringem indevidamente a livre expressão porque não contemplam o fato de que muitas críticas se baseiam em opiniões, e, portanto, não podem ser provadas. As leis sobre desacato não podem ser justificadas dizendo que seu propósito é defender a “ordem pública” (um propósito permissível para a regulamentação da expressão em virtude do artigo 13), já que isso contraria o princípio de que uma democracia, que funciona adequadamente, constitui a maior garantia da ordem pública. Existem outros meios menos restritivos, além das leis de desacato, mediante os quais o governo pode defender sua reputação frente a ataques infundados, como a réplica através dos meios de comunicação ou impetrando ações cíveis por difamação ou injúria. Por todas estas razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou os Estados que as derrogassem”.

outros mecanismos de proteção da ordem contra ataques infundados, como é o caso da réplica ou resposta em amplos meios de comunicação.

O relatório elaborado pela Relatoria para Liberdade de Expressão em 1995 e as manifestações posteriores da Comissão contribuíram para a formulação da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2000, dando interpretação ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).

O posicionamento da Comissão especificamente quanto às leis de desacato vem consagrado no item 11 da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão:

“11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘leis de desacato’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação”. (g.n.)

É relevante destacar que o entendimento pela incompatibilidade da figura do desacato com a liberdade de expressão não se restringe ao âmbito da CIDH, sendo compartilhado também por outras organizações internacionais.

Nesse sentido, essa noção foi exposta pelo Relator Especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Opinião e de Expressão¹⁸⁷, externada no relatório anual sobre desenvolvimento elaborado pelo Banco Mundial em 2002¹⁸⁸ e consignada na declaração aprovada na décima reunião geral do Intercâmbio Internacional pela Liberdade de Expressão, subscrita pelas entidades participantes¹⁸⁹.

¹⁸⁷ “Os Direitos Civis e Políticos, em Particular as Questões Relacionadas com a Liberdade de Expressão”, documento da ONU N° E/C.4/2000/63, de 18 de janeiro de 2000.

¹⁸⁸ World Bank. “*World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*”. Oxford University Press, New York, 2002. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5984>>.

¹⁸⁹ A relatoria da CIDH cita, como participantes: Alliance of Independent Journalists (Indonésia), ARTICLE 19 (South Africa), Association de Journalistes du Burkina (Burkina Faso), Canadian Journalists for Free Expression (Canada), Center for Human Rights and Democratic Studies (Nepal), Center for Media Freedom and Responsibility (Philippines), Centro Nacional de Comunicação Social (México), Committee to Protect Journalists (USA), Ethiopian Free Press Journalists' Association (Ethiopia), Fédération professionnelle des journalistes du Québec (Canada), Free Media Movement (Sri Lanka), Freedom House (USA), Freedom of Expression Institute (South Africa), Independent Journalism Center (Moldova), Independent Journalism Centre (Nigeria), Index on Censorship (United Kingdom), Instituto Imprensa e Sociedade (Peru), International Federation of Journalists (Belgium), International Federation of Library Associations and Institutions - IFLA / Free Access to Information and Freedom of Expression - FAIFE, International Press Institute (Austria), Journaliste en danger (Democratic Republic of Congo), Media Institute of Southern Africa (Namibia), Pacific Islands News Association (Fiji Islands), Associação para a Defesa do Jornalismo Independente (Argentina),

O relatório desenvolvido pelo Banco Mundial, por exemplo, aponta que, dentre os países pesquisados, as leis de desacato não só são prevalentes nos países em desenvolvimento, como nele utilizadas com frequência como meio de repressão ao jornalismo crítico¹⁹⁰, comumente servindo como instrumento para reprimir o controle popular sobre o governo e silenciar ideias e opiniões a ele desagradáveis.

No item 3.7, o tema será retomado, juntamente com a discussão instaurada no item 3.2 (limites da comunicação sobre agentes públicos), ocasião em que analisaremos qual seria, em face do ordenamento jurídico pátrio, a conclusão mais adequada.

Press Union of Liberia (Liberia), Thai Journalists Association (Thailand), Timor Lorosa'e Journalists Association (Timor Leste); West African Journalists Association (Senegal) e World Press Freedom Committee (USA).

¹⁹⁰ Ob. cit., p. 188. *In verbis*: “Particularly restrictive are insult laws, protecting select groups such as royalty, politicians, and government officials from criticism. Usually, insult laws make it a criminal offense to injure the “honor and dignity” or reputation of these selected individuals and institutions, regardless of truth. A study of 87 countries found such laws to be surprisingly prevalent, particularly in developing nations. In most industrial countries insult laws are rarely, if ever, invoked. Yet in many developing countries, they are the primary means of harassing journalists. In the Arab Republic of Egypt 99 journalists and writers were prosecuted under insult laws in the 12 months following their introduction in May 1995. Such laws, at their best, are an anachronism—and at their worst, a severe restriction on media independence. That is why some governments, such as those of Argentina and Ghana, have taken steps to abolish them”.

3.5. A quem a informação se dirige (parte 2)? *Handyside v. UK* e a questão do público-alvo infantil.

Ainda analisando a influência da identificação do sujeito destinatário da comunicação na interpretação da liberdade de expressão, o presente capítulo se destinará ao estudo da questão atinente ao público-alvo infantil. Para tanto, utilizaremos o caso *Handyside v. UK*¹⁹¹, julgado pela Corte Europeia de Direitos do Homem, para ilustrar o debate.

Trata-se de processo envolvendo, de um lado, Richard Handyside, proprietário de uma editora de livros denominada “*Stage 1*”, e, de outro, o governo britânico. Em 1971, Handyside publicou, por meio de sua editora, a edição inglesa da obra “*The Little Red Schoolbook*”, de autoria de dois escritores dinamarqueses, que, previamente, havia circulado pela Dinamarca e por diversos outros países.

O livro, cujo público alvo declarado era o de crianças em idade escolar, de 12 anos para cima, continha capítulos sobre os temas de educação, aprendizado, professores, pupilos e “O Sistema”. No capítulo sobre pupilos, especificamente, abordava-se de forma direta e explícita temas de cunho sexual, como masturbação, contraceptivos, pornografia e homossexualidade. A intenção primária era que a obra desempenhasse o papel de livro de referência, de modo que, por meio da consulta ao sumário, os leitores pudessem estudar sobre os temas que lhe despertassem interesse.

Uma vez publicado, o livro teve grande repercussão na mídia inglesa, inclusive com severas críticas ao seu conteúdo controverso. Após duas ordens judiciais de busca e apreensão de material relacionado ao livro, Handyside foi acusado de dois delitos com fundamento no *Obscene Publications Act* de 1959, com a redação dada pelo *Obscene Publications Act* de 1964.

O *Obscene Publications Act* previa em sua Seção 1 que, para a aplicação da lei, seria considerada obscena a obra cujos efeitos tendessem a “depravar” ou “corromper” pessoas que a lessem, assistissem ou ouvissem¹⁹². A Seção 2 do diploma legal, por sua vez,

¹⁹¹ O caso encontra maior detalhamento no Anexo I ao projeto.

¹⁹² *In verbis*: “Section 1 (1) For the purposes of this act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it”.

previa que a pessoa que fosse considerada na posse de obra obscena com intenção de distribuí-la - seja com finalidade lucrativa ou não – estaria sujeita a pena de multa e/ou prisão por até seis anos¹⁹³. Já a Seção 3 previa expressamente a possibilidade de que o magistrado, mediante juízo liminar, emitisse ordem cautelar para busca e apreensão de obras que fossem consideradas obscenas e que se suspeitasse que seriam objeto de publicação e distribuição.

No caso concreto, ao final do processo, Richard Handyside foi efetivamente condenado ao pagamento de pena de multa. A decisão foi posteriormente confirmada em sede recursal, por entender a Corte inglesa que o público-alvo do livro (crianças acima de 12 anos, em idade escolar) passa uma fase crítica de desenvolvimento psíquico, ensejando um escrutínio particularmente rígido por parte do Judiciário.

O caso foi levado, então, à Corte Europeia de Direitos do Homem, que teve oportunidade de analisar a compatibilidade da restrição imposta a Handyside pelo Reino Unido com o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Em sua análise, a Corte conferiu peso significativo ao ponto que também foi considerado relevante no Tribunal de origem: o de que o livro tinha crianças e adolescentes de 12 a 18 anos como claro público-alvo. Pontua-se, então, que o Tribunal de origem considerou, motivadamente, que a obra, especialmente nos capítulos destinados à temática sexual e no trecho intitulado “seja você mesmo”, teria o potencial de influenciar jovens em uma etapa crítica de desenvolvimento psíquico, encorajando o engajamento precoce em atividades a eles nocivas e até a prática de atos ilícitos. Paralelamente, entendeu-se que determinados trechos criticavam e subvertiam o papel dos professores, dos pais e das igrejas, agravando esse potencial de “depravação e corrupção” dos jovens leitores, tal como previsto no *Obscene Publications Act*.

¹⁹³ “Section 2 "(1) Subject as hereinafter provided, any person who, whether for gain or not, publishes an obscene article or who has an obscene article for publication for gain (whether gain to himself or gain to another) shall be liable - (a) on summary conviction to a fine not exceeding one hundred pounds or to imprisonment for a term not exceeding six months; (b) on conviction on indictment to a fine or to imprisonment for a term not exceeding three years or both. ... A person shall be deemed to have an article for publication for gain if with a view to such publication he has the article in his ownership, possession or control”.

Considerando, então, que o Tribunal de origem teria sopesado os valores em jogo e chegado a conclusões próprias à luz do conceito de moral no território do Estado signatário, a CEDH decidiu, por maioria¹⁹⁴, que não houve violação ao artigo 10 da Convenção.

Deixando de lado as particularidades do ordenamento jurídico inglês – especialmente a existência do *Obscene Publications Act* – e o juízo de moralidade utilizado pelos Tribunais ingleses no caso concreto, o ponto de relevo para o presente estudo é que, como se vê, a Corte Europeia de Direitos do Homem considerou legítima, em face da Convenção, a limitação da liberdade de expressão em prol da proteção da infância e da juventude, vez que a publicação em questão visava especificamente um público menor de idade.

No contexto brasileiro, as disposições da Constituição Federal de 1988 são razoavelmente claras ao abrirem margem para a adoção de entendimento similar. Ao dispor sobre a comunicação social, a Constituição estabelece, em seu art. 220, § 3º, inciso I¹⁹⁵, que cabe ao Poder Público federal regular os espetáculos públicos, estabelecendo classificações etárias, horários e locais em que sua apresentação é apropriada, em face da proteção, entre outros, da infância e juventude. Tal proteção à infância, aliás, vem consagrada em mais de uma passagem do texto constitucional, sendo classificada como direito social no art. 6º, *caput*¹⁹⁶, e como tema de competência legislativa concorrente¹⁹⁷ no artigo 24, X, da Constituição¹⁹⁸.

Na seara infraconstitucional, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) traz maiores detalhamentos sobre como a proteção à infância e à juventude se dá,

¹⁹⁴ Houve voto divergente do Juiz Mosler, que, à semelhança da opinião minoritária da Comissão de Direitos Humanos, entendia que as medidas adotadas pelas autoridades do Estado signatário não eram necessárias, especialmente considerando a possibilidade de que fossem apenas impostos condicionamentos à venda e à circulação (ex: alerta sobre o conteúdo), o fato de que o livro havia circulado livremente em outras localizações dentro do próprio Reino Unido, e o fato de que o país era deveras tolerante com obras de cunho sexual explícito que não foram objeto de medidas tão restritivas quando as adotadas contra Handyside e sua editora. No entanto, como dito, essa opinião foi superada por larga maioria no âmbito da CEDH.

¹⁹⁵ “Art. 220, § 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”.

¹⁹⁶ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁹⁷ A competência legislativa sobre a proteção à infância e à juventude vem prevista, de modo geral, como concorrente no art. 24, XV, da Constituição. No entanto, especificamente quanto à edição de lei regulamentando os espetáculos públicos, o art. 220, § 3º, é claro ao atribuir a competência à União.

¹⁹⁸ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XV - proteção à infância e à juventude”.

relativamente aos espetáculos públicos e às publicações e informações dirigidas a esse público-alvo.

Com efeito, além de traçar regras inibindo o *acesso*, por crianças e adolescentes, de material inapropriado para sua faixa etária (vide, por exemplo, o artigo 79, com regras sobre a embalagem de publicações adultas), o Estatuto da Criança e do Adolescente traz regras quanto às publicações e espetáculos que são *destinados especificamente* a esse público-alvo.

É o caso, por exemplo, do artigo 71 do ECA¹⁹⁹, que estabelece que é direito de toda criança e adolescente ter acesso a informações, produtos e serviços que respeitem o fato de que sua personalidade está em desenvolvimento. É o caso, de igual sorte, do artigo 79²⁰⁰, que estabelece que as revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não podem conter alusões a bebidas, tabaco e armas, além de deverem respeitar valores éticos.

Evidentemente, as normas constitucionais e legais citadas não estabelecem critérios cristalinos e matemáticos para a solução de quaisquer situações concretas que venham a surgir. O próprio uso de conceitos jurídicos indefinidos, como “*valores éticos e sociais da pessoa e da família*”, contribui fortemente para que a aplicação concreta dessas normas não seja tarefa simples. A título exemplificativo, basta remeter-se à controvérsia ocorrida no ano de 2011, em que o Ministério da Educação elaborou o projeto “Escola Sem Homofobia”²⁰¹, que, no entanto, foi duramente criticado²⁰² por parcela da população que não via, no material, compatibilidade com sua concepção pessoal de “valores familiares”, a ponto da produção do material ser suspensa por ordem da Presidente da República²⁰³.

¹⁹⁹ “Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

²⁰⁰ “Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

²⁰¹ O projeto tinha como objetivo a disseminação, no âmbito das escolas, do respeito à diversidade, especificamente quanto às variadas identidades de gênero e orientações sexuais, propondo, para essa finalidade, a distribuição de material de divulgação abordando essa temática. V. http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/pdf/apresentacoes/escola_sem_homofobia1.pdf.

²⁰² V. <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/projeto-de-distribuir-nas-escolas-kits-contrahomofobia-provoca-debate.html>.

²⁰³ V. <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/dilma-rousseff-manda-suspender-kit-anti-homofobia-diz-ministro.html>.

Também a título exemplificativo, é possível mencionar a controvérsia em torno da recente edição da Resolução nº 163, de 13 de março de 2014²⁰⁴, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), que, em termos abrangentes, considera abusivo quase todo direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente²⁰⁵, tendo gerado longas discussões sobre seu mérito²⁰⁶.

Parece-nos, portanto, que a solução do conflito desses valores – proteção à infância e juventude e liberdade de expressão – invariavelmente passará pela análise das particularidades do caso concreto. No entanto, fica claro que o ordenamento jurídico pátrio efetivamente confere contornos específicos à comunicação que tem, como destinatário, a criança ou o adolescente.

²⁰⁴ Publicação no DOU em 4 de abril de 2014.

²⁰⁵ Diz o artigo 2º da Resolução Conanda nº 163/2014: “Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil”.

²⁰⁶

V.

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202249,51045-A+recente+resolucao+do+Conanda+e+a+publicidade+de+produtos+para>

3.6. Quem é o emissor da comunicação? Imunidade parlamentar e vedação ao anonimato.

No presente capítulo, pretende-se avaliar se a identidade do *emissor* da manifestação (ou a falta dela) teria o condão de condicionar o alcance da liberdade de expressão.

A fim de defender a resposta positiva a esse questionamento, dois serão os exemplos suscitados: (i) o do parlamentar como emissor da mensagem e (ii) o da não identificação do autor da manifestação (anonimato).

Quanto à primeira questão, há de se apontar que a Constituição Federal brasileira é expressa, em seu artigo 53²⁰⁷, em tornar os parlamentares invioláveis – civil e penalmente – por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. Essa imunidade parlamentar material, tal como garantida na Constituição, indica de forma robusta que a identidade do emissor da mensagem é fator que, em determinadas situações, influencia a interpretação do alcance da liberdade de expressão. Isso porque, como colocado pelo Ministro Celso de Mello quando da decisão no Inquérito 617/RR²⁰⁸, a imunidade material tem o potencial de excluir a ilicitude de um ato comunicativo que, fosse proferido por um cidadão comum, poderia ser configurado como crime contra a honra ou ensejado reparações civis.

A imunidade material conferida aos parlamentares tem como finalidade, nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos, que aqueles desempenhem suas funções sem pressões ou receio de potenciais constrangimentos, proferindo opiniões e manifestações de forma livre e desimpedida²⁰⁹. Nesse sentido, como pontuado por José Afonso da Silva²¹⁰, a imunidade material (ou inviolabilidade) é uma garantia que se presta a proteger antes a função pública do que o próprio parlamentar.

²⁰⁷ “Art. 53, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 35/2001: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

²⁰⁸ STF, Inq. 617/RR, Min. Celso de Mello, j. 24.06.2002, DJ 28.06.2002. *In verbis*: “a cláusula inscrita no art. 53, caput, da Constituição da República, na redação dada pela EC nº 35/2001, exclui, na hipótese nela referida, a própria natureza delituosa do fato, que, de outro modo, tratando-se do cidadão comum, qualificaria-se como crime contra a honra”.

²⁰⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. “Constituição Federal Anotada”. 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 826. *In verbis*: “A imunidade material serve para que os parlamentares, no exercício do mandato legislativo (prática *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*), opinem, discurssem e votem com inteira liberdade, sem pressões, nem constrangimentos”.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 30ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 535.

É justamente por ter esse caráter de proteção do exercício da atividade política que, mesmo com a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 35/2001 à redação do artigo 53²¹¹, a jurisprudência é assente no sentido de que a imunidade material só se estende para as palavras e opiniões emitidas pelos parlamentares no exercício do mandato (prática *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*).

Nesse sentido, por exemplo, foram as decisões do Supremo Tribunal Federal nos Inquéritos nº 1.344-5 e nº 2.134-2, instaurados, respectivamente, contra o ex-Deputado Eurico Miranda e contra o Deputado Wladimir Costa. Com efeito, em ambos os casos o STF se posicionou pela incidência da referida imunidade apenas quanto a manifestações e declarações que guardam relação com o exercício do mandato parlamentar²¹².

Uma observação pode ser feita especificamente quanto à imunidade material prevista para os Vereadores, que desempenham a função legislativa em nível municipal. Com efeito, a Constituição Federal destina dispositivo específico para esses agentes públicos – o seu artigo 29, VIII²¹³ - com redação um pouco diversa da destinada aos Deputados e Senadores. Nesse sentido, o artigo 29, VIII, especifica que a imunidade se dá “na circunscrição do Município”, e não menciona, como no artigo 53, que os Vereadores são invioláveis tanto na esfera penal como na esfera civil.

Não obstante, a jurisprudência tem entendido que as imunidades dos Deputados e Senadores, de um lado, e dos Vereadores, de outro, não têm distinção qualitativa ou de profundidade, mas sim de alcance, por conta das diferentes atribuições e competências²¹⁴.

²¹¹ O *caput* do artigo 53 dizia, em sua redação original, que “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”. Com a Emenda Constitucional nº 53/2001, houve ampliação da imunidade material, passando-se a prever que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”.

²¹² “A imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição não é absoluta, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Embora a atividade jornalística exercida pelo querelado não seja incompatível com atividade política, há indícios suficientemente robustos de que as declarações do querelado, além de exorbitarem o limite da simples opinião, foram por ele proferidas na condição exclusiva de jornalista”. (Inq. nº 2.134, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.03.2006, DJ 02.02.2007.)

²¹³ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”;

²¹⁴ Nesse sentido, v. RE nº 600.063, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 25.02.2015. *In verbis*: “(...) 5. Esclareço, já de início, que não vislumbro diferença qualitativa entre a inviolabilidade civil conferida aos vereadores pelo citado art. 29, VIII, da CF, e a imunidade material, também civil,

No mais, parcela substancial da doutrina defende que a expressão constitucional “circunscrição do Município”, utilizada para qualificar a imunidade material dos Vereadores, deve ser interpretada como abrangendo as palavras e opiniões proferidas na qualidade de representante do Legislativo municipal, ainda que o Vereador esteja fisicamente fora do Município em que atua²¹⁵.

Feito esse delineamento do alcance da imunidade parlamentar material, é pertinente observar que o instituto tem relevância tal que se encontrou presente em todos os textos constitucionais brasileiros desde a Constituição do Império²¹⁶ e, pela literalidade do artigo 53, § 8º²¹⁷, não pode sequer ser flexibilizada no estado de defesa, só podendo ser mitigada no estado de sítio mediante voto da respectiva casa, relativamente a atos praticados *fora* do recinto do Congresso Nacional.

Trata-se, portanto, de fator que não só influencia a valoração jurídica da comunicação, como tem enorme peso nessa avaliação.

Quanto ao segundo modo como a identidade do emissor da mensagem – no caso, a falta dela - é fator que pode influenciar a valoração jurídica da manifestação do pensa-

outorgada a deputados estaduais e federais e a senadores pelos arts. 27, § 1º, e 53 da Carta. A distinção havida entre essas garantias é de outra natureza decorre dos diferentes âmbitos de atuação política em que inseridos os parlamentares das três esferas federativas. 6. Não há, em outras palavras, diferença quanto à intensidade de proteção, mas tão somente quanto ao alcance geográfico e temático, por assim dizer, aplicável em cada caso. Portanto, quando se afirma, como esta Corte já fez, que a imunidade dos vereadores não é absoluta, em oposição à dos congressistas federais, quer-se somente enfatizar que, em virtude do âmbito diferenciado dos mandatos, a primeira tem alcance (horizontal) menor do que a segunda, que, nesse sentido, é a mais ampla possível. Não se extrai daí que a inviolabilidade dos vereadores seja menos profunda (alcance vertical) do que a dos parlamentares estaduais e federais. Tanto que, também na jurisprudência desta Corte, encontramos referência à tutela das opiniões, palavras e votos dos vereadores como ‘absoluta’, equiparável à de deputados e senadores”.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito municipal brasileiro”. 7. ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 454. *In verbis*: “Entendemos que o espírito do Constituinte foi o de conceder plena liberdade ao vereador na manifestação de suas opiniões sobre os assuntos sujeitos à sua apreciação como agente político investido de mandato legislativo local. Desta forma, ainda que esteja fora do Município, mas no exercício do mandato, como representante do Legislativo municipal, deve gozar dessa prerrogativa ao manifestar sua opinião, palavra ou voto”.

²¹⁶ Constituição de 1824, “Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções”.

²¹⁷ “Art. 53, § 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida”.

mento, é possível apontar que a Constituição Federal brasileira também é expressa, em seu artigo 5º, inciso IV²¹⁸, em prever a vedação ao anonimato.

Como pontuado por Uadi Lammêgo Bulos²¹⁹, a vedação ao anonimato vem prevista no texto constitucional como forma de viabilizar a responsabilização ulterior em casos de abuso. A título exemplificativo, a responsabilização pela veiculação de escritos que incitam o ódio racial fica prejudicada pela inexistência de identificação do autor, situação que, inclusive, ganha novos contornos com a intensificação do uso da *internet*²²⁰.

A despeito da vedação expressa ao anonimato, porém, não há de se considerar que as informações não identificadas são completamente desprovidas de utilidade ou até mesmo de valoração jurídica. Uma das formas como a comunicação não identificada tem valia sob o ordenamento jurídico é a referente às chamadas “denúncias anônimas”, não só aceitas como muitas vezes estimulada pelo Poder Público²²¹.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar por diversas vezes sobre a possibilidade de utilização das denúncias anônimas pelas autoridades policiais. Embora o STF entenda²²² que os escritos apócrifos não podem justificar, *isoladamente*, a instauração da *persecutio criminis*, a Corte também entende que não há óbices jurídicos a que a denúncia anônima provoque a promoção cautelosa, pelo Poder Público, de diligências destinadas a averiguar a verossimilhança dos fatos relatados.

²¹⁸ “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

²¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo, ob. cit., p. 119. *In verbis*: “Salutar foi a advertência feita no próprio inciso ao proibir-se o anonimato. Quem exercita a liberdade de pensamento deve assumir a identidade das posições emitidas, haja vista a hipótese de responder por eventuais danos causados a terceiros”.

²²⁰ Nem sempre a busca do *internet protocol* (IP) geral resultados satisfatórios na identificação da autoria de determinados escritos, mormente em face da utilização de serviços de *proxy*.

²²¹ Vide, por exemplo, o serviço www.webdenuncia.org.br, disponibilizado em novembro de 2013 pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, em que se garante o anonimato do denunciante.

²²² STF, Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, redator para o Acórdão Min. Celso de Mello, j. 11.5.2005, DJ 11.11.2005. *In verbis*: “(...) (a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da *persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o *crimen falsi*, p. ex.); (b) nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discricção’, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; (...)”.

Como se vê, os dois cenários relatados – a proteção especial da manifestação proferida pelo parlamentar no exercício das funções e o condicionamento das manifestações em geral à identificação da autoria – revela que também a identificação do *emissor* da comunicação é elemento relevante para a compreensão dos contornos da liberdade de expressão.

3.7. Interlocutores e legitimidade

A afirmação de que o ordenamento jurídico pode conferir valoração diversa para a comunicação dependendo dos sujeitos que nela estão envolvidos pode causar estranhamento. Em uma leitura inicial, sustentar que uma mesma mensagem pode ter diferentes consequências jurídicas a depender de quem a emitiu (ou a depender de a quem ela é dirigida, ou a quem diz respeito), poderia suscitar objeções, alegando-se incompatibilidade com o princípio da isonomia.

No entanto, como visto, alguns condicionamentos da liberdade de expressão baseados na identidade dos sujeitos da comunicação não só são aceitos pela doutrina e jurisprudência como, em alguns casos, vêm explícitos em normas do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, como visto no capítulo 3.5, a comunicação dirigida ao público infanto-juvenil está sujeita a regramentos específicos e, em geral, a limitações mais rígidas. De igual sorte, como estudado no capítulo 3.5, o ordenamento jurídico também tem regras explícitas sobre a comunicação feita pelo parlamentar no exercício das funções - fato que constitui um excludente de ilicitude - e sobre a comunicação apócrifa ou não identificada.

Quanto à questão das autoridades públicas como sujeito *a quem diz respeito* a comunicação, o ordenamento interno pátrio não conta com normas expressas sobre o tema. No entanto, há de se lembrar que, em outubro de 2000, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou a Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão, que, dando interpretação ao artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, explícita, em seu item 11, que “os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade”, motivo pelo qual, inclusive, condena as chamadas leis de desacato.

Não se olvida que, especialmente para a teoria dualista²²³, a referida Declaração não pode ser considerada tecnicamente como norma do ordenamento jurídico interno, uma vez que não passou pelo processo de internalização previsto na Constituição Federal²²⁴. No entanto, independentemente da teoria adotada, não há como ignorar o compromisso da Re-

²²³ Como apontado por Ingo Wolfgang Sarlet, “de acordo com a [corrente do dualismo], não se pode falar propriamente em conflito entre a ordem jurídica interna e a internacional, pois são esferas que não se tocam, de tal sorte que o ato internacional só opera efeitos se incorporado à ordem interna”. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. “Curso de Direito Constitucional”. 3ªed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 198.

²²⁴ V. por exemplo, art. 84, VIII, CF88.

pública Federativa do Brasil de levar em consideração as interpretações dadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Convenção²²⁵.

De igual sorte, é razoável sustentar que a maior amplitude da crítica a agentes públicos é algo que, independentemente de norma expressa, decorre (i) da própria lógica do múnus público por eles desempenhado e (ii) da justificação ou razão de ser da liberdade de expressão.

Quanto ao primeiro elemento, há de se considerar que os agentes públicos praticam atos em nome do povo, titular da soberania²²⁶, a quem deve explicações. Disso decorre que o desempenho de função pública enseja controle social e, portanto, maior escrutínio sobre o comportamento de quem atua por delegação do povo.

Quanto ao segundo elemento, é possível sustentar que, como se estudará no item 4.2, a liberdade de expressão tem, como uma de suas justificativas, a qualidade de ser instrumento para o exercício concreto da democracia por meio do debate das coisas públicas. Nesse sentido, seria apenas natural que, desempenhando esse relevante papel no aperfeiçoamento das decisões políticas, a liberdade de expressão ganhasse contornos mais amplos quando seu exercício dissesse respeito, justamente, àqueles sujeitos que tomam tais decisões.

Como visto no capítulo 3.2, esse entendimento de que a comunicação sobre agentes públicos encontra limites mais amplos é consagrado em inúmeros foros, inclusive no Brasil, conforme entendimento reiterado da doutrina²²⁷ e do Supremo Tribunal Federal.

²²⁵ A propósito, Luiz Guilherme Marinoni bem aponta que, a despeito do artigo 68 do Pacto de San Jose da Costa Rica somente fazer referência à obrigatoriedade dos Estados cumprirem as decisões da Corte “em todo caso em que forem parte”, “a Corte Interamericana vem afirmando a força obrigatória dos seus precedentes, isto é, a eficácia vinculate dos fundamentos determinantes das suas decisões. Em 2004, ao julgar ‘Tibi v. Ecuador’, a Corte advertiu que *‘um tribunal internacional de derechos humanos no aspira – mucho menos todavia que el órgano nacional – a resolver um gran número de litígios em lo que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya há dictado sentencias que expresan su critério como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento’ (...)*”. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. “Curso de Direito Constitucional”. 3ªed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 1997/1998.

²²⁶ Constituição de 1988, “art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

²²⁷ A título exemplificativo, é possível citar BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do

Ressalte-se, inclusive, que, em julgado recente, no âmbito da já citada ADI 4.815/DF, foi suscitado argumento que, em maior ou menor medida, se aplica também às chamadas “celebridades”, ou pessoas públicas na seara cultural, artística ou científica. Com efeito, quando do julgamento da possibilidade da publicação de biografias não-autorizadas, a Ministra Relatora sustentou, com eloquência, que a compreensão da aplicação concreta da liberdade de expressão deve considerar que o espaço da vida privada não é o mesmo para todos, a depender da escolha que o próprio indivíduo toma de se lançar ou não na vida pública.

Nesse sentido, a Ministra Relatora aponta²²⁸ que, tanto para os indivíduos que se inserem voluntariamente nos quadros de órgãos estatais quanto para os que desempenham atividades profissionais em público e para o público, não se pode pretender atribuir o mesmo grau de privacidade com que conta o cidadão que não se lança sob o holofote. Em outras palavras, o indivíduo que constrói sua vida profissional na praça pública deveria, por esse argumento, estar preparado a colher tanto os bônus quanto os ônus, tendo em vista a natural consequência de que desperte o interesse do público em melhor conhece-lo²²⁹.

Evidentemente, o argumento não deve ser interpretado como um excludente de proteção à privacidade e à honra das “pessoas públicas”, nem como um salvo-conduto para

Código Civil e da Lei de Imprensa”. Revista Trimestral de Direito Público, n. 36, São Paulo, 2001, p. 24-53. *In verbis*: “A divulgação de fatos relacionados com a atuação do Poder Público ganha ainda importância especial em um regime republicano, no qual os agentes públicos praticam atos em nome do povo e a ele devem satisfações. A publicidade dos atos dos agentes públicos, que atuam por delegação do povo, é a única forma de controlá-los”.

²²⁸ *In verbis*: “A segunda respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se segundo escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que a) componha, ou não, os quadros de agentes das instituições estatais, elas mesmas sujeitas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, em cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; b) promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; c) extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais, profissionais ou de reconhecimento com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido. Em qualquer destas hipóteses, a pessoa sujeita-se – quando não busca – conhecimento e reconhecimento público, não se podendo negar a tolerar, quando não quiser, que este mesmo público busque, por igual, dele conhecer. Não se há de pretender, assim, contar o mesmo espaço de indevassabilidade que fixa os lindes da privacidade com que conta alguém que nada quer ou pretende ou se extrai do público em sua condução de vida”.

²²⁹ *In verbis*: “porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece não há de pretender esquivar-se deste mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse um mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou e fez-se notório”.

que publicações de intuito puramente comercial devessem os espaços íntimos desses cidadãos. Note-se, por exemplo, que, tratando da imagem, a jurisprudência²³⁰ ainda prevalece no sentido de que o uso não autorizado da fotografia de artistas de renome para fins puramente comerciais enseja indenização por danos morais.

No entanto, a construção de que a tutela da privacidade e da honra é diferente para as “pessoas públicas” é interessante e pode representar um bom parâmetro para os conflitos de interesses envolvendo, de um lado, jornalistas e comunicadores em geral e, de outro, agentes públicos e celebridades. O critério, inclusive, vem sendo disseminado na doutrina, podendo-se citar, nesse sentido, que Luís Roberto Barroso claramente o elenca²³¹ como um dos parâmetros constitucionais para a ponderação em caso de conflito dessa natureza.

Pode-se dar um passo adiante, ainda, e dizer que, se a liberdade de comunicação é mais ampla em relação às celebridades, pois esses artistas desempenham sua profissão na praça pública, com *intensidade ainda maior* é possível falar nessa ampliação em relação aos agentes públicos, que não só se inserem voluntariamente na vida pública como desempenham um *mínus público* sujeito ao mais amplo escrutínio.

Dentro dessa lógica, por fim, não há como se ignorar a incompatibilidade da tipificação do desacato com esses contornos específicos que a liberdade de expressão toma em relação aos agentes públicos. O tratamento *mais rígido* dispensado pela lei penal à palavra ofensiva dirigida ao funcionário público, quando comparada com a palavra ofensiva dirigida ao cidadão comum, não só contraria todo o exposto até então como já foi expressamente condenado por organizações internacionais – dentre elas a CIDH – em mais de uma ocasião, sendo no mínimo anacrônico e, em interpretação rígida porém não irrazoável, inconstitucional.

²³⁰ V. STF, RE 215984/RJ, Min. Rel. Carlos Velloso, j. 04.06.2002, DJ 28.06.2002. Tratava-se, no caso, de controvérsia envolvendo a atriz Cássia Kis e a editora Ediouro, que havia publicado fotografias da atriz na capa de revistas e em filmes publicitários, sem, no entanto, ter obtido sua autorização para tanto.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. “Colisão entre ...”, ob. cit. *In verbis*: “(C) Personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia. As pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. O controle do poder governamental e a prevenção contra a censura ampliam o grau legítimo de ingerência na esfera pessoal da conduta dos agentes públicos. O mesmo vale para as pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito. Já as pessoas que não têm vida pública ou notoriedade desfrutam de uma tutela mais ampla de sua privacidade”.

Note-se, aliás, que, buscando apontar a incompatibilidade com o artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo tem atuado²³², desde agosto de 2012, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, buscando compelir o Brasil a eliminar de seu ordenamento a figura do desacato, de modo que é provável que, em um futuro próximo, a questão deva ser enfrentada institucionalmente de modo amplo.

Observe-se, também, que, desde março de 2015, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 602/2015²³³, que, entre outras providências, propõe a revogação do artigo 331 do Código Penal, mencionando-se, em sua justificativa, justamente a interpretação que tem sido dada em âmbito internacional às normas protetivas da liberdade de expressão.

232

V. <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=58131&idPagina=3086>>.

233

V. inteiro teor em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=964537>>. Na justificação do projeto, seu autor sustenta que “a figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta “Você sabe com quem está falando?”.

4. O “O QUÊ” NA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: AVALIAÇÃO DE CONTEÚDO E O RISCO DA INGERÊNCIA ESTATAL

4.1. Considerações introdutórias: o conteúdo da mensagem e a liberdade de expressão.

Conforme adiantado no item 1.1, o presente capítulo se destinará a analisar se o conteúdo (*mensagem*) da comunicação, isoladamente considerado, pode influenciar a valoração jurídica desta e, se sim, em que medida.

Como será visto ao longo do capítulo, o ordenamento jurídico brasileiro está permeado de dispositivos que levam à resposta afirmativa ao primeiro questionamento. Nesse sentido, a Constituição é bastante clara, por exemplo, ao repudiar o racismo²³⁴ e práticas discriminatórias²³⁵, bem como ao estabelecer, em seu artigo 220, § 1º, que a liberdade de informação jornalística deve observar, entre outros, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas²³⁶. Todas essas disposições podem se relacionar com o exercício concreto da liberdade de expressão, em que o *conteúdo* de um discurso pode ser de teor discriminatório ou entrar em conflito com outros bens jurídicos tutelados.

No entanto, como mencionado na introdução da presente dissertação, nem sempre os critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência para a solução dessas questões são suficientemente claros. Como colocado por Ingo Wolfgang Sarlet²³⁷, basicamente não há

²³⁴ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo”.

²³⁵ “Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

²³⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. “Curso de Direito Constitucional”. 3ªed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 466/467. *In verbis*: “Que também a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de informação e de imprensa, (comunicação social), não é absoluta e encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais, praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Contudo, a controvérsia a respeito de quais são tais limites e de como e em que medida se pode intervir na liberdade de expressão segue intensa e representa um dos maiores desafios, especialmente para o legislador, mas também para os órgãos do Poder Judiciário, a quem compete, no caso concreto e mesmo na esfera do controle abstrato de constitucionalidade, decidir a respeito”.

quem busque afirmar que a liberdade de expressão é um direito absoluto, nem quem negue que ele deve ser harmonizado com outros bens e valores protegidos pelo ordenamento²³⁸. Como esses conflitos devem ser resolvidos, porém, ainda é questão que é amplamente debatida, representando um dos grandes desafios relacionados à proteção dos direitos fundamentais.

A fim, portanto, de avaliar como o conteúdo da comunicação pode influenciar a valoração jurídica da liberdade de expressão, mormente quando tal conteúdo parece conflitar com outros bens jurídicos, o presente “bloco” utilizará de uma abordagem um pouco diversa da utilizada nos “blocos” anteriores (fator temporal e identidade dos sujeitos da comunicação).

Nesse sentido, nos dois primeiros capítulos (4.2 e 4.3), serão abordados, preliminarmente, alguns conceitos e distinções teóricas, presentes especialmente na doutrina norte-americana e que podem constituir um valioso contributo para a construção de critérios aptos a pautar a solução de conflitos de direitos envolvendo a liberdade de expressão. Em seguida, serão abordados, como antes, alguns reflexos práticos da análise do conteúdo da comunicação.

A abordagem do presente “bloco” é diversa porque busca refletir uma necessidade de especial cautela na avaliação da mensagem de um ato comunicativo ou do “mérito” de um discurso.

Com efeito, a história está permeada de episódios em que a liberdade de expressão foi suprimida – seja por censura prévia, seja por repressão posterior – por conta do *conteúdo* das mensagens veiculadas. Não raramente, ainda, essa repressão era justificada pela necessidade de proteção de valores como a moralidade, a ordem social, a estabilidade estatal e a proteção de convicções religiosas, todos bens e interesses que, em tese, permanecem tutelados pelo ordenamento jurídico até a atualidade.

²³⁸ Sobre a corrente dos “absolutistas” da liberdade de expressão nos Estados Unidos, Cass R. Sunstein aponta que, apesar de terem influenciado fortemente os contornos básicos dessa proteção constitucional, não lograram, em última análise, ter seu posicionamento consolidado na jurisprudência, que enxerga exceções ao chamado *free speech*, mormente nos discursos de baixa ou nenhuma proteção. *In verbis*: “*Even if absolutism has had incomplete success, it is fair to say that its basic commitments have left a huge mark on the law. (...) As we have seen, the insistence on the supposedly unambiguous text – made most vivid in Justice Black’s free speech writings – was remarkably unpersuasive. Despite valiant efforts, the absolutists could never muster a lot of historical support on their behalf*” SUNSTEIN, Cass Robert. “*Democracy and the Problem of Free Speech*”. Free Press, 1995, p. 8.

Em outras palavras, do julgamento de Sócrates pelas autoridades atenienses, em que se alegava que o filósofo estava a corromper a mente dos jovens de Atenas, passando pela queima de livros ordenada por Pinochet, em que se alegava que a referida literatura era subversiva, às atuais práticas do grupo conhecido como Estado Islâmico, as ações repressivas da comunicação são, em geral, motivadas por uma forte convicção, por parte do agente que as leva a cabo, de que estão a proteger um valor relevante e legítimo, fazendo um suposto bem à sociedade ao eliminar um conteúdo comunicativo perigoso, imoral ou ofensivo.

Como apontado pela Ministra Carmen Lúcia²³⁹ quando do julgamento da ADI 4815/DF, a tentativa de tornar a linguagem das comunicações neutra e inofensiva, mesmo sob a justificativa de proteção a grupos historicamente discriminados, pode levar a um caminho de perigoso esvaziamento da liberdade de expressão, havendo de se prosseguir, nessa seara de avaliação do conteúdo da comunicação, com a máxima cautela.

²³⁹ *In verbis*: “A cultura do politicamente correto, expressão adotada desde a década de 80 do séc. XX, significando políticas tendentes a tornar a linguagem neutra para se evitar ofensa a pessoas ou grupos sociais discriminados historicamente, também vem sendo levada ao paroxismo, passando a se constituir em forma de censura da expressão. Adotam-se formas de censura implícita e particular, exercida de forma a tolher ou a esvaziar o direito à liberdade de expressão. Com o politicamente correto adotam-se formas de censura que mitigam ou dificultam o pluralismo a que conduz a liberdade pessoal. Porque a censura estatal ou particular introduz o medo de não ser bem acolhido no grupo social. E o medo, junto com a vergonha, são os fatores que fragilizam o ser humano em sua dignidade”.

4.2. A justificativa da liberdade de expressão: justificação instrumental e justificação constitutiva.

Como dito anteriormente, o presente capítulo dará início à análise da influência do conteúdo da manifestação do pensamento na aferição de sua licitude (o “o quê” na manifestação do pensamento). Para tanto, o capítulo 4.2 se destinará especificamente ao estudo da justificativa ou razão de ser da liberdade de expressão, expondo as duas óticas possíveis: a justificação instrumental e a justificação constitutiva.

Essa temática se faz pertinente no presente momento da dissertação porque, como bem apontado Ronald Dworkin²⁴⁰, essa reflexão é essencial para a resolução de diversas questões atinentes à compreensão da liberdade de expressão, auxiliando, entre outras, na avaliação de até que ponto ela protege também a manifestação de conteúdo não-político ou a manifestação de teor ofensivo. Em outras palavras, sustenta-se que a compreensão dessas justificativas é fundamental para a resolução de *hard cases* em que o conteúdo da comunicação conflita com outros direitos e valores tutelados pelo ordenamento.

Nesse sentido, há de se expor, primeiramente, a justificação que, nos termos utilizados por Dworkin²⁴¹, pode ser qualificada como “constitutiva”. De acordo com essa primeira visão, a liberdade de expressão deve ser garantida porque os cidadãos capazes são agentes morais responsáveis cuja dignidade individual demanda que possam opinar e ouvir quaisquer opiniões, delas fazendo juízo próprio. Nesse sentido, a liberdade de expressão seria um direito *em si*, e não protegido apenas por seus efeitos benéficos no cenário político.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. “O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 318. Diz o autor: “Qual a nova explicação, capaz de justificar a proteção muito mais ampla que hoje se relaciona à Primeira Emenda, que deve tomar [o lugar da explicação blackstoniana]? Trata-se de uma questão de importância crucial, pois é a compreensão que os juízes têm do objetivo da proteção da liberdade de expressão que vai orientar as decisões que eles tomam em casos difíceis e controversos – casos que tratam, por exemplo, de até que ponto o direito à liberdade de expressão se aplica à expressão não-política, como a arte, a propaganda ou a pornografia, ou até que ponto esse direito se coaduna com as limitações legais ao financiamento de campanhas políticas, ou ainda se a Primeira Emenda protege a expressão sexista ou racista”.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.*, p. 319/320. *In verbis*: “o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa. (...) Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la”.

Ademais, como aponta o autor²⁴², a justificação constitutiva, ainda focando na dignidade do indivíduo, também revela uma faceta de proteção a um aspecto *ativo* da comunicação. Nesse sentido, considera-se que o cidadão não teria apenas o direito de se autodeterminar e construir suas próprias convicções (sendo, portanto, o destinatário da comunicação), mas também o de expressá-las a outras pessoas (sendo, também, o emissor na comunicação).

Como coloca Robert C. Post²⁴³, a justificação baseada na autonomia individual (aqui tratada como “justificação constitutiva”) não se preocupa em extrair da liberdade de expressão algum benefício ou resultado positivo, antes se focando na dignidade de cada indivíduo, em sua capacidade de autodeterminação e, em escala coletiva, na participação em uma sociedade democrática que decide soberanamente seus rumos.

Em resumo, pela justificação constitutiva a liberdade de expressão é compreendida como *garantia concreta da dignidade do indivíduo*, que, como cidadão capaz de se autodeterminar, tem o direito moral intrínseco de ouvir opiniões de terceiros e expressar as suas próprias ideias, desenvolvendo, assim, sua personalidade. Sob essa ótica, a liberdade de expressão constitui um fim em si mesmo.

De modo diverso, seria possível falar em uma justificativa instrumental, segundo a qual a liberdade de expressão deve ser protegida porque *exerce efeitos benéficos à sociedade*, possibilitando a discussão pública sobre assuntos de interesse geral e, pela livre troca de ideias, críticas e propostas, viabilizando a tomada de decisões políticas de maior qualidade e o progresso da democracia.

²⁴² DWORKIN, Ronald. Ob. cit., p. 320. *In verbis*: “Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspect, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe. O Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam”.

²⁴³ POST, Robert C., “*Equality and Autonomy in the First Amendment Jurisprudence*”. Faculty Scholarship Series, Paper 197, p. 1525. *In verbis*: “*Individual autonomy is not protected by the First Amendment because it is instrumentally necessary for better decisionmaking, but rather because it is intrinsically connected to democratic self-governance. Individual citizens can identify with the creation of a collective will only if they believe that collective decisionmaking is in some way connected to their own individual self-determination*”.

Nesse sentido, por exemplo, Cooley²⁴⁴ faz inegável uso da justificação instrumental quando argumenta que o propósito da liberdade de expressão é a proteção da possibilidade de que os indivíduos discutam assuntos públicos, trazendo à ciência das autoridades as opiniões dos governados e exercendo de forma inteligente o seu papel como cidadãos.

Na jurisprudência americana, argumentação que reflete a justificação instrumental pode ser encontrada em passagens do célebre voto de Brandeis, no caso *Whitney v. California*²⁴⁵, quando o *Justice* ressalta o poder da razão, sustentando que o caminho mais seguro é o da possibilidade de livre discussão de assuntos públicos, pois bons conselhos seriam o melhor remédio para conselhos ruins. A justificação instrumental também vem presente quando Brandeis afirma que o discurso livra o homem das amarras de medos irracionais.

Stuart Mill²⁴⁶, em sua clássica obra “Sobre a Liberdade”, também traz raciocínio que se relaciona com a justificação instrumental, ao sustentar que o silenciamento de um argumento causa um mal à sociedade e a rouba da oportunidade de colher seus benefícios, seja o argumento equivocado ou acertado. Acertado, o argumento poderia contribuir para o alcance de conclusões corretas e, falso, o argumento poderia contribuir para, por contraste, reafirmar a resposta acertada.

²⁴⁴ COOLEY, Thomas McIntyre. “*A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*”. 5ª ed., Little, Brown, and Company, Boston, 1888. Disponível em: <<https://archive.org/details/atreatiseoncons06coolgoog>>, p. 520/521. *In verbis*: “[The purpose of the speech-press clauses] has evidently been to protect parties in the free publication of matters of public concern, to secure their right to a free discussion of public events and public measures, and to enable every citizen at any time to bring the government and any person in authority to the bar of public opinion by any just criticism upon their conduct in the exercise of the authority which the people have conferred upon them... The evils to be prevented were not the censorship of the press merely, but any action of the government by means of which it might prevent such free and general discussion of public matters as seems absolutely essential to prepare the people for an intelligent exercise of their rights as citizens.

²⁴⁵ *Opinion 274 U.S. 357 (1927)*. *In verbis*: “Those who won our independence believed (...) that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law. (...) It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears”.

²⁴⁶ MILL, John Stuart. “Sobre a Liberdade”. 2ª ed., Vozes, Petrópolis, 1991. No inglês, disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>. Em linhas gerais, Mill utiliza a justificativa instrumental, quando afirma, por exemplo: “the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error”.

Verifica-se, portanto, que a justificação instrumental, sendo construída a partir de argumentos relacionados aos benefícios que a liberdade de expressão traz à sociedade, relaciona-se primordialmente a aspectos *funcionais e sociais*, diferenciando-se, nesse sentido, do foco na autonomia individual adotado pela justificação constitutiva.

Diversos autores, no entanto, se utilizam de uma conjunção das duas justificativas. O próprio *Justice Brandeis*, no voto mencionado em *Whitney v. California*, acaba por conciliá-las ao afirmar que *a liberdade de expressão é tanto um fim quanto um meio*, visão que parece se coadunar com a alta complexidade inerente a esse direito.

Nesse sentido, a conjunção das duas justificativas parece realmente ser a melhor forma de compreender o valor da liberdade de expressão, tendo em vista, especialmente, as fragilidades que cada tese, individualmente considerada, apresenta.

Como aponta Krotoszynski²⁴⁷, a justificação constitutiva, singularmente adotada, tem o curioso potencial de ser, ao mesmo tempo, excessiva e insuficientemente inclusiva. Segundo o autor, a justificação que se baseia no direito intrínseco do indivíduo em se expressar seria excessivamente inclusiva, pois protegeria indiscriminadamente discursos sexualmente explícitos ou racistas. De igual sorte, essa abordagem do direito *em si* seria insuficientemente inclusiva, pois, na prática, permitiria que uma parcela da população fosse marginalizada e tivesse seu discurso silenciado pelas forças econômicas ou sociais.

De igual sorte, a adoção isolada da justificação instrumental, por focar em aspectos funcionais, também apresentaria fragilidades. Como coloca Dworkin²⁴⁸, a utilização única da justificativa instrumental abre margem para que haja um juízo de valor sobre a “utilidade” do conteúdo da manifestação, fragilizando a necessidade de proteção também do discurso não-político, cuja utilidade é de difícil apreensão.

²⁴⁷ KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. “*The First Amendment ...*”, *ob. cit.*, pp. 14/15. *In verbis*: “*The principal objection to this conception of the free speech clause is that in practice it proves to be both overinclusive and underinclusive. It is overinclusive because it mandates the protection of ‘low value speech’, including both racist and sexually explicit speech. The marketplace metaphor is also underinclusive because it permits the marginalization of speakers who lack the financial or political wherewithal to disseminate their views; market forces will drown out voices that deserve to be heard*”.

²⁴⁸ *Ob. cit.*, pp. 321/322.

Nesse sentido, Stuart Mill²⁴⁹ também aponta os perigos inerentes a uma análise que se baseia unicamente na utilidade de uma opinião, ao se ignorar que, em última instância, essa análise é, em si, uma opinião.

Krotoszynski observa que, de certa forma, a Suprema Corte Americana também foi influenciada por ambas as justificações. O autor aponta que, embora a Suprema Corte já tenha por diversas vezes afirmado a liberdade de expressão como um direito do indivíduo²⁵⁰, a Corte também teria se inspirado na justificação instrumental e na visão da liberdade de expressão como um instrumento de aperfeiçoamento da democracia e da governança, tendo se manifestado colocando o discurso político no *núcleo* do âmbito de proteção desse direito constitucional²⁵¹. De igual sorte, em outras ocasiões, a Corte teria afirmado que determinados discursos, destituídos de caráter político, artístico ou científico, estariam no “perímetro” do âmbito de proteção da liberdade de expressão, caracterizando-se como “*low value speech*”. O tema será abordado a seguir, no capítulo 4.3.

²⁴⁹ MILL, John Stuart. “*On Liberty*”, ob. cit., p. 41. *In verbis*: “*This mode of thinking makes the justification of restraints on discussion not a question of the truth of doctrines, but of their usefulness; and flatters itself by that means to escape the responsibility of claiming to be an infallible judge of opinions. But those who thus satisfy themselves, do not perceive that the assumption of infallibility is merely shifted from one point to another. The usefulness of an opinion is itself matter of opinion: as disputable, as open to discussion, and requiring discussion as much, as the opinion itself*”.

²⁵⁰ V. Suprema Corte Americana, Consolidated Edison Company of New York v. Public Service Commission of New York, 447 US 530 (1980), *docket* n° 79-134. *In verbis*: “*Freedom of speech also protects the individual's interest in self-expression*”.

²⁵¹ V. o já mencionado caso New York Times v. Sullivan.

4.3. O valor do conteúdo da expressão e os tipos de restrição estatal.

Ainda detalhando conceitos retirados do contexto norte-americano e úteis ao debate, abordaremos, no capítulo 4.3, as duas perguntas que Cass Sunstein²⁵² se refere como essenciais, na jurisprudência e doutrina americana, para a avaliação da compatibilidade de uma restrição à manifestação com o sistema de proteção à liberdade de expressão.

A primeira pergunta, segundo o autor, assim se resumiria: “o discurso em questão se qualifica como de baixo valor (*low value*)?”.

Em um segundo momento, a análise buscaria resposta à questão “a regulamentação ou restrição governamental foi formulada de uma forma suficientemente neutra?”.

Quanto à primeira questão, havíamos apontado, no capítulo 4.2, que, por influência das diferentes justificações da liberdade de expressão, a jurisprudência estadunidense havia construído uma classificação do conteúdo da comunicação, diferenciando o discurso de alto valor (*high-value speech*) e o discurso de baixo valor (*low-value speech*).

Os defensores do caráter absoluto da liberdade de expressão sustentam, com veemência, que essa garantia constitucional não protege apenas o discurso que é direta ou indiretamente político, mas sim o discurso de qualquer natureza, em igual medida. Com uma preocupação que se assemelha à de Dworkin, quando este aponta a fragilidade e insuficiência da justificação instrumental (v. capítulo 4.2), os “absolutistas” frequentemente sustentam que a própria definição do que é um discurso político ou não é uma tarefa de difícil concretização. A expressão artística ou literária, por exemplo, é política? Segundo essa corrente, a própria definição do que é ou não um discurso político poderia ser tomada como política.

No entanto, o fato é que a jurisprudência norte-americana tem posicionamento dominante no sentido de que nem todo tipo de discurso merece o mesmo grau de proteção, institucionalizando-se, assim, o que comumente é referido como teoria das duas camadas ou níveis (*two-tier theory*) da Primeira Emenda.

²⁵² SUNSTEIN, Cass Robert. “*Democracy and the Problem of Free Speech*”. Free Press, 1995, pp. 8/9. *In verbis*: “We now appear to have a relatively simple system of law, one that makes it necessary to ask two separate questions. First: Does the speech at issue qualify as ‘low value’? (...) Second: Has government regulated the relevant speech in a sufficiently neutral way?”

Segundo esse posicionamento, há alguns tipos de discurso que, por fazerem parte de um debate público ou se referirem a um processo político, encontram guarida no núcleo essencial da liberdade de expressão²⁵³. Por outro lado, há espécies de discursos que não mereceriam o mesmo grau de extrema proteção, afastando-se progressivamente, por conta de sua natureza, desse núcleo da garantia da liberdade de expressão. Seria o caso, por exemplo, do discurso comercial e da obscenidade.

Na realidade, na sua origem em *Chaplinsky v. New Hampshire*²⁵⁴, a Suprema Corte havia sustentado que determinados discursos, por terem valor social tão mínimo, estariam descobertos da proteção outorgada pela Primeira Emenda porque quaisquer benefícios que trouxessem à sociedade certamente seriam superados por interesses mais relevantes na manutenção da ordem e da moralidade. No mencionado caso concreto, a Corte avaliava um caso envolvendo o que passou a se referir como “*fighting words*”, ou palavras que incitariam violência iminente.

No entanto, como observa Geoffrey R. Stone²⁵⁵, com o passar dos anos, a jurisprudência da Corte se alterou, dando novos contornos ao entendimento externado em *Chaplinsky v. New Hampshire* e conferindo certa proteção também ao discurso de baixo valor (*low value speech*), ao observar que a repressão estatal indiscriminada a esse tipo de discurso também poderia representar grave ameaça à liberdade de expressão.

²⁵³ Como mencionado, essa é a linha argumentativa da Suprema Corte em *New York Times v. Sullivan*, por exemplo. De igual sorte, esse posicionamento pode ser encontrado em julgados mais recentes, como *Virginia v. Black*, 538 US 343, *Docket* nº 01-1107, j. 07.04.2003. *In verbis*: “*political speech [is] at the core of what the First Amendment is designed to protect*”.

²⁵⁴ Suprema Corte Americana, *Chaplinsky v. New Hampshire*, *Opinion* 315 U.S. 568, *docket* nº 255, j. 09.03.1942. *n verbis*: “*(...) it is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or "fighting" words -- those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality*”.

²⁵⁵ STONE, Geoffrey R. “*Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*”, *Pepperdine Law Review* v. 36, issue 2, 2009, pp. 284/285 *In verbis*: “*Originally, the Court treated 'low value' speech as completely unprotected by the First Amendment. Restrictions of such speech therefore received essentially no First scrutiny. Since New York Times v. Sullivan in 1964, however, the Court has increasingly abandoned the idea that regulations of low value speech are immune from First Amendment review. Beginning with Sullivan, the Court has recognizes that restrictions of even low value speech can pose significant dangers to free expression*”.

Partindo, então, da premissa de que existiriam discursos que ensejariam maior proteção (discurso de alto valor, ou *high-value speech*) e outros que ensejariam menor proteção (discurso de baixo valor, ou *low value speech*), Geoffrey R. Stone²⁵⁶, tendo como base uma sistematização similar anterior de Cass R. Sunstein, propõe alguns critérios para a identificação de um discurso de baixo valor (*low value speech*), tendo em vista, principalmente, que a própria Suprema Corte Americana nunca teria tornado a questão perfeitamente clara. Nesse sentido, Stone sustenta que o discurso de baixo valor seria aquele (i) que não se relaciona primariamente com a vida política, (ii) que não se define em razão da ideia transmitida²⁵⁷, (iii) que tem efeitos primariamente “não cognitivos”, evocando, antes, uma resposta emocional ou instintiva, em detrimento da exposição de uma ideia que pode ser apreendida por meio de um processo de reflexão racional, e (iv) que se mostrou poder ser regulamentada pelo Estado sem prejuízo ao sistema geral de proteção à liberdade de expressão.

A sistematização acima referida não representa uma resposta absoluta para a caracterização do discurso de baixo valor (*low value speech*), até porque a apreensão do preenchimento de cada um dos critérios pode suscitar dúvidas no caso concreto (veja-se a definição do que é primariamente relacionado com a vida política, por exemplo). No entanto, são critérios razoavelmente bem delineados que se constituem como parâmetros para a avaliação de qual é a proteção adequada a ser outorgada a determinado ato comunicativo.

Alcançada uma resposta ao primeiro questionamento mencionado por Cass Sunstein (“o discurso em questão se qualifica como de baixo valor (*low value*)?”), há de se tecer algumas considerações sobre o segundo questionamento (“a regulamentação ou restrição governamental foi formulada de uma forma suficientemente neutra?”). Como mencionado pelo autor, o segundo questionamento não diz respeito ao *valor* do conteúdo de um discurs-

²⁵⁶ STONE, Geoffrey R. “*Sex, Violence and the First Amendment*”. University of Chicago Law Review, v. 74, 2007. *In verbis*: “*First, categories of low-value speech (for example, false statements of fact, threats, commercial advertising, fighting words, express incitement of unlawful conduct, and obscenity) do not primarily advance political discourse. Second, categories of low-value speech are not defined in terms of disfavored ideas or political viewpoints. Third, low-value speech usually has a strong noncognitive impact on its audience. Fourth, categories of low-value speech have long been regulated without undue harm to the overall system of free expression*”. Em sua obra “*Free speech in the Twenty-First Century ...*”, *ob. cit.*, o autor menciona às páginas 283/284 que sua teoria divergiria apenas em alguns pontos da sistematização proposta por Cass Sunstein em 1986.

²⁵⁷ Stone exemplifica o ponto com alusão ao discurso obsceno, argumentando que, qualquer que seja a ideia que determinada comunicação obscena deseja transmitir, ela pode ser transmitida sem a obscenidade, já que essa qualificação não se baseia na ideia, mas sim no meio ou na forma de exposição utilizada.

so, mas sim à *forma* como o Estado pretende regulá-lo, levando em conta ou não seu conteúdo e, se sim, em que medida²⁵⁸.

As restrições neutras quanto ao conteúdo (*content-neutral*) são limitações estatais impostas a manifestações, mas que *independem* de seu conteúdo. Seria o caso, por exemplo, de uma restrição oficial a manifestações que causem barulho em arredores de hospitais, de uma lei que proibisse *outdoors* em determinado local ou de uma normativa que proibisse a distribuição de panfletos em aeroportos – todas essas limitações hipotéticas independem do conteúdo da manifestação, restringindo-a, antes, pela forma, local ou tempo. No caso da proibição de *outdoors*, por exemplo, a restrição estatal se aplica independentemente de qual seja o conteúdo desses painéis publicitários.

Já as restrições baseadas no conteúdo (*content-based*) são aquelas que, ao revés, utilizam o teor da manifestação como critério para a limitação.

Geoffrey R. Stone aponta que, até 1970, a Suprema Corte Americana, ao analisar as restrições estatais ao exercício da liberdade de expressão, não fazia distinções baseadas na abordagem governamental quanto ao conteúdo da comunicação. A partir dos casos *Schacht v. United States*²⁵⁹ e *Police Department of Chicago v. Mosley*²⁶⁰, porém, o posicionamento da Corte teria se alterado substancialmente.

Segundo o autor²⁶¹, a Suprema Corte passou a analisar com extremo rigor as restrições que se baseavam no conteúdo da manifestação, vislumbrando, nelas, um risco de desestímulo ao debate público sobre uma questão, uma vez que o Estado passa a patrocinar uma determinada ideia. O rigor da análise das restrições baseadas no conteúdo (*content-*

²⁵⁸ SUNSTEIN, Cass R. “*Democracy and the Problem ...*”, *ob. cit.*, p. 11. *In verbis*: “*Here we are not concerned with whether the speech is high-value or part of the exchange of ideas; instead the issue is wactly what sort of line the government has drawn between what is permitted and what is proscribed*”.

²⁵⁹ *Schacht v. United States*, 398 US 58, *docket* n° 628, j. 25.05.1970. No referido caso, a Corte avaliava a constitucionalidade de uma proibição de que soldados usassem uniformes em produções teatrais que criticassem as Forças Armadas (havendo liberação, portanto, em relação às peças que, por exemplo, louvassem a atuação militar no Vietnã).

²⁶⁰ *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 US 92, *docket* n° 70-87, j. 26.06.1972. No referido caso, a Corte avaliava uma proibição estatal de passeatas pacíficas perto de escolas em período de aula, abrindo-se exceção legal, porém, para manifestações sindicais. A discussão judicial foi provocada por Earl Mosley, um funcionário do serviço postal, que se manifestava pacificamente contra a discriminação racial.

²⁶¹ STONE, Geoffrey R. “*Free Speech in the ...*”, *ob. cit.*, p. 280. *In verbis*: “*In brief, the rationale for analyzing content-based restrictions differently from content-neutral restrictions, and for being particularly suspicious of them, is that content-based restrictions are more likely to skew public debate for or against particular ideas and are more likely to be tainted by a constitutionally impermissible motivation*”.

based) era tamanho que a Corte partia de uma presunção de inconstitucionalidade de quaisquer intervenções estatais com essa característica.

Ao longo do tempo, no entanto, uma segunda distinção foi construída, subdividindo as restrições baseadas no conteúdo (*content-based*) em neutras no posicionamento (*viewpoint-neutral*) e baseadas em um posicionamento (*viewpoint-based*), a depender se a restrição se aplica apenas a um determinado ponto de vista ou não. Em outras palavras, nesses dois tipos de restrição, a *natureza* do conteúdo da comunicação é relevante, mas elas se diferenciam por haver ou não repressão específica a um dos “lados” do debate.

Um exemplo de restrição baseada no conteúdo (*content-based*), mas neutra no posicionamento (*viewpoint-neutral*), seria a proibição de discursos de campanha eleitoral em prédios públicos – o conteúdo da manifestação é relevante como critério para a proibição (conteúdo de propaganda eleitoral), mas a restrição se aplica a qualquer ponto de vista (estão proibidos discursos de campanha de quaisquer candidatos, de qualquer partido, alinhamento ou orientação política).

Já um exemplo de uma restrição baseada no conteúdo (*content-based*) e baseada em um posicionamento (*viewpoint-based*) seria a proibição de passeatas pela volta do regime militar no Brasil, ou a proibição de distribuição de panfletos que critiquem determinado governo. Nesse caso, não só o conteúdo temático da manifestação é relevante como critério da restrição (discurso político), como também um determinado “lado” do debate é adotado de antemão.

Na jurisprudência americana, passou-se a entender que o ônus argumentativo para a defesa da restrição imposta variaria de acordo com essas classificações.

De um lado, as restrições neutras quanto ao conteúdo (*content-neutral*) são mais facilmente aceitas como constitucionais, avaliando-se, antes, se não há restrição excessiva, se os fins almejados são legítimos e se a ação governamental não é desproporcional para o alcance desses objetivos²⁶².

²⁶² V. *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, *Opinion* 452 U.S. 61, 70 (1981). Sobre o ponto, v. STONE, Geoffrey R. "Content Regulation and the First Amendment". *William and Mary Law Review*, v. 25, n. 2, 1983, *in verbis*: "The Supreme Court tests the constitutionality of content-neutral restrictions with an essentially open-ended form of balancing. That is, in each case the Court considers the extent to which the restriction limits communication, 'the substantiality of the government interests' served by the restriction, and

Do outro lado do espectro, as restrições baseadas em um posicionamento (*viewpoint-based*) permaneceram, na jurisprudência norte-americana, sob fortíssima presunção de incompatibilidade com a Primeira Emenda.

As restrições *viewpoint-neutral*, por sua vez, foram inseridas em um patamar intermediário, sendo por vezes admitidas, mediante justificativas especialmente sólidas, como compatíveis com a Primeira Emenda, mormente quando, em um cruzamento com a exposição anterior, se relacionam com conteúdos de baixo valor (*low-value*). Nesse sentido, Cass R. Sunstein²⁶³ observa que uma regulamentação estatal sobre o discurso obsceno (*low-value*) é plenamente compatível com a liberdade de expressão, a despeito de ser uma restrição baseada no conteúdo (*content-based*).

Em suma, as duas sistematizações expostas constituem os eixos fundamentais do raciocínio doutrinário e jurisprudencial sobre as restrições à liberdade de expressão, relacionando-se, ambas, com o conteúdo do ato comunicativo e podendo ser ilustradas na maneira que segue.

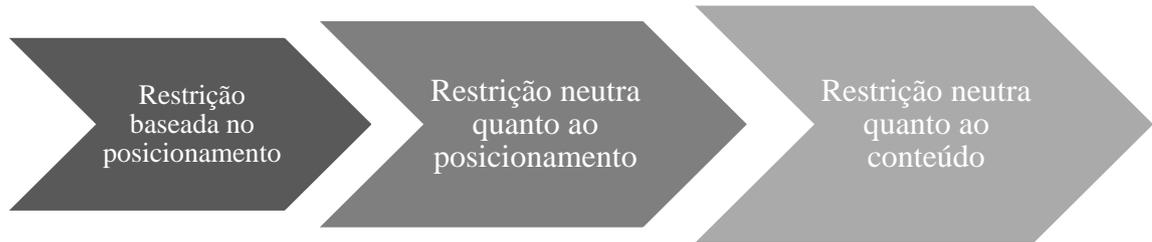


'whether those interests could be served by means that would be less intrusive on activity protected by the First Amendment'. *Ob. cit.*, p. 190.

²⁶³ SUNSTEIN, Cass R., *ob. cit.*, p. 13. *In verbis*: "For example, government may regulate obscenity, false or misleading commercial speech, and private libel, even though all of these restrictions are content-based (Notably, none of these restrictions is viewpoint-based; the bans apply regardless of the viewpoint of the speaker)".

Controle com *standards* mais rígidos

Controle com *standards* menos rígidos



Evidentemente, os conceitos da doutrina e da jurisprudência norte-americana não podem ser importados automática e irrestritamente para a compreensão do ordenamento jurídico brasileiro. As diferenças entre a estrutura e as normas dos dois ordenamentos são numerosas e relevantes, a começar pelo fato de que, como adiantado no capítulo 4.1, o ordenamento brasileiro é permeado de normas – inclusive de hierarquia constitucional - que não só permitem como prescrevem que a comunicação seja condicionada por outros bens jurídicos, a depender de seu conteúdo.

No entanto, com as devidas adaptações, as referidas construções podem se apresentar como valiosos contributos para a solução dos *hard cases* em que o conteúdo de uma comunicação conflita com outros valores e interesses constitucionalmente tutelados.

O tema voltará a ser abordado no item 4.6, onde será formulada uma proposta de adaptação e utilização desses conceitos no contexto nacional.

4.4. *Hate speech* e o discurso de exclusão: **Brandenburg v. Ohio** e caso **Elwanger**.

Uma das espécies mais discutidas de *hard cases* envolvendo a liberdade de expressão envolve a comunicação cujo conteúdo incita o ódio e propõe a exclusão de determinadas comunidades ou grupos de indivíduos.

No âmbito dos Estados Unidos, a questão é particularmente controversa, considerando que, até hoje, predomina na doutrina e jurisprudência local o entendimento externado pela Suprema Corte Americana em *Brandenburg v. Ohio*²⁶⁴, de 1969.

O referido caso discutia a constitucionalidade de uma lei que tornava ilícita a “promoção de crime, sabotagem, violência ou métodos ilícitos de terrorismo como um meio de alcançar reforma política ou industrial”²⁶⁵, bem como a reunião de grupos formados a fim de doutrinar ou promover o “sindicalismo criminoso”²⁶⁶. Paralelamente, discutia-se se a aplicação da lei no caso concreto violava ou não a Primeira Emenda.

As circunstâncias fáticas do caso envolviam um comício realizado em uma fazenda no Condado de Hamilton, onde Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan, foi filmado por um repórter e a gravação veio a ser veiculada em rede televisiva local e nacional. Nas referidas gravações, o apelante foi registrado proferindo frases de cunho evidentemente racista e antisemita. A título exemplificativo, algumas das frases proferidas por Brandenburg foram “Isso é o que faremos com os crioulos” (“*This is what we are going to do to the niggers*”), “Um crioulo sujo” (“*A dirty nigger*”), “Mandem os judeus de volta para Israel” (“*Send the Jews back to Israel*”), “Vamos devolvê-los ao jardim sombrio” (“*Let's give them back to the dark garden*”), “Enterrem os crioulos” (“*Bury the niggers*”) e “Crioulos vão ter que lutar por cada centímetro que conseguem de agora em diante” (“*Nigger will have to fight for every inch he gets from now on*”). A par disso, outro segmento dos filmes registrou, no mesmo evento, pessoas portando armas e, posteriormente, 12 pessoas encapuzadas atendo fogo a uma cruz de madeira.

²⁶⁴ Suprema Corte Americana, “*Brandenburg v. Ohio*”, *docket* n° 492, *Opinion* 395 U.S. 444 (1969).

²⁶⁵ “*advocat[ing] ... the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform*”.

²⁶⁶ “*voluntarily assembl[ing] with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism*”.

Processado, Brandenburg veio a ser condenado ao pagamento de uma multa de US\$ 1.000,00 (mil dólares) e ao cumprimento de uma pena de 1 a 10 anos de prisão. Tendo recorrido sucessivamente, o caso foi alçado à Suprema Corte Americana, que proferiu decisão unânime a respeito.

Preliminarmente, a Corte suscitou o precedente de *Whitney v. California*, que julgou constitucional uma lei do Estado da Califórnia cuja redação era similar à da lei de Ohio, discutida no presente caso. No entanto, a Corte também apontou que o posicionamento externado em *Whitney* foi superado em decisões posteriores, como *Dennis v. United States* (1951), *Noto v. United States* (1961), *Bond v. Floyd* (1966), entre outras.

Segundo o posicionamento mais recente da Suprema Corte, a garantia constitucional inscrita na Primeira Emenda não permitiria que o Estado limitasse a liberdade de expressão de um indivíduo pela mera “promoção” do uso da força ou da violação à lei, a não ser em casos em que ficasse caracterizado o perigo de iminente ação ilícita como consequência direta do discurso.

Segundo a Corte, seria preciso diferenciar, de um lado, a argumentação teórica que exalta as propriedades morais do uso da violência e, de outro, o discurso que efetivamente prepara e dirige um grupo para a iminente ação violenta. Isso significa que o discurso ideológico puramente abstrato não representaria um risco à ordem pública suficientemente relevante para que fosse limitada a liberdade de expressão de um indivíduo²⁶⁷.

No caso concreto, portanto, entendeu-se que o discurso de Brandenburg não se encaixaria na exceção normativa que permitiria a limitação de sua liberdade de expressão, de modo que a Suprema Corte decidiu favoravelmente ao apelante, revertendo as decisões anteriores.

Apesar de alguns doutrinadores modernos proporem a reavaliação desse precedente – Jeremy Waldron²⁶⁸, por exemplo, propõe critérios para o delineamento de um dis-

²⁶⁷ *In verbis*: “Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action. *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, overruled”.

²⁶⁸ V. WALDRON, Jeremy. “*The Harm in Hate Speech*”. Harvard University Press, 2012.

curso de ódio a ser restrito, em lição que será analisada adiante – o fato é que a jurisprudência e a maioria da doutrina nos Estados Unidos ainda adota o posicionamento externado em *Brandenburg v. Ohio*, contrário à limitação do discurso discriminatório, salvo se constituir-se em incitação concreta à violência iminente (*fighting words*).

No Brasil, no entanto, o cenário parece ser bastante diverso, o que pode ser ilustrado pelo célebre HC nº 82.424-2, comumente referido como “caso Ellwanger”²⁶⁹, julgado em última instância pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de frequentemente mencionado quando se estuda a temática da liberdade de expressão, há de se observar, primeiramente, que o caso Ellwanger tem como principal questão a caracterização técnica do crime de racismo, tal como previsto na Constituição Federal.

O paciente, Siegfried Ellwanger, foi condenado na origem pelo crime de discriminação de teor antisemita, por ter escrito e publicado o livro “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos Bastidores da Mentira do Século”, bem como por ter publicado, por meio de sua editora, outros seis livros de teor discriminatório contra a comunidade judaica.

Com efeito, a argumentação principal do impetrante segue no sentido de que Siegfried Ellwanger teria sido condenado por discriminação contra o povo judeu, prática tipificada no art. 20 da Lei nº 7.716/89 (com redação dada pela Lei nº 8.081/90), e, a despeito do povo judeu não poder ser caracterizado como “raça”, os Tribunais inferiores utilizaram, de forma supostamente equivocada, a regra da imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, que só poderia ser atribuída ao crime de racismo, e não a qualquer prática discriminatória. Fosse afastada a regra da imprescritibilidade, a pretensão punitiva em relação ao crime do paciente teria sido extinta pelas regras comuns de contagem dos prazos prescricionais.

O Ministro Moreira Alves, originalmente designado para a relatoria, concorda com a argumentação do impetrante, sustentando que o artigo 5º, XLII, da Constituição seria claro ao tornar apenas o crime de racismo imprescritível, de modo que não poderia a legislação infraconstitucional alargar esse rol, estendendo a imprescritibilidade para outros tipos de discriminação. No caso, entendeu que o dispositivo constitucional merece inter-

²⁶⁹ STF, HC nº 82.424-2 (“Caso Ellwanger”), Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

pretação restrita e, não considerando os judeus como “raça”, o crime praticado pelo autor não poderia ser considerado imprescritível.

No entanto, foi instaurada divergência pelo Ministro Maurício Corrêa, que sustentou, à semelhança do Acórdão recorrido, que o significado de raça, para efeitos da configuração do crime de racismo, não pode ser compreendido em um significado puramente biológico, mas sim considerando aspectos antropológicos e sociológicos. As conclusões dos estudos sobre o genoma humano reforçariam essa conclusão, uma vez que as diferenças genéticas entre os indivíduos, mesmo de etnias diferentes, seriam ínfimas.

A maioria dos Ministros (à exceção dos Ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Marco Aurélio) seguem a divergência, entendendo, portanto, pela incidência da regra da imprescritibilidade e, por consequência, pela não-concessão da ordem.

Para o presente estudo, porém, são pertinentes algumas das considerações tecidas pelos Ministros, que, apesar de extrapolar o escopo do *habeas corpus* relatado, trazem reflexões interessantes sobre os limites da liberdade de expressão.

O Ministro Celso de Mello, por exemplo, sustenta que a proteção constitucional à liberdade de expressão não pode ser entendida como abarcando as manifestações que estimulam a intolerância e o ódio público por um grupo de indivíduos, evidentemente extrapolando o campo da crítica política e da opinião histórica. Segue sustentando que nenhum direito – nem mesmo a liberdade de expressão – é absoluto, de modo que o Supremo Tribunal Federal deve utilizar de critérios que permitam avaliar qual valor constitucionalmente protegido deve prevalecer no caso concreto, sem que nenhum deles tenha seu conteúdo essencial esvaziado. Nesse sentido, considera irrepreensível a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, julgando necessário o controle dos abusos no exercício da liberdade de expressão, decidiu que seria inaceitável deixar de punir uma manifestação que, a pretexto de ser uma revisão de assuntos históricos, transborda para uma clara incitação ao ódio contra raça ou segmento social.

Reflexões semelhantes são feitas pelo Ministro Gilmar Mendes, que, em seu voto, questiona como articular as manifestações racistas com a liberdade de expressão, que, a seu ver, é pedra angular do sistema democrático e instrumento essencial de formação da consciência e vontade popular. Tratando, então, do chamado discurso de ódio (*hate spe-*

ech) e da dificuldade em garantir, concomitantemente, tanto a liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação, o Ministro passa a citar os diplomas editados em diversos países da Europa que criminalizaram as manifestações neonazistas e o revisionismo que nega o holocausto. Ao fim e ao cabo, porém, o Ministro sustenta que essa questão passaria inevitavelmente por um juízo de proporcionalidade, o que é ilustrado com a menção ao caso *Lehideux e Isorni v. França*, processado perante a Corte Europeia de Direitos do Homem, em que uma condenação criminal por uma publicação elogiando o governo de Philippe Pétain foi considerada desproporcional pela Corte, em infração ao artigo 10 da Convenção Europeia²⁷⁰.

No caso concreto, remetendo-se ao Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Gilmar Mendes aponta que a questão foi analisada detidamente, inclusive com a citação de passagens do livro de Ellwanger que deixam claro que não se tratava de obra de mera investigação científica sobre a história, mas sim uma tentativa mal disfarçada de atribuir ao povo judeu a responsabilidade sobre todas as desgraças da humanidade, fomentando assim o ódio. Analisando todos esses elementos e exercendo um juízo de dosimetria da pena cauteloso, o Ministro aponta que o TJRS teria se atentado à máxima da proibição do excesso e julgado (corretamente, a seu ver) que o direito à liberdade de expressão, tal como constitucionalmente protegido, não pode abarcar a intolerância racial e o estímulo à violência.

O raciocínio contido no voto do Ministro Gilmar Mendes é exposto também nos votos dos Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, sendo que este último acrescenta que, não sendo os direitos fundamentais absolutos e havendo necessidade de ponderar o conflito entre direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade e honra do povo judeu, a própria Constituição teria indicado o caminho da resolução da questão, ao tornar o racismo crime inafiançável e imprescritível.

Em posicionamento divergente dos demais magistrados, o Ministro Ayers Britto buscou sustentar, entre outras coisas, que, a despeito do exercício da liberdade de expressão poder ser abusivo, a Constituição Federal fixaria três “excludentes constitucionais de abusividade”, a saber: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Em face desse último elemento, o Ministro argumentou que a conduta do impetrante seria atí-

²⁷⁰ CEDH, “*Lehideux and Isorni v. France*”, App n° 24662/94, j. 23.09.1998, Reports 1998-VII. V. menção ao caso no capítulo 2.3, com trecho da decisão na nota de rodapé 98.

pica, pois “situada no mais protegido campo constitucional da convicção política”, motivo pelo qual votava pela concessão de *habeas corpus* de ofício. Subsidiariamente, no mérito do HC proposto, entendeu pela não incidência da regra da imprescritibilidade.

No entanto, como já dito, a maioria dos Ministros seguiu a divergência instaurada pelo Ministro Maurício Corrêa, denegando a ordem buscada pelo impetrante.

Pelo posicionamento externado no referido precedente, o ordenamento jurídico brasileiro não daria margem para que a comunicação racista ou que promove a exclusão fosse prestigiada em detrimento da dignidade dos grupos ou comunidades vítimas desses discursos de ódio.

No entanto, como ilustrado no próprio caso Ellwanger, nem sempre os critérios e conceitos envolvendo racismo e mensagens discriminatórias são perfeitamente claros, a exemplo da controvérsia, no precedente, sobre qual seria a abordagem apropriada para a definição de “raça”. De igual sorte, algumas indefinições decorreriam do próprio posicionamento, adotado pelo STF, de que a solução dos casos envolvendo discurso de ódio envolveria o uso do postulado da proporcionalidade, já que, como sustentado por parte significativa da doutrina²⁷¹, a aplicação do juízo de proporcionalidade passa, *necessariamente*, pela avaliação das circunstâncias e particularidades do caso concreto.

Nesse aspecto, portanto, a presente dissertação adota entendimento diverso. Como adiantado, em parte, no capítulo 1.2, o presente estudo parte do pressuposto de que os direitos fundamentais – dentre eles o da liberdade de expressão – têm limites internos e externos. Considerando (i) a natureza do discurso de ódio (*hate speech*), (ii) as normas constitucionais que tipificam o racismo como crime imprescritível e inafiançável e condicionam a comunicação social à observância dos direitos da personalidade (iii) as normas infraconstitucionais que tipificam penalmente a incitação de discriminação baseada na raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e, especialmente, (iv) as justificações da liberdade de expressão, tal como expostas no capítulo 4.2, sustentamos que o discurso de ódio

²⁷¹ Nesse sentido, v. MENDES, Gilmar Ferreira. “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 70. Ao se referir aos comentários de Richter e Schuppert acerca do chamado ‘caso Lebach’, diz: “Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação in concreto das diversas normas”. Mais à frente, na página 72, continua: “A manifestação do eminente Relator deixa claro que a conformação do caso concreto pode revelar-se decisiva para o desfecho do processo de ponderação”.

(*hate speech*) não se encontra no âmbito de proteção da liberdade de expressão, extrapolando seus *limites internos*.

Quando ao primeiro aspecto, cabe o esclarecimento de que se adota o entendimento de que o discurso de ódio (*hate speech*) não é o discurso meramente ofensivo, chocante, insensível, extremamente desagradável ou mordaz, mas sim o discurso que nega a essência da dignidade e cidadania de um grupo ou comunidade, promovendo sua exclusão da participação democrática por fatores como etnia, orientação sexual, gênero, cor da pele ou religião.

Como Jeremy Waldron²⁷² coloca, referindo-se a conceito de Stephen Darwell, há uma diferença entre o respeito-apreciação (*appraisal respect*) e o respeito-reconhecimento (*recognition respect*). O primeiro é variável, referindo-se à estima maior ou menor que um indivíduo sente por outro, enquanto o segundo se refere a reconhecê-lo como ser humano dotado de dignidade. Quando o autor advoga pela adoção, nos Estados Unidos, de leis que reprimam o discurso de ódio (*hate speech*), ele esclarece que se refere à garantia do respeito-reconhecimento, entendimento adotado na presente dissertação.

O posicionamento do autor se justifica porque, como bem colocado em sua obra, a repressão de um discurso com base no sentimento pessoal de quem se apresenta como ofendido abre margem para perigosas subjetividades²⁷³. Exemplificativamente, por certo há quem se choque ou se sinta ofendido com a retratação de cenas homoafetivas na programação da TV aberta, o que não significa que essa comunicação mereça qualquer censura.

Muito diferente seria o discurso de ódio (*hate speech*) - aqui tomado como não abarcado pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão - que se basearia não em crité-

²⁷² WALDRON, Jeremy. "The Harm in Hate Speech", *ob. cit.*, p. 77. *In verbis*: "senses of 'respect' that might be in play here - what Stephen Darwell has called 'appraisal respect' (which varies in one's estimation of a person by their virtues, vices, crimes, views, merits, and so on) and 'recognition respect' (which is fundamental to the dignity of persons and which is invariant, even governing how they are to be treated when they are guilty of terrible crimes). It is recognition respect that we are talking about here: one's entitlement 'to have other persons take seriously and weigh appropriately the fact that they are persons in deliberating about what to do'".

²⁷³ WALDRON, Jeremy. "The Harm in Hate Speech", *ob. cit.*, p. 100: "(...) legislators do have to be vigilant that those who demand solicitude for their dignity and for their group reputation do not also succeed in securing protection against offense. A religious person confronting an offensive image of Jesus, for example, like Andres Serrano's *Piss Christ* or the poem by James Kirkup that was the subject of prosecution in the U.K. in *White-house v. Lemon* (1976), may experience the same thoughts and feelings we listed a few paragraphs ago".

rios subjetivos atinentes aos sentimentos provocados em indivíduos, mas sim à negação dos aspectos fundamentais da dignidade de um grupo, de quem se pretende tolher a qualidade de iguais cidadãos em uma sociedade democrática²⁷⁴.

Quanto ao último aspecto mencionado, que fundamentaria o posicionamento pela não proteção do discurso de ódio, considera-se na presente dissertação, que esse tipo de discurso, pelo seu caráter de promover a exclusão, contraria as próprias justificativas da liberdade de expressão, tal como expostas no capítulo 4.2.

O tema voltará a ser abordado no capítulo 4.6, onde traçaremos conclusões gerais atinentes à influência do conteúdo da comunicação na valoração da liberdade de expressão. No entanto, é possível adiantar, desde já, que o discurso de ódio pode ser visto como incompatível tanto com a justificativa instrumental quanto, em certa medida, com a justificativa constitutiva.

Nesse sentido, se a justificativa instrumental para a proteção da liberdade de expressão foca na função e nos benefícios que esse direito promove na sociedade, incentivando, por meio da garantia da *pluralidade* de ideias, que seus rumos sejam melhor definidos, decorre que um discurso que promove *exclusão* não é compatível com essa finalidade da liberdade de expressão. Em outras palavras, se a liberdade de expressão é protegida para garantir uma sociedade plural, o discurso de ódio não guarda compatibilidade com aquele direito, pois promove o exato oposto.

De igual sorte, se a justificativa constitutiva para a proteção da liberdade de expressão foca no direito que o indivíduo tem de se expressar como aspecto concreto de sua dignidade e autonomia, decorre que o discurso de ódio (*hate speech*) também não é plenamente compatível com essa justificação, pois promove o *silenciamento* de parcela da população, que teria o *seu* direito de expressão tolhido.

Tratando-se de discurso que mina os próprios objetivos e a razão de ser da proteção da liberdade de expressão, parece-nos cabível sustentar que o discurso de ódio extrapola os limites *internos* desse direito, não havendo de se falar em ponderação com outros di-

²⁷⁴ WALDRON, Jeremy, *ob. cit.* p. 93: "However, I do not believe that it should be the aim of these laws to prevent people from being offended. (...) The distinction is in large part between objective or social aspects of a person's standing in society, on the one hand, and subjective aspects of feeling, including hurt, shock, and anger, on the other. A person's dignity or reputation has to do with how things are with respect to them in society, not with how things feel to them".

reitos, já que o referido ato comunicativo sequer estaria protegido pela própria liberdade de expressão.

4.5. Segurança nacional e informações sigilosas: *Pentagon Papers*, *Palamara Iribarne v. Chile* e casos *Spycatcher*.

No presente capítulo, ainda dentro da temática da influência do *conteúdo* da comunicação na valoração jurídica da manifestação do pensamento, abordaremos a questão específica das informações consideradas sigilosas, cuja divulgação entra em potencial conflito com a proteção à segurança pública.

Como apontado por Toby Mendel²⁷⁵, um dos aspectos mais problemáticos envolvendo a liberdade de expressão é o seu potencial conflito com interesses ligados à segurança nacional. Embora haja razoável consenso de que motivos ligados à garantia da segurança pública possam condicionar o exercício da liberdade de expressão em algumas hipóteses – veja-se a divulgação da movimentação de tropas militares durante um conflito armado – os contornos desse possível condicionamento são muito imprecisos, o que, em parte, decorre da vagueza da própria noção de “segurança”.

A fim de ilustrar a questão, exporemos o caso *New York Times Co. v. United States*²⁷⁶ sobre a divulgação dos chamados *Pentagon Papers*, julgado pela Suprema Corte Americana, os processos que passaram a ser referidos como casos *Spycatcher*²⁷⁷, julgados pela Corte Europeia de Direitos do Homem, e o caso *Palamara Iribarne v. Chile*²⁷⁸, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁷⁵ MENDEL, Toby. “*The Johannesburg Principles: Overview and Implementation*”. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/jo-burg-principles-overview.pdf>, p. 4. *In verbis*: “*The conceptual problems with freedom of expression are perhaps at their highest in relation to considerations of national security. National security is a social value of the highest order, upon which the protection of all human rights, indeed our whole way of life, depends. It is universally accepted that certain restrictions on freedom of expression are warranted to protect national security interests. A State can hardly allow its citizens to divulge information about its troop movements during an active conflict, to give just one obvious example. At the same time, historic abuse of restrictions on freedom of expression and information in the name of national security has been, and remains, one of the most serious obstacles to respect for freedom of expression around the world. (...) in almost all States where freedom of information is guaranteed by law, these laws limit the right in relation to national security, often in very broad terms. Excessive secrecy in relation to national security is a widespread problem around the world, even in established democracies*”.

²⁷⁶ Suprema Corte Americana, “*New York Times Company v. United States*”, *docket* n° 1873, *Opinion* 403 US 713 (1971).

²⁷⁷ Os dois processos mais relevantes são “*Sunday Times (No. 2) v. the United Kingdom*”, j. 26.11.1991, Series A, n. 217, e “*The Observer and Guardian Newspapers Ltd. v. the United Kingdom*”, j. 26.11.1991, Series A, n. 216.

²⁷⁸ CIDH, “*Palamara Iribarne v. Chile*”, j. 22.11.2005, Series C, n. 135.

O primeiro dos casos, *New York Times Co. v. United States*, se constitui como um dos paradigmas da jurisprudência da Suprema Corte Americana no que diz respeito à proteção à liberdade de expressão conferida pela Primeira Emenda à Constituição, envolvendo, precisamente, a questão da publicação de documentos considerados sigilosos pelo Poder Executivo americano, por conterem informações militares e governamentais sensíveis.

Em 1971, Daniel Ellsberg, um analista das Forças Armadas americanas, distribuiu a senadores e ao jornal *The New York Times* cópias de um relatório sigiloso produzido pelo Departamento de Defesa americano sobre o envolvimento político e militar dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, documentação que passou a ser referida como “*Pentagon Papers*”.

Em junho de 1971, o jornal *The New York Times* publicou o primeiro artigo sobre os *Pentagon Papers*, revelando, entre diversas outras informações sensíveis, que a administração do ex-presidente Lyndon B. Johnson já tinha como consenso, desde os primeiros estágios da Guerra do Vietnã, que os Estados Unidos não poderiam ser vitoriosos no conflito bélico, e que as medidas e bombardeios levados a efeito eram ineficientes e não contribuiriam para as finalidades estatais almejadas²⁷⁹.

A administração de Richard Nixon, na presidência quando da publicação sobre os *Pentagon Papers*, prontamente emitiu uma ordem de prisão de Ellsberg e notificou o jornal *The New York Times* para suspender quaisquer outras publicações sobre o tema. Em face da recusa de descontinuidade, o governo americano moveu ação contra a editora do jornal, tendo obtido medida liminar para que as publicações fossem suspensas.

Em 30 de junho de 1971, a Suprema Corte Americana proferiu decisão sobre o caso, decidindo, por 6 votos a 3, favoravelmente à editora do jornal e, portanto, prestigian-do a liberdade de expressão em detrimento das alegações da Administração ligadas à defesa da ordem pública e à segurança nacional.

Segundo a posição majoritária da Corte, questões atinentes à segurança nacional poderiam, em tese, limitar o exercício da liberdade de expressão. No entanto, a ampla proteção conferida pela Primeira Emenda exigiria um ônus probatório do maior peso possível,

²⁷⁹ V. <http://www.nytimes.com/books/97/04/13/reviews/papers-overview.html>

de modo que só se poderia falar em censura da comunicação mediante provas robustas de que a publicação de determinadas informações teria o potencial de dano concreto e iminente ao Estado e à população²⁸⁰.

Segundo o voto de Brennan²⁸¹, por exemplo, seria evidente que o sucesso das relações diplomáticas entre Estados e a efetivação da segurança nacional passariam por algum grau de confidencialidade. No caso concreto, inclusive, o próprio *Justice* reconhece que as informações contidas nos *Papers* seriam sensíveis e que, em relação a algumas delas, o Estado estaria correto ao advogar por sua não publicação. No entanto, em relação a nenhuma das informações contidas nos *Pentagon Papers* o Estado teria se desincumbido de seu ônus probatório, baseando-se, antes, em conjecturas generalizadas sobre o potencial lesivo das publicações.

Pelos requisitos fixados pela Suprema Corte Americana para que a liberdade de expressão possa ser limitada em face de argumentos atinentes à segurança nacional, fica claro que, segundo o entendimento ali externado, a proteção conferida pela Primeira Emenda não poderia facilmente ser afastada, especialmente em face do que *Justice Black* aponta²⁸² como sendo um caráter vago da palavra “segurança”.

Como mencionado anteriormente, o condicionamento da liberdade de expressão por motivos de segurança nacional também foi objeto de debate no âmbito da Corte Euro-

²⁸⁰ Nesse sentido, v., por exemplo, o voto do *Justice White*: “(...) *I do not say that in no circumstances would the First Amendment permit an injunction against publishing information about government plans or operations. Nor, after examining the materials the Government characterizes as the most sensitive and destructive, can I deny that revelation of these documents will do substantial damage to public interests. Indeed, I am confident that their disclosure will have that result. But I nevertheless agree that the United States has not satisfied the very heavy burden that it must meet to warrant an injunction against publication in these cases (...)*”.

²⁸¹ *In verbis*: “*The error that has pervaded these cases from the outset was the granting of any injunctive relief whatsoever, interim or otherwise. The entire thrust of the Government's claim throughout these cases has been that publication of the material sought to be enjoined "could," or "might," or "may" prejudice the national interest in various ways. But the First Amendment tolerates absolutely no prior judicial restraints of the press predicated upon surmise or conjecture that untoward consequences. (...)it is elementary that the successful conduct of international diplomacy and the maintenance of an effective national defence require both confidentiality and secrecy. (...) We are asked, quite simply, to prevent the publication by two newspapers of material that the Executive Branch insists should not, in the national interest, be published. I am convinced that the Executive is correct with respect to some of the documents involved. But I cannot say that disclosure of any of them will surely result in direct, immediate, and irreparable damage to our Nation or its people. That being so, there can under the First Amendment be but one judicial resolution of the issues before us. I join the judgments of the Court*”.

²⁸² “*The word 'security' is a broad, vague generality whose contours should not be invoked to abrogate the fundamental law embodied in the First Amendment*”.

peia de Direitos do Homem em 1991, quando do julgamento dos chamados “casos *Spycatcher*”²⁸³.

Os chamados casos *Spycatcher* envolvem, de um lado, diversos veículos de mídia e, de outro, o Reino Unido. Todos dizem respeito ao fato de que Peter Wright, um ex-agente público do governo britânico, ex-membro sênior do *British Security Service* (MI5) elaborou, após sua aposentadoria, um livro de memórias, intitulado *Spycatcher*, no qual alegava, entre outros, que o MI5 havia cometido diversos atos ilícitos, dentre eles grampeado comunicações em embaixadas, tanto de países aliados como de nações consideradas hostis. Wright tinha negociações em curso para publicar seu livro na Austrália, onde morava à época.

Em 1985, o Procurador-Geral da Inglaterra e País de Gales acionou o Judiciário da Austrália, buscando impedir a publicação do livro. O fundamento principal da demanda não era propriamente o potencial lesivo das informações, mas sim que a publicação da obra constituiria infração, por parte de Wright, de seu dever de confidencialidade, nos termos de seu contrato de trabalho.

Enquanto a referida ação estava em curso na Austrália, os jornais britânicos *Observer*, *The Guardian* e *Independent* publicaram artigos sobre o livro e sobre o processo judicial que corria no exterior, tendo sido posteriormente proibidos, por meio de ordem judicial, de publicar novas matérias sobre o assunto, enquanto a questão da confidencialidade das informações contidas no livro “*Spycatcher*” ainda estava *sub judice*.

Em 12 de julho de 1987, o jornal *The Sunday Times*, tendo adquirido os direitos de publicação serializada de “*Spycatcher*” na Inglaterra junto a Wright e a editora australiana, publicou a primeira parte do livro em seu jornal. No dia seguinte, 13 de julho, o Procurador-Geral acionou o Judiciário, alegando que também o jornal *The Sunday Times* estaria divulgando informações decorrentes da quebra de um acordo de confidencialidade e prejudicando o bom andamento de ação judicial em curso.

Em 14 de julho de 1987, no dia subsequente, o livro “*Spycatcher*” foi publicado nos Estados Unidos, de modo que, mesmo com a não publicação da obra no Reino Unido,

²⁸³ CEDH, “*Sunday Times (No. 2) v. the United Kingdom*”, j. 26.11.1991, Series A, n. 217. CEDH, “*The Observer and Guardian Newspapers Ltd. v. the United Kingdom*”, j. 26.11.1991, Series A, n. 216.

a sua importação foi realizada em massa, dada a repercussão que o caso já havia obtido a essa altura.

Em 24 de setembro de 1987, foi emitida decisão no processo que corria junto ao Poder Judiciário australiano, tendo a decisão sido desfavorável ao governo britânico. No entanto, quando do julgamento das ações movidas no Reino Unido, considerou-se que os jornais Observer, The Guardian e Independent incorreram em desacato ao publicarem matérias sobre o assunto e prejudicarem, assim, o bom andamento de ação judicial. O jornal The Sunday Times, por sua vez, além de ter sido condenado por desacato, foi condenado também por quebra de um dever de confidencialidade pela divulgação do efetivo teor do livro.

Levada a controvérsia à Corte Europeia de Direitos do Homem, considerou-se que, em relação a todos os veículos da mídia, a conduta do Reino Unido não guardava conformidade com o artigo 10 da Convenção, que garante o direito à liberdade de expressão.

Em todos os casos, a Corte consignou que haveria de se conferir relevância para o fato de que, em 14 de julho de 1987, o livro “*Spycatcher*” foi publicado nos Estados Unidos, não tendo havido qualquer tentativa governamental de impedir ou restringir a importação de cópias da obra ao Reino Unido. Esse fato, segundo a Corte, teve o condão de alterar a avaliação de que, até o momento da publicação, a motivação das restrições era suficiente.

A partir do momento em que o teor do livro se tornou público, mormente com a publicação da obra nos Estados Unidos e a sua importação em massa ao Reino Unido, o que era originalmente um processo visando primariamente a manutenção do sigilo das informações tornou-se um processo que, declaradamente, buscava apenas preservar a confiança e autoridade do *Security Service* e deixar claro que a publicação de informações sigilosas por ex-membros não seria tolerada. No entender da Corte, esses objetivos subsistentes não seriam suficientes para justificar a continuidade na interferência na liberdade de manifestação dos jornais, de modo que, por essa razão, a restrição não poderia ser mais considerada “*necessária em uma sociedade democrática*”, nos termos exigidos pela Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Por esses motivos, a CEDH concluiu que efetivamente houve violação, por parte do Reino Unido, ao artigo 10 da Convenção, de modo que, entre outras determinações, o governo britânico foi condenado a pagar a quantia de £ 100.000,00 (cem mil libras) à editora do Sunday Times.

O terceiro caso que se pretende detalhar – Palamara Iribarne v. Chile²⁸⁴ - foi julgado em 2005 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e envolve, de um lado, o senhor Humberto Antonio Palamara Iribarne, oficial aposentado da Armada chilena²⁸⁵, e, de outro, a República do Chile.

Consta que, entre fevereiro e março de 1993, Palamara Iribarne buscou publicar livro de sua autoria, intitulado “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, no qual abordava aspectos relacionados à inteligência militar, sustentando, de forma crítica, a necessidade de adequação da Armada a certos parâmetros éticos.

Por conta de sua intenção em publicar o referido livro, Palamara Iribarne foi processado, com fundamento no artigo 89²⁸⁶ da *Ordenanza de la Armada*, que proíbe que qualquer membro da Armada publique artigo na imprensa criticando a instituição ou se referindo a assuntos de caráter confidencial, podendo apenas se manifestar em veículos de mídia mediante prévia autorização de seus superiores hierárquicos. Por não ter solicitado autorização prévia e ter se recusado a entregar os arquivos relacionados ao livro, Palamara Iribarne foi processado por crime de desobediência. Por ter dado, posteriormente, declarações à mídia sobre o caso, consideradas desabonadoras a seus superiores hierárquicos na Armada, Iribarne foi processado por crime desacato. Em última instância, foi condenado quanto aos dois delitos.

²⁸⁴ CIDH, “Palamara Iribarne v. Chile”, j. 22.11.2005, Series C, n. 135.

²⁸⁵ Exercia, à época dos fatos, atividades como funcionário civil da Armada.

²⁸⁶ “*Estará prohibido a todo miembro de la Armada o persona que se encuentre a su servicio, publicar o dar facilidades para que se publiquen en la prensa, artículos que envuelvan una crítica a los servicios de la Armada, de organismos públicos o de gobierno. Igualmente estará prohibido publicar directa o indirectamente, artículos que se refieran a asuntos de carácter secreto, reservado o confidencial, temas políticos o religiosos u otros que puedan dar margen a una polémica o controversia en la que se pueda ver envuelto el buen nombre de la institución. Teniendo en cuenta las anteriores restricciones, el personal de la Armada podrá realizar publicaciones a la prensa a título personal, previo conocimiento y autorización de su Comandante o de la Autoridad Naval competente. En tiempo de guerra o cuando las circunstancias así lo exijan, la Comandancia en Jefe de la Armada podrá suspender o limitar esta autorización*”.

Levada à questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta decidiu que o Estado Chileno incorreu em infração ao artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que garante o direito à liberdade de expressão.

Pontuou-se, no julgamento, que a liberdade de expressão é um direito essencial a uma sociedade democrática. Mesmo que não se considere que ele é um direito absoluto, suas exceções não poderiam ser verificadas no caso concreto. Isso seria especialmente verdadeiro considerando que o Estado chileno efetuou uma censura prévia do livro, que, no entender da Corte, merece interpretação das mais rígidas, nos termos do artigo 13 da Convenção. De igual sorte, pesou sobre o Estado chileno o fato de Palamara Iribarne ter sido condenado pelo crime de desacato, que, como já indicado no capítulo 3.4 da dissertação, é uma figura jurídica que a CIDH considera incompatível com a liberdade de expressão.

Especificamente quanto às alegações atinentes à manutenção da ordem pública, a Corte ponderou que, mesmo que se considerasse que a segurança nacional é um valor que pode justificar uma restrição à liberdade de expressão, no caso concreto não restou comprovado que as informações constantes do livro eram sigilosas e somente obtíveis por meio do exercício de funções internas à Armada. Ao revés, os elementos constantes dos autos sugeriam que as condenações de Palamara Iribarne foram motivadas antes pelas críticas tecidas à instituição do que pela efetiva confidencialidade das informações constantes do livro.

Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou que o Estado Chileno incorreu em violação de dispositivos da Convenção, dentre os quais seu artigo 13, que protege a liberdade de expressão. Dessa forma, a República do Chile foi condenada a anular o processo que correu perante a Justiça Militar Chilena, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais a Iribarne, à restituição de todos os materiais apreendidos, a permitir a publicação do livro, a publicar em veículos de comunicação oficial excertos da decisão da Corte e a reembolsar o requerente por todas as custas relativas ao processo perante a CIDH.

Como se vê, portanto, também a Corte Interamericana prestigiou a liberdade de expressão em um cenário de conflito aparente com a segurança nacional, impondo ao Estado um ônus probatório robusto em relação às alegações de manutenção da ordem e segurança públicas.

Expostos os três precedentes, é possível observar que todos os julgados guardam estreita relação com princípios inscritos no documento denominado *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*²⁸⁷.

Em outubro de 1995, um grupo de 37 (trinta e sete) estudiosos ligados à organização internacional *Article 19 (International Centre Against Censorship)* realizaram amplo estudo sobre a tensão entre a liberdade de expressão e a segurança nacional e sobre qual era o tratamento dispensado a esse conflito pelas normas e pela jurisprudência de diversos países democráticos, das Nações Unidas, do Conselho da Europa, da União Europeia, da Organização dos Estados Americanos e da então Organização da Unidade Africana (sucessora, a partir de 2002, pela União Africana). Como produto do referido estudo, foram elaborados os *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, que, além de serem amplamente utilizados por juízes, advogados e doutrinadores como parâmetro para a resolução desses conflitos, foram expressamente endossados pelo então Relator das Nações Unidas para assuntos ligados à liberdade de opinião e de expressão, Sr. Abid Hussain, em seus relatórios dos anos de 1996, 1998, 1999 e 2001. Desde 1996, igualmente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas fez menção aos *Johannesburg Principles* em todos os seus relatórios anuais sobre liberdade de expressão, o que igualmente denota o amplo reconhecimento e importância a eles atribuídos.

Já de início, o documento, reconhece, em seu princípio 1c²⁸⁸, que a liberdade de expressão efetivamente pode ser condicionada ou limitada pela necessidade de proteção a outros valores, dentre os quais se insere a segurança nacional.

No entanto, à semelhança do sustentado pela CIDH no caso *Palamara Iribarne v. Chile*, o princípio 2b²⁸⁹ aponta que essa limitação à liberdade de expressão não será legítima quando, a despeito de se alegar que a publicação está sendo restrita porque seu conteú-

²⁸⁷ Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/joburgprinciples.pdf>>.

²⁸⁸ “1(c) *The exercise of the rights provided for in paragraph (b) may be subject to restrictions on specific grounds, as established in international law, including for the protection of national security*”.

²⁸⁹ “2(b) *In particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security, including, for example, to protect a government from embarrassment or exposure of wrongdoing, or to conceal information about the functioning of its public institutions, or to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest*”.

do conflita com a segurança nacional, a verdadeira ou principal motivação da intervenção for o interesse em evitar a exposição ou o embaraço do Estado ou de seus agentes.

À semelhança do quanto sustentado pela Suprema Corte Americana no caso *New York Times Co. v. United States*, o enunciado 6 dos *Johannesburg Principles*²⁹⁰ consigna que, nos termos dos princípios 15 e 16, um ato comunicativo somente pode ser restrito e punido por motivos de segurança nacional quando o Estado lograr comprovar que a comunicação tem o condão de suscitar violência iminente.

Tratando especificamente da veiculação de informações sigilosas, o princípio 15 estatui²⁹¹ que indivíduos ou veículos de mídia não podem ser punidos por motivos atinentes à segurança nacional se a revelação das informações não teve o condão de efetivamente causar prejuízo, se não for razoável supor que a publicação venha a ferir um legítimo interesse relacionado à segurança nacional, ou se o interesse público em que as informações sejam reveladas sobrepujar o perigo decorrente da publicação.

O princípio 16²⁹², por sua vez, trata especificamente dos agentes públicos que revelam informações sigilosas obtidas por meio do exercício de suas funções oficiais. Tal princípio confere proteção menor ao indivíduo do que aquela conferida pelo artigo 15, estabelecendo, tão somente, que o agente não poderá ser punido se o interesse público na divulgação da informação tiver maior peso do que o potencial risco da publicação.

Como observa Sandra Coliver²⁹³, a despeito do quanto consignado no artigo 16, a proteção aos agentes públicos que revelam informações oficiais sigilosas é controversa e,

²⁹⁰ “Principle 6: Expression That May Threaten National Security. Subject to Principles 15 and 16, expression may be punished as a threat to national security only if a government can demonstrate that: (a) the expression is intended to incite imminent violence; (b) it is likely to incite such violence; and (c) there is a direct and immediate connection between the expression and the likelihood or occurrence of such violence”.

²⁹¹ “Principle 15: General Rule on Disclosure of Secret Information. No person may be punished on national security grounds for disclosure of information if (1) the disclosure does not actually harm and is not likely to harm a legitimate national security interest, or (2) the public interest in knowing the information outweighs the harm from disclosure”.

²⁹² “Principle 16: Information Obtained Through Public Service. No person may be subjected to any detriment on national security grounds for disclosing information that he or she learned by virtue of government service if the public interest in knowing the information outweighs the harm from disclosure”.

²⁹³ COLIVER, Sandra. “Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information”. In: COLIVER, Sandra. “Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information”. Martinus Nijhoff Publishers, 1999. *In verbis*: “While there is a cognizable trend among democracies not to punish publication of classified information so long as the information does not endanger national security, support for a norm protecting government employees who ‘leak’ such information is considerably weaker”.

não raramente, tais agentes são processados e responsabilizados mesmo quando é presente o interesse público na divulgação da informação e mesmo que as publicações das informações pelos veículos de mídia não sejam impugnadas. Referindo-se a Daniel Ellsberg, que divulgou os *Pentagon Papers*, Coliver aponta que seu processo criminal foi extinto primariamente pela ilicitude das ações do governo Nixon na persecução penal – o que se relacionava com o que posteriormente culminou no escândalo *Watergate* – e não propriamente por um reconhecimento judicial de que suas ações eram compatíveis com o interesse público.

Relacionando-se, por sua vez, com o entendimento da CEDH no julgamento dos casos *Spycatcher*, o princípio 17 estabelece²⁹⁴ que, uma vez que a informação passa ao domínio público, não é mais legítimo que o Estado persista na repressão de outras publicações sobre o tema, pois o interesse no sigilo fica minado, dando lugar a um interesse subsistente que é tão somente relacionado com o reforço da autoridade estatal.

Analisando as normas do ordenamento jurídico brasileiro, é possível sustentar que, também em contexto pátrio, os *Johannesburg Principles* se apresentam como valiosos parâmetros para a solução dos casos envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e a segurança nacional.

À semelhança do princípio 1c e dos julgados expostos no início do capítulo, o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal Brasileira²⁹⁵ vislumbra a possibilidade de que o sigilo de determinadas informações seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por essa previsão e pela consagração da segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos²⁹⁶, a Constituição abre margem para que, em certas hipóteses e presentes determinados requisitos, a comunicação seja restrita por conta seu conteúdo.

²⁹⁴ “Principle 17: Information in the Public Domain. Once information has been made generally available, by whatever means, whether or not lawful, any justification for trying to stop further publication will be overridden by the public’s right to know”.

²⁹⁵ “Art. 5º, XXXIII - 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”.

²⁹⁶ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)”.

No entanto, pelo próprio artigo 5º, XXXI, e pelas diversas outras disposições que prestigiam a publicidade, a informação e a proteção à livre comunicação²⁹⁷, fica claro que a Constituição brasileira estabelece o sigilo não como regra, mas como estrita exceção, estando em plena consonância, nesse sentido, com a disposição 1d dos *Johannesburg Principles*²⁹⁸, quando atribui ao governo o ônus de demonstrar que a restrição é necessária em uma sociedade democrática para a proteção de um interesse legítimo relacionado à segurança nacional.

O princípio de aplicação nacional mais discutível seria, talvez, o contido no enunciado 16, que protege o agente público que divulga informações sigilosas. Com efeito, a maior objeção à adoção do princípio 16 poderia ser suscitada em face do artigo 32, IV, da Lei de Acesso à Informação²⁹⁹ (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011), que prescreve expressamente a responsabilização do agente público ou militar que divulga informação classificada como sigilosa a que teve acesso em razão do exercício de suas funções oficiais. De igual sorte, o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940) tipifica como crime, em seu artigo 325³⁰⁰, a quebra do sigilo funcional por agente público.

No entanto, mesmo em relação ao princípio 16 seria possível sustentar a utilização dos *Johannesburg Principles* como parâmetro em contexto nacional, considerando especificamente a hipótese de denúncia, por agente público, de práticas governamentais ilícitas. Veja-se que, a par de ser questionável que o sigilo de atos ilícitos possa ser considerado “imprescindível à segurança da sociedade” nos termos exigidos pelo art. 5º, XXXIII, da Constituição, o mesmo Código Penal que criminaliza a violação de sigilo funcional tipifica, em seu artigo 320, a condescendência criminosa³⁰¹.

²⁹⁷ V., entre outros, o art. 5º, XIV, o art. 37, *caput*, e o art. 220, § 1º, da Constituição Federal.

²⁹⁸ "1(d) No restriction on freedom of expression or information on the ground of national security may be imposed unless the government can demonstrate that the restriction is prescribed by law and is necessary in a democratic society to protect a legitimate national security interest. The burden of demonstrating the validity of the restriction rests with the government".

²⁹⁹ “Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: (...) IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal”.

³⁰⁰ “Violação de sigilo funcional. Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. (...)”.

³⁰¹ “Condescendência criminosa. Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”.

Pelo exposto, é possível concluir que, pelo ordenamento jurídico pátrio, o conteúdo de um ato comunicativo pode lícitamente ensejar a sua limitação, em face de argumentos relacionados à segurança nacional. No entanto, dado o caráter excepcional do sigilo, tal como previsto na Constituição Federal, essa limitação deve se dar em um conjunto de hipóteses restrito, cujos contornos podem ser melhor compreendidos com a adoção dos *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*.

4.6. A avaliação do conteúdo e o risco da ingerência estatal.

Como apontado no capítulo 4.1, há de se proceder com cautela quando, a fim de restringir ou considerar lícito determinado discurso, o Estado se imiscui no conteúdo da comunicação. Como alerta Dworkin³⁰², entre proibições do ensino da teoria da evolução (e.g. Tenesse, 1920) e sentenças de morte de autores literários considerados mentirosos e blasfemos (e.g. Salman Rushdie e seu livro *The Satanic Verses*), as restrições à comunicação baseadas no conteúdo costumam ter um ponto em comum: os censores ou agentes estatais que reprimem a expressão do pensamento têm uma profunda convicção de que estão a proteger pessoas e valores fundamentais.

Em face dessa constatação, é particularmente relevante que a interpretação do direito à liberdade de expressão conte com critérios minimamente robustos para que se possa concluir se uma determinada *mensagem* pode lícitamente ensejar a restrição daquele direito em um caso concreto. Prosseguir sem critérios razoavelmente claros contribui para a insegurança jurídica e para a fragilização do direito que é amplamente considerado como um dos pilares do Estado Democrático.

Falar de modo geral em “interesse público no conteúdo” como único critério que enseja a proteção de um ato comunicativo pode ser temerário. Mesmo utilizar, como critério de restrição, termos amplos como “ofensa ao decoro público”, material “ofensivo às coletividades ou às religiões” ou mensagem que “fira o interesse nacional” abre margem para significativas subjetividades, bastando observar que esses eram os exatos termos utilizados pelo Decreto-Lei nº 1.949/1939, que regulamentava a atuação do infame Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) da Era Vargas³⁰³.

Quais poderiam, portanto, ser esses critérios? Decerto, os parâmetros utilizados na doutrina e na jurisprudência exposta nos capítulos anteriores podem se constituir em im-

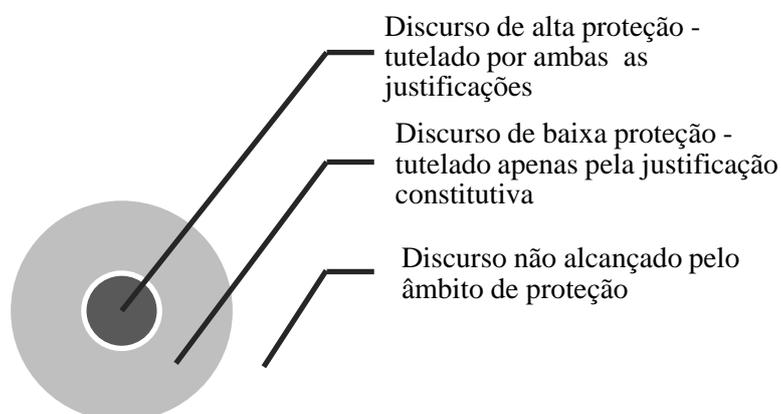
³⁰² DWORKIN, Ronald. “O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 361. *In verbis*: “Os fundamentalistas muçulmanos que decretaram a pena de morte de Salman Rushdie também estavam convictos de que esse escritor estava errado e também agiram para proteger pessoas que haviam sofrido profundamente com palavras que lhes pareciam escandalosamente mentirosas. Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você”.

³⁰³ “Art. 21. Serão considerados educativos, a juízo do D. I. P., os filmes que divulguem conhecimentos instrutivos, morais ou artísticos, ou contribuam, de diversas maneiras, para aprimorar a formação espiritual, a educação social e o valor intelectual ou artístico da assistência”.

portantes ferramentas na solução dos *hard cases* que, por conta do conteúdo do ato comunicativo, apresentam uma tensão entre a liberdade de expressão e outros valores protegidos pelo ordenamento.

Os conceitos expostos nos capítulos 4.2 e 4.3, por exemplo, podem ser largamente utilizados na solução de conflitos dessa natureza, mesmo considerando sua gênese em contexto que dispensa tratamento constitucional distinto do pátrio à liberdade de expressão.

Nesse sentido, considerar a liberdade de expressão sob a ótica da justificação *constitutiva* auxilia a compreensão de que, como um direito ligado à dignidade do indivíduo (art. 1º, III, da Carta Maior Brasileira), não só o discurso “útil” ou político merece proteção constitucional. Já considerar a liberdade de expressão sob a ótica da justificação *instrumental* leva à compreensão de que, como um direito ligado ao pluralismo político (art. 1º, V, da Constituição) e ao aperfeiçoamento da democracia, determinados discursos merecem, por sua natureza política ou histórica, proteção *especial*. O ponto pode ser assim ilustrado:



Tal delineamento leva à conclusão de que, também em contexto nacional, é possível sustentar a existência de um discurso de alta proteção (correspondente ao discurso de alto valor, ou *high-value speech*), tutelado por ambas as justificações, e um discurso de baixa proteção, tutelado somente pela ótica constitutiva, da liberdade de expressão como um direito de dignidade e autodeterminação dos indivíduos.

Note-se que, pela ilustração acima, haveria um discurso não alcançado pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão. Essa indicação se refere ao posicionamento já ex-

ternado no item 4.4, no sentido de que o discurso de ódio e de exclusão – que não se confunde com o discurso meramente ofensivo ou chocante - extrapola os limites internos da liberdade de comunicação.

Como dito anteriormente, se o discurso de ódio – que não se confunde com o discurso meramente ofensivo ou chocante – promove a exclusão e milita contra a dignidade e cidadania de um grupo ou coletividade, decorre que nenhuma das possíveis *razões de ser* da liberdade de expressão conferiria proteção a esse tipo de comunicação. Afinal, não parece razoável sustentar que um direito intimamente ligado à dignidade e ao pluralismo político protege um discurso que busca fragilizar precisamente tais valores. Em outras palavras, a liberdade de expressão não pode ser compreendida como protegendo um discurso que promove o *silenciamento* de parcela vulnerável da população.

Ressalte-se que tal entendimento não guarda qualquer incompatibilidade com as normas do ordenamento pátrio. Ao revés, a par do assento constitucional da tipificação do racismo como crime imprescritível e inafiançável, é possível encontrar um paralelo com o raciocínio exposto nas normas atinentes à liberdade partidária.

Assim como a liberdade de expressão, a Constituição Federal também protege a liberdade de criação de partidos políticos³⁰⁴. No entanto, o mesmo dispositivo que estabelece essa liberdade a condiciona ao respeito à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo, e aos direitos fundamentais da pessoa humana. O condicionamento constitucional não reflete mais do que um imperativo lógico: se a liberdade partidária reflete um ideal democrático, esse direito não deve proteger a criação de organizações *essencialmente antidemocráticas* (ex: partido absolutista ou totalitário). De igual sorte, se a liberdade de expressão reflete um ideal pluralista, não deve proteger a comunicação que busca infirmar esse mesmo ideal.

Nesse contexto, a identificação do discurso *não protegido* pela liberdade de expressão passa por um raciocínio essencialmente *subsuntivo* – define-se se ele é tutelado ou não com base em sua contrariedade ou compatibilidade com as justificações da liberdade de expressão.

³⁰⁴ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)”.

De outra sorte, a licitude da restrição aos discursos efetivamente tutelados pela liberdade de expressão passa por uma avaliação de *ponderação* com outros valores, conferindo-se à comunicação maior ou menor proteção de acordo com sua natureza (tutelada por ambas as justificativas ou somente pela justificativa constitutiva). Ambos os discursos tutelados – o de alta proteção e o de baixa proteção – podem, em tese, ser licitamente restringidos, mas a licitude dessa restrição deverá ser aferida em um confronto com outros valores constitucionais, sendo que o ônus argumentativo da restrição será maior quando o discurso for de alta proteção.

A par da utilização desses conceitos, a classificação das restrições em baseadas no conteúdo e neutras quanto ao conteúdo (*content-based* e *content-neutral*), tal como exposta no capítulo 4.3, também pode se mostrar útil em contexto nacional.

Se é possível supor que, em regra, uma ingerência estatal que reprime um determinado conteúdo ou ponto de vista é mais gravosa do que uma restrição que limita a comunicação tão somente em determinadas formas, locais ou momentos, é possível sustentar, por decorrência, que aquela exige uma motivação muito mais robusta do que esta.

Conjugando esses conceitos com o conteúdo exposto no capítulo 4.5, é possível ilustrar o raciocínio que pode pautar a solução dos *hard cases* envolvendo o conteúdo controverso de um ato comunicativo.

Supondo que um jornal tenha publicado um artigo sobre a atuação estatal em determinado conflito bélico, é possível apontar, de plano, que a comunicação tem teor nitidamente político e, portanto, se configura como discurso de alta proteção. Dessa forma, mesmo que, em face dessa publicação, o Estado suscite um potencial conflito com a proteção à segurança nacional, seu ônus probatório será altíssimo, o que, inclusive, se coaduna com os enunciados 6 e 15 dos já mencionados *Johannesburg Principles*.

Se, em face das mesmas argumentações atinentes à segurança nacional, o Estado passa a proibir *críticas* à sua atuação no conflito bélico, estamos diante não só de um ato que fragiliza um discurso de alta proteção, como também o restringe com um critério baseado em determinado ponto de vista (restrição *viewpoint-based*). Tal restrição, pela conjugação dessas características, dificilmente poderia ser justificada em face da proteção constitucional conferida à liberdade de expressão.

Um outro exemplo, porém, pode demonstrar como a avaliação da comunicação tutelada pela liberdade de expressão dificilmente trata com absolutos.

Suponhamos que um indivíduo produz panfletos partidários e deseja proferir um discurso promovendo determinado partido político que tradicionalmente concorre em eleições. Trata-se inegavelmente, à semelhança do exemplo anterior, de discurso de alta proteção, tutelado por ambas as justificações da liberdade de expressão.

Ao dirigir-se a um estabelecimento de ensino, porém, o mesmo indivíduo se vê impedido de proferir o discurso e distribuir os panfletos, em face de uma proibição estatal a que a militância político-partidária ocorra em escolas públicas de primeiro grau durante o horário letivo.

É mais fácil vislumbrar nesse caso que, a despeito de se tratar de discurso de alta proteção e de restrição baseada no conteúdo, o Estado poderia se desincumbir com mais facilidade seu ônus argumentativo, pois a restrição seria neutra quanto ao posicionamento (pois proíbe qualquer militância de qualquer partido) e provavelmente motivada pela proteção da infância e da educação.

À semelhança do que aponta Dworkin³⁰⁵, não é desarrazoado ter como impossível a formulação de um esquema legal ideal que resolva todos os potenciais conflitos envolvendo a liberdade de expressão. No entanto, os conceitos, critérios e princípios expostos ao longo do capítulo 4 podem conferir maior racionalidade à interpretação da liberdade de expressão, especificamente quando o conteúdo do ato comunicativo suscita tensões com outros valores e bens protegidos constitucionalmente.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. “O Direito à Liberdade”, ob. cit., p. 342. Tratando especificamente do conflito entre a liberdade de expressão e a honra dos indivíduos, o autor aponta, *in verbis*: “Nenhum esquema legal pode proporcionar a solução ideal para o conflito inevitável entre a liberdade de expressão e a proteção da reputação dos indivíduos”.

5. CONCLUSÕES E PROPOSTAS

Como já apontado anteriormente, o conflito da liberdade de expressão com valores como a honra, privacidade e segurança nacional é uma das questões mais debatidas no estudo dos direitos fundamentais. Conforme apontado especificamente no capítulo 4.6, é até razoável ter por impossível a formulação de um esquema lógico e matemático apto a resolver todos os conflitos envolvendo a liberdade de expressão.

No entanto, a presente dissertação se apresenta como uma proposta de contribuição a esse debate, de modo a que, na medida do possível, a interpretação e a aplicação prática da liberdade de expressão possam ser racionais e pautadas em critérios que prestigiem a segurança jurídica e garantam a própria efetividade dessa liberdade que se configura como um valor tão caro às sociedades democráticas.

Abaixo, são relacionadas as conclusões e propostas delineadas no decorrer do estudo.

1. O tempo, na comunicação, pode influenciar o âmbito de proteção da liberdade de expressão, de modo que uma mesma manifestação pode ser lícita em um determinado momento e ilícita em outro.

2. O ordenamento jurídico brasileiro traz regras expressas e específicas para a valoração jurídica da liberdade de expressão em determinados *períodos*, como os estados de emergência. Para lidar com períodos de conturbação social e política, a Constituição Federal Brasileira – diferentemente de outras constituições - hoje só prevê os estados de defesa e de sítio como mecanismos que, em face desses cenários, permitem que o Estado implemente um condicionamento amplo e geral de direitos fundamentais como a liberdade de comunicação.

3. Quanto ao período eleitoral, também é possível identificar regras específicas relacionadas à liberdade de comunicação. Nesse sentido, é possível verificar tanto um condicionamento da liberdade de expressão voltado aos partidos políticos e seus candidatos, quanto um condicionamento amplo, com regras extensíveis a quaisquer cidadãos. Como estudado nos precedentes, no entanto, tais restrições devem, como condição de constitucionalidade, atender às finalidades da garantia (i) da isonomia entre os participantes e (ii) do acesso à informação não distorcida por parte do público eleitor.

4. A tutela da honra, da privacidade e da intimidade não encontra melhor solução na adoção de um “direito ao esquecimento” geral, mas sim na avaliação se a determinada publicação tem o efetivo condão de causar dano grave ao indivíduo, considerando, entre outros, as particularidades do caso concreto, as provas apresentadas pelo demandante e a forma e contexto em que a publicação se dá.

Quanto ao valor a ser atribuído ao decurso do tempo, inclinamo-nos à corrente exposta no item 2.3, segundo a qual, se uma valoração jurídica preponderante deve ser atribuída ao passar dos anos, ela corresponde à compreensão de que a menção a episódios sensíveis não tem mais o mesmo condão de causar dor ou trauma com a intensidade que poderia fazer no passado, a exemplo do apontado nos casos Lebach 2, Aida Curi e Plon v. France.

5. A identificação dos sujeitos envolvidos na comunicação pode influenciar o âmbito de proteção da liberdade de expressão, de modo que uma mesma mensagem emitida ou recebida por um indivíduo pode ser lícita e, por outro, não. Em outras, palavras, o ordenamento realmente comporta condicionamentos da liberdade de expressão baseados na qualificação dos interlocutores ou do sujeito *a quem diz respeito* a informação.

6. No caso das crianças e adolescentes como destinatários da comunicação, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem regras que indubitavelmente restringem as publicações e espetáculos destinados a esse público-alvo específico. Não obstante, o uso de conceitos jurídicos indefinidos, como “*valores éticos e sociais da pessoa e da família*”, contribui para que tais restrições tenham parâmetros imprecisos, de modo que a solução do conflito desses valores – proteção à infância e juventude e liberdade de expressão – invariavelmente passará pela análise das particularidades do caso concreto.

7. No caso dos parlamentares como emissores da comunicação, a Constituição é clara ao conferir a esses sujeitos imunidade material quanto às palavras e opiniões emitidas no exercício do mandato (prática *in officio*) ou em razão dele (prática *propter officium*). Tal imunidade tem o potencial de excluir a ilicitude de um ato comunicativo que, fosse proferido por um cidadão comum, poderia ser configurado como crime contra a honra ou ensejado reparações civis, o que reforça a conclusão de que a identificação dos sujeitos da comunicação efetivamente influencia a valoração jurídica do ato comunicativo.

8. Quanto às autoridades públicas e as chamadas “celebridades” como sujeitos a quem diz respeito a comunicação, o ordenamento interno pátrio não conta com normas expressas sobre o tema. No entanto, como exposto nos capítulos 3.2, 3.3 e 3.7, tais hipóteses ensejam um tratamento diferenciado da liberdade de expressão.

Como apontado no capítulo 3.7, não se pode pretender atribuir o mesmo grau de privacidade do indivíduo “comum” ao indivíduo que desempenha atividades profissionais em público e para o público, lançando-se voluntariamente sob o holofote. Com mais razão ainda há de se sustentar a maior amplitude da comunicação relacionada a agentes públicos que não só se inserem voluntariamente na vida pública como desempenham um múnus público sujeito ao mais amplo escrutínio, motivo pelo qual a Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão da CIDH expressamente consigna, em seu artigo 13, que “os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade”.

9. A tipificação penal específica da ofensa a agentes públicos – crime previsto no artigo 331 do Código Penal brasileiro – não guarda compatibilidade com os contornos amplos a que a liberdade de expressão está sujeita quando relativa a funcionários e agentes estatais, o que justifica o fato da CIDH ter, em mais de uma ocasião, criticado e condenado as chamadas “leis de desacato”.

10. O conteúdo da comunicação pode influenciar sua valoração jurídica. No entanto, há de se proceder com cautela quando, a fim de restringir ou considerar lícito determinado discurso, o Estado se imiscui no conteúdo da comunicação, especialmente quando se considera que, historicamente, nefastos episódios de censura e repressão à liberdade de pensamento foram baseados em um sentimento genuíno de que direitos e valores fundamentais estavam sendo protegidos.

11. A fim de pautar a interpretação da liberdade de expressão, é relevante ter em mente a razão de ser desse direito, que pode ser compreendida sob duas óticas distintas e complementares: as justificações constitutiva e instrumental.

Pela justificação constitutiva, a liberdade de expressão deve ser garantida porque os cidadãos capazes são agentes morais responsáveis cuja dignidade individual demanda que possam opinar e ouvir quaisquer opiniões, delas fazendo juízo próprio. Por essa ótica, a liberdade de expressão é um direito em si. Pela justificação instrumental, a liberdade de

expressão deve ser protegida porque traz benefícios à sociedade, decorrentes da livre troca de ideias. Por essa ótica, a liberdade de expressão é um meio para o aperfeiçoamento da democracia, devendo ser protegida por razões funcionais e sociais. Adotamos o entendimento de que a conjunção das duas justificativas é a melhor forma de compreender o direito em análise.

12. O ordenamento brasileiro comporta uma classificação do discurso em alta proteção (*high-value speech*, tutelado por ambas as justificações), e um discurso de baixa proteção (*low-value speech*, tutelado somente pela ótica constitutiva da liberdade de expressão). De igual sorte, como exposto no capítulo 4.4, é possível sustentar a existência de um discurso não alcançado pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão, categoria na qual se inseriria o discurso de ódio.

13. Também pode ser útil em contexto nacional a categorização exposta no item 4.3, segundo a qual as restrições estatais à livre comunicação podem ser divididas em neutras quanto ao conteúdo (*content-neutral*), neutras no posicionamento (*viewpoint-neutral*) e baseadas em um posicionamento (*viewpoint-based*), atribuindo ao Estado ônus argumentativo e probatório progressivamente maior.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. Doutrina

- ACKERMAN, Bruce. “*The emergency constitution*”. Yale Law Journal, v. 113, 2004
- ALEXY, Roberty. “Teoria dos Direitos Fundamentais”. 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2011.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A comunicação social e a proteção da intimidade e da vida privada na Constituição de 1988”. In MORAES, Alexandre de (org.). “Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil”, Atlas, São Paulo, 2009.
- ARTICLE 19 Org. “*Guide to the Law of Georgia on Freedom of Speech and Expression*”. Index Number: LAW/2005/0418, Article 19, London, 2005.
- BARBOSA, Rui. “A imprensa e o dever da verdade”. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.
- BARENDT, Eric. “*Freedom of Speech*”. Oxford University Press, New York, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: SARLET, Ingo (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 82-83.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista Trimestral de Direito Público, n. 36, São Paulo, 2001, p. 24-53.

- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura; KASSOUF, Adib. “Comentários à Constituição Federal de 1988”. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- BOULOS, Christianne; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de (orient). “Colisão de direitos fundamentais”. São Paulo, 2002.
- BRANCO, Sérgio. “O domínio público no direito autoral brasileiro”. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. “Constituição Federal anotada”. 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- CALDAS, Pedro Frederico. “Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral”, Saraiva, São Paulo, 1997.
- CANO, José Antonio Arcila. "*La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (1985-2009)*". Revista Forum, ISSN-e 2216-1767, vol. 1, n. 1, 2011, pp. 113-146.
- CARBONELL, Miguel. “*Ultrajando a la Constitución: la Suprema Corte contra la libertad de expresión*”. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 24. p. 171-186, México, abr. 2006.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. “Direito de informação e liberdade de expressão”. Renovar, Rio de Janeiro, 1999.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. “Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira”. Renovar, Rio de Janeiro, 1994.
- CAVALCANTI FILHO, José Paulo (org.). “Informação e Poder – ampla liberdade de informar x responsabilidade no exercício dessa liberdade”. Record, Rio de Janeiro, 1994.
- CHAFEE JR, Zechariah. “*Freedom of Speech in War Time*”. Harvard Law Review, v. 32, nº 8, jun, 1919, pp. 932-973,

- COLIVER, Sandra; BOYLE, Kevin; D'SOUZA, Frances (orgs.). *“Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination”*. Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.
- COLIVER, Sandra. *“Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information”*. In: COLIVER, Sandra. *“Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information”*. Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. “A democratização dos meios de comunicação de massa”. *Revista USP*, n. 48, dez./fev. 2000-2001, pp. 6-17. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/48/SUMARIO-48.htm>>.
- COOLEY, Thomas McIntyre. *“A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union”*. 5ª ed., Little, Brown, and Company, Boston, 1888. Disponível em: <<https://archive.org/details/atreatiseoncons06coolgoog>>.
- COUNCIL OF EUROPE. *“Freedom of expression In Europe. Case-law concerning Article 10 of the European Convention of Rights”*. Human rights files, n. 18, Council of Europe Publishing, 1998-2006, up. ed. 2007.
- DELMANTO, Celso. *“Código Penal Comentado”*. 3ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1991.
- DOTTI, René Ariel. “Proteção da vida privada e Liberdade de informação: possibilidades e limites”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980.
- DWORKIN, Ronald. “O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana”. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- EPSTEIN, Richard A. *“Privacy, Publication, and the First Amendment: The Dangers of First Amendment Exceptionalism”*. *Stanford Law Review*, v. 52, n. 5, Symposium: Cyberspace and Privacy: A New Legal Paradigm?, may, 2000, pp. 1003-1047.

- FALSARELLA, Christiane Mina. “A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Rev. Fac. Direito UFMG, n. 61, Belo Horizonte, jul./dez. 2012, pp. 149 – 173.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. “Colisão de Direitos. A Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação”. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.
- FARIAS, Edilsom. “Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional”. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Comentários à Constituição brasileira de 1988”. v. I, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000.
- FISS, Owen M. “*Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*”, Westview Press, 1996
- FISS, Owen M. “*La ironia de la libertad de expression*”. Gedisa, Barcelona, 1999.
- GARCIA, Mercedes Soto. “*Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - Artículo 10 del CEDH - Libertad de expresión - Límites - Delito de injurias contra el Jefe del Estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio - Los límites de la libertad de expresión en el debate político*”. Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Ano 16, nº 42, 2012, pp. 575-591.
- GHEVONTIAN, Richard. “Direitos Humanos Fundamentais”. Anais do XIII Encontro de Direito Constitucional, Instituto Pimenta Bueno, ESDC, São Paulo, 2004, pp. 112 e ss.
- HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. “*Extreme speech and democracy*”. Oxford University Press, Oxford, 2010.
- HORBACH, Beatriz Bastide. “Os limites da liberdade de expressão: o confronto de entendimentos do Supremo Tribunal Federal nos casos Ellwanger e Marcha da Maconha”. Direitos Fundamentais & Justiça, ano 6, n. 20, jul./set. 2012, pp. 218-235.

- HORBACH, Carlos Bastide. “O poder executivo na Democracia Contemporânea: Liberdade em Tempos de Crise”. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). “Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho”, Quartier Latin, São Paulo, 2011.
- KATZ, Alan M. “*Government Information Leaks and the First Amendment*”. California Law Review, v. 64, n. 1, jan., 1976, pp. 108-145.
- KHOURI, Paulo R. “O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil”. Revista de Direito do Consumidor, v. 89, p. 463 e ss., set/2013.
- KROTOSZYNSKI, Ronald J. “*The First Amendment in cross-cultural perspective*”. New York University Press, New York, London, 2006.
- LOCKE, John. “*Second Treatise of Government*”. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. “Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social”. Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito municipal brasileiro”. 7. ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro, Malheiros, São Paulo, 1994.
- MENDEL, Toby. “*The Johannesburg Principles: Overview and Implementation*”. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/pdfs/publications/jo-burg-principles-overview.pdf>>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade”. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. Revista de Informação Legislativa, a. 31, n. 122, mai./jul., 1994, pp. 297-301.

- MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos individuais. Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias”. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 18, p. 388, jan/1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de direito constitucional”. 7. ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2012.
- I MESTRE, Joaquim Borrell. “*Algunas reflexiones sobre la posible influencia del constitucionalismo estadounidense en el español en materia de libertad de expresión*”. Revista general de derecho público comparado, ISSN 1988-5091, n.º. 3, 2008.
- MILL, John Stuart. “Sobre a Liberdade”. 2ª ed., Vozes, Petrópolis, 1991.
- MILL, John Stuart. “*On Liberty*”. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/34901/34901-h/34901-h.htm>>.
- MILTON, John. “*The Areopagitica. A Speech For The Liberty Of Unlicensed Printing To The Parliament Of England*”. 1644. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>>.
- MIRANDA, Jorge. “Manual de Direito Constitucional”. Tomo IV, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MIRANDA, Jorge (Org.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.); FRUET, Gustavo Bonato (Org.). “Direitos da Personalidade”. 1ª ed., Atlas, São Paulo, 2012.
- MIRANDA, Jorge. “Manual de direito constitucional”. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- MOON, Richard. “*Freedom of expression and the Canadian Charter of Rights*”. Windsor Yearbook of Access to Justice, v. 21, 2002.
- MORAIS, Carlos Blanco de. “Direitos Humanos Fundamentais”. Anais do XIII Encontro de Direito Constitucional, Instituto Pimenta Bueno, ESDC, São Paulo, 2004, pp. 149 e ss.

- NEUBORNE, Burt. “*The Supreme Court and free speech: love and a question*”. Saint Louis University Law Journal, v.42. n. 3. p.789-811, Saint Louis, 1998.
- NEVES, Marcelo. “Transconstitucionalismo”. Saraiva, São Paulo, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. "Código Penal Comentado". 14ª ed. rev. ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- O'CALLAGHAN, Xavier. “*Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidad e imagen*”. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- OST, François. “O tempo do direito”. EDUSC, Bauru, 2005.
- PAYANDEH, Mehrdad. “*The Limits of Freedom of Expression in the Wunsiedel Decision of the German Federal Constitutional Court*”. German Law Journal, v. 11, pp. 929-942, aug., 2010.
- PINTO, Ricardo Leite. “Liberdade de imprensa e vida privada”. Revista da Ordem dos Advogados, ano 54, Lisboa, abr. 1994, pp. 27-147.
- POST, Robert C. “*Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*”. Yale University Press, 2012.
- POST, Robert. “*Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*”. California Law Review, v. 88, n. 6, Symposium of the Law in the Twentieth Century, dec., 2000, pp. 2353+2355-2374.
- POST, Robert. “*Recuperating First Amendment Doctrine*”. Stanford Law Review, Vol. 47, n. 6, jul., 1995, pp. 1249-1281.
- PRESTON, Ivan L. “*The Compatibility of Advertising Regulation and the First Amendment*”. Journal of Advertising, v. 9, n. 3, 1980, pp. 12-15+45.
- REALE JÚNIOR, Miguel. “Limites à liberdade de expressão”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 17, n. 81, pp. 61-91, São Paulo, nov./dez., 2009.
- REDONDO, Cristina Lopez. “*La libertad de expresión en situaciones de conflicto*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- RODRIGUES, José Henrique. “A censura, a imprensa e o controle jurisdicional de legalidade”. *Revista dos Tribunais*, v. 83, n. 705, jul, 1994, pp. 24-33.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. “Curso de Direito Constitucional”. 3ªed., *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2014.
- SCANLON, Thomas. “*Freedom of Expression and Categories of Expression*”. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 40, 1979.
- SCANLON, Thomas. “*A Theory of Freedom of Expression*”. *Philosophy and Public Affairs*, v. 1, n. 2, 1972, pp. 204-226.
- SCHAUER, Frederick. “*The boundaries of the first amendment: a preliminary exploration of constitutional salience*”. *Harvard Law Review*, v.117. n.6, pp.1765-809, 2004.
- SCHAUER, Frederick. “*Discourse and its discontents*”. *Notre Dame Law Review*. v. 72. n. 5. pp. 1309-34, Notre Dame, jul. 1997.
- SCHWAB, Jürgen. “Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão”, org. Leonardo Martins, trad. Beatriz Hennig e outros. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf.
- SILVA, José Afonso da. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. 30ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, pp. 23-51.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010.
- STONE, Geoffrey R. “*Content-Neutral Restrictions*”. *University of Chicago Law Review*, v. 54, 1987.

- STONE, Geoffrey R. "*Content Regulation and the First Amendment*". William and Mary Law Review, v. 25, n. 2, 1983.
- STONE, Geoffrey R. "*Restrictions of speech because of its content*". The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 1, Autumn, 1978.
- STONE, Geoffrey R. "*Sex, Violence and the First Amendment*". University of Chicago Law Review, v. 74, 2007.
- STONE, Geoffrey R. "*Free Speech in the Twenty-First Century: Ten Lessons from the Twentieth Century*", Pepperdine Law Review v. 36, issue 2, 2009.
- STONE, Geoffrey R. "*Ronald Coase's First Amendment*". Journal of Law and Economics, v. 54, n. 4, Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase, nov., 2011, pp. S367-S382.
- SULLIVAN, Kathleen M. "*Two concepts of freedom of speech*". Harvard Law Review, vol. 124, pp. 143 e ss.
- SUNSTEIN, Cass Robert. "*Democracy and the Problem of Free Speech*". Free Press, 1995.
- TUSHNET, Mark. "*Comparative constitutional law*". The Oxford Handbook of Comparative Law, (Mathias Reimann e Reinhard Zimmermann – ed), Oxford University Press, Oxford-New York, 2008.
- TUSHNET, Mark. "*The Possibilities of Comparative Constitutional Law*". Yale Law Journal, v. 108, 1998/1999, pp. 1225 e ss.
- ULLOA, Adriana Consuelo Jimenés. "*La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- VOLLI, Ugo. "Manual de Semiótica". Loyolla, São Paulo, 2008.
- WALDRON, Jeremy. "*Foreign law and the modern ius gentium*". Harvard Law Review, v. 119, 2005/2006, pp. 129 e ss.

- WALDRON, Jeremy. *“The Harm in Hate Speech”*. Harvard University Press, 2012.
- WERHAN, Keith. *“Freedom of Speech: A Reference Guide to the United States Constitution”*. Praeger, 2004.
- WORLD BANK. *“World Development Report 2002: Building Institutions for Markets”*. Oxford University Press, New York, 2002. Disponible em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5984>>.
- WRIGHT, J. Skelly. *“El dinero y la contaminación del proceso político: es la libertad de expresión un obstáculo para lograr la igualdad política?”*. Revista de Derecho Publico, n. 9. pp. 91-143, Santa Fé de Bogotá, sept. 1998.

6.2. Jurisprudência

- Corte Constitucional Alemã, “Caso Lüth”, BVerfGE 7, 198, j. 15.01.1958.
- Corte Constitucional Alemã, “Caso Spiegel”, BVerfGE 20, 162, j. 05.08.1966.
- Corte Constitucional Alemã, “Caso Mephisto”, BVerfGE 30, 173, j. 24.02.1971.
- Corte Constitucional Alemã, “Caso Lebach”, BVerfGE 35, 202, j. 05.06.1973.
- Corte Constitucional Alemã, “Caso Lebach 2”, BvR 348/98 e BvR 755/98, j. 25.11.1999.
- CEDH, “Handyside v. the United Kingdom”, j. 07.12.1976, Series A, n. 24.
- CEDH, “Sunday Times (No. 1) v. the United Kingdom”, j. 26.04.1979, Series A, n. 30.
- CEDH, “Sunday Times (No. 2) v. the United Kingdom”, j. 26.11.1991, Series A, n. 217.
- CEDH, “The Observer and Guardian Newspapers Ltd. v. the United Kingdom”, j. 26.11.1991, Series A, n. 216.22.
- CEDH, “Otto-Preminger-Institut v. Austria”, j. 20.09.1994, Series A, n. 295-A.
- CEDH, “Incal v. Turkey”, j. 9.06.1998, Reports 1998-IV.
- CEDH, “Lehideux and Isorni v. France”, App n° 24662/94, j. 23.09.1998, Reports 1998-VII.
- CEDH, “Radio France and others v. France”, App n° 53984/00, j. 30.03.2004, Reports 2004-II.
- CEDH, “Plon v. France”, App n° 58148/00, j. 18.05.2004, Reports 2004-IV.
- CEDH, “Von Hannover v. Germany”, App n° 59320/00, j. 24.06.2004, Reports 2004-VI.

- CEDH, “Von Hannover v. Germany n° 2”, Apps n° 40660/08 e 60641/08, j. 07.02.2012.
- CIDH, OC-5/85, 13.11.1985 (opinião consultiva sobre diploma para jornalistas).
- CIDH, “‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos e outros) v. Chile”, j. 05.02.2001, Series C, n. 73.
- CIDH, Informes da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, Paraguai (2001), Haiti (2003), Guatemala (2003), Panamá (2003), Venezuela (2003), Colômbia (2005) e México (2010).
- CIDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, j. 02.06.2004, Series C, n. 107.
- CIDH, “Ricardo Canese v. Paraguay”, j. 31.08. 2004, Series C, n. 111.
- CIDH, “Palamara Iribarne v. Chile”, j. 22.11.2005, Series C, n. 135.
- CIDH, “Kimel v. Argentina”, j. 02.05.2008, Series C, n. 177.
- CIDH, “Gomes Lund e outros v. Brasil” (Caso “Guerrilha do Araguaia”), j. 24.11.2010, Series C, n. 219.
- STJ, REsp n° 1.334.097, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.
- Suprema Corte Americana, “Abrams v. United States”, *docket* n° 316, *Opinion* 250 U.S. 616 (1919).
- Suprema Corte Americana, “Whitney v. California”, *docket* n° 3, *Opinion* 274 U.S. 357 (1927).
- Suprema Corte Americana, “Hirabayashi v. United States”, *Opinion* 320 U.S. 81 (1943).
- Suprema Corte Americana, “Duncan v. Kahanamoku”, *Opinion* 327 U.S. 304 (1946).

- Suprema Corte Americana, “New York Times v. Sullivan”, *docket* n° 39, *Opinion* 376 U.S. 254 (1964).
- Suprema Corte Americana, “Brandenburg v. Ohio”, *docket* n° 492, *Opinion* 395 U.S. 444 (1969).
- Suprema Corte Americana, “Schacht v. United States”, *docket* n° 628, *Opinion* 398 US 58 (1970).
- Suprema Corte Americana, “New York Times Company v. United States”, *docket* n° 1873, *Opinion* 403 US 713 (1971).
- Police Department of Chicago v. Mosley, *docket* n° 70-87, *Opinion* 408 US 92 (1972).
- Suprema Corte Americana, “Buckley v. Valeo”, *docket* n° 75-436, *Opinion* 424 U.S. 1 (1976).
- Suprema Corte Americana, “Hustler Magazine v. Falwell”, *docket* n° 86-1278, *Opinion* 485 U.S. 46 (1988).
- Suprema Corte Americana, “Bartnicki v. Vopper”, *docket* n° 99-1687, *Opinion* 532 U.S. 514 (2001).
- Suprema Corte Americana, “Atkins v. Virginia”, *docket* n° 00-8452, *Opinion* 536 U.S. 304 (2002).
- Suprema Corte Americana, “Virginia v. Black”, *docket* n° 01-1107, 538 US 343 (2003).
- Suprema Corte Americana, “Sosa v. Alvarez-Machain”, *docket* n° 03-339, *Opinion* 542 U.S. 692 (2004).
- Suprema Corte Americana, “Roper v. Simmons”, *docket* n° 03-633, *Opinion* 543 U.S. 551 (2005).
- Suprema Corte Americana, “Citizens United v. Federal Election Commission”, *docket* n° 08-205, *Opinion* 558 U.S. (2010).

- STF, RE 215984/RJ, Min. Rel. Carlos Velloso, j. 04.06.2002, DJ 28.06.2002.
- STF, Inq. 617/RR, Min. Celso de Mello, j. 24.06.2002, DJ 28.06.2002.
- STF, Pet nº 2.702 MC / RJ (“Caso O Globo x Garotinho”), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.09.2002, DJ 19.09.2003.
- STF, HC nº 82.424-2 (“Caso Ellwanger”), Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.
- STF, Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, redator para o Acórdão Min. Celso de Mello, j. 11.5.2005, DJ 11.11.2005.
- STF, Pet 3486/DF (Veja x Celso Marques Araújo), Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.05.2005, DJ 29.08.2005.
- STF, MC em MS nº 24.832-7 (“Caso Law Kin Chong”), Rel. Min. Cezar Peluso, j. 18.03.2004, DJ 18.08.2006.
- STF, ADI nº 3,741-2/ DF, Rel, Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2006, DJ 23.02.2007.
- STF, ADPF nº 130 (Lei da Imprensa), Rel. Min. Ayres Britto, j. 30.04.2009, DJe 26.02.2010 (republicação).
- STF, RE nº 511.961 (diploma de jornalismo), Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2009, DJe 12.11.2009.
- STF, ADPF 153/DF, Min. Rel. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJ 06.08.2010.
- STF, ADI nº 4.451 MC-REF / DF, Rel, Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010, DJe 30.06.2011.
- STF, ADPF nº 187 / DF (“Caso da marcha da maconha”), Rel. Min. Celso de Mello, j. 15.06.2011, DJe 28.05.2014.
- STF, ADI nº 4.274 / DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 23.11.2011, DJe. 30.04.2012.

- STF, ARE nº 722.744 (Abril x Roriz), Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.02.2014, DJe 12.03.2014.
- STF, RE nº 600.063, Rel. Min. Marco Aurélio, redator para o Acórdão Min. Roberto Barroso, j. 25.02.2015, DJ 15.05.2015.
- STF, ADI n 4815 / DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 10.06.2015, inteiro teor do Acórdão não publicado até 28.12.2015.
- STF, ADI nº 4650 / DF, Rel. Min. Luiz Fux, em trâmite.
- STJ, REsp nº 1.334.097, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.
- STJ, REsp nº 1.335.153 - RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013, DJe 10.09.2013.
- TJUE, “Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González”, C-131/12, j. 13.05.2014.