

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PAULO DE OLIVEIRA SEGUNDO**

**POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO EM FACE DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

NATAL/RN

2013
PAULO DE OLIVEIRA SEGUNDO

**POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO EM FACE DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito de aprovação da disciplina Monografia II do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Professor Ms. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior.

NATAL/RN

2013
PAULO DE OLIVEIRA SEGUNDO

**POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE
EXPRESSÃO EM FACE DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

DATA DA APROVAÇÃO: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Ms. José Armando Ponte Dias Junior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RESUMO

A presente monografia, a partir de um estudo bibliográfico sobre a matéria, e da experiência consolidada nos tribunais, visa investigar a natureza jurídica do direito à liberdade de expressão no ordenamento jurídico, incluindo as finalidades substantivas que o direito exerce no sistema constitucional. As finalidades substantivas configuram valores constitucionalmente protegidos que fundamentam o suporte fático e a restringibilidade desse direito. Conforme expõe a teoria de Robert Alexy, o direito de liberdade de expressão é um princípio, cuja força normativa só é definida, no caso concreto, após o sopesamento dos princípios antinômicos, de modo que prevaleça aquele que condensar mais valores constitucionalmente relevantes. Em seguida, o trabalho visa fundamentar a restringibilidade desse direito em face da Constituição, bem como discutir a possibilidade de controle judicial sobre a matéria e estabelecer, se possível, algumas balizas para a interpretação adequada. Nessas condições, as restrições devem seguir uma principiologia específica, balizada pelo princípio da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade e da proteção do núcleo essencial. Comparativamente com as outras liberdades fundamentais, a liberdade de expressão é uma das menos restringíveis, devendo se circunscrever no âmbito de circunstâncias fundamentadas, desde que observado um devido processo legislativo que compreenda um elenco apertado de requisitos formais e materiais. As restrições que o direito de liberdade de expressão garantidas expressamente pela Constituição são: a vedação ao anonimato e o direito de resposta. As restrições infraconstitucionais autorizadas pela Constituição ocorrem no caso de conflito com os direitos individuais de personalidade (honra, imagem e intimidade) ou, em situações excepcionais, com direitos transindividuais, relacionados à segurança nacional, à moral pública, os bons costumes e a proteção à criança e ao adolescente.

Palavras-Chave: *Direitos fundamentais. Restrição. Liberdade de Expressão.*

ABSTRACT

This monograph, based on a bibliographic study on the matter and on the consolidated experience in the courts, aims to investigate the legal nature of the right to freedom of expression in the legal system, including the substantive purposes that the right has in the constitutional system. The substantive purposes constitute constitutionally protected values that shows ways to evaluate the support factual and the process of restriction, that are associated to this right. As Robert Alexy exposes in his theory, the right to freedom of expression is a principle, whose normative force is only defined, in the specific case, after weight analysis of all the principles in contradiction, so the more relevant principle is one that concentrate more constitutionally relevant values. Then, the monograph aims to substantiate the way that the restriction of this right occurs regarding the Constitution, as well as discussing the possibility of judicial review on the subject and to establish, if it's possible, some guidance for the proper interpretation. Under these conditions, the restrictions must follow a specific princiology, that includes the principle of legality, equality, proportionality and the protection of the essential core. Compared with the other fundamental freedoms, freedom of expression is one of the least limited. Thus it should be confined under circumstances justified, since observed due process of law comprising a tight cast of formal and material requirements. The restrictions that the right to freedom of expression expressly guaranteed by the Constitution are: the seal of anonymity and the right to reply. Laws that are restrictions authorized by the Constitution occur in case of conflict with the rights of individual personality (honor, image and intimacy) or, in exceptional circumstances, with collective rights, related to national security, public morals, good customs and child and adolescents protection.

Key-Words: *.Fundamental Rights. Restriction. Right to Freedom of Expression*

INTRODUÇÃO	08
1. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	11
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	11
1.2. A IDEIA DE DIREITO FUNDAMENTAL E O ESTADO LIBERAL.....	17
1.3. O ESTADO SOCIAL, O TOTALITARISMO E A CONTEMPORANEIDADE.....	23
2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CARACTERÍSTICAS E LIMITES	28
2.1. DIREITO DE LIBERDADE GERAL.....	28
2.2. LIBERDADES FUNDAMENTAIS.....	38
2.3. CONTEÚDO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTI- TUIÇÃO DE 88.....	38
2.3.1. Características Gerais	38
2.3.2. Titular, Destinatários e Âmbito de Proteção	40
2.3.3. Finalidades Substantivas e Proteções Especiais	44
2.3.4. Caráter principiológico	50
3. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM GERAL	55
3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	55
3.2. TEORIA GERAL DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	59
3.2.1. Definição de Restrições aos Direitos Fundamentais.....	59
3.2.2. Dinâmica das Restrições aos Direitos Fundamentais.....	64
3.3. TEORIA ESPECÍFICA DA RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	67
3.3.1. Características Gerais das Restrições às Liberdades Fundamentais	70
3.3.2. Princípios Aplicáveis	73
3.3.2.1. Princípio da Legalidade.....	73
3.3.2.2. Princípio da Isonomia.....	76
3.3.2.3. Princípio da Proporcionalidade em sentido amplo.....	79
3.3.2.4. Princípio da Proteção do Núcleo Essencial.....	81

3.3.3. Aspectos Materiais.....	83
3.3.4. Aspectos Circunstanciais.....	89
4. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM ESPÉCIE.....	91
4.1. VEDAÇÃO AO ANONIMATO.....	91
4.2. DIREITO DE RESPOSTA.....	93
4.3. VEDAÇÃO DE MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS.....	97
4.4. CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS CRIMES CONTRA A HONRA.....	100
4.5. RESTRIÇÕES POR QUESTÕES DE MORAL PÚBLICA E BONS COSTU- MES.....	105
4.6. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	109
4.7. RESTRIÇÕES POR QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA NACIONAL.....	111
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão como direito fundamental é uma das mais valiosas conquistas da humanidade. O povo que tem tal direito concretizado encontra um estado ímpar de felicidade, uma vez que, ao longo de milênios, a maioria das civilizações foi obrigada a se submeter ao poder de uma elite dirigente, que impedia que a verdade inconveniente fosse revelada.

Sensível a essa luta histórica e inspirada nas Constituições das democracias ocidentais, a Constituição Federal, em seu art. 5º, incisos IV e IX, consagra a liberdade de expressão como direito fundamental. Garante também expressamente que “*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*”, nos termos do art. 220, *caput*. A importância de garantir tal direito em Constituição tem uma causa evidente no processo histórico: a necessidade de proteger os indivíduos das ambições dos governantes ditadores em controlar a opinião dos governados.

Desde a garantia desse direito nas Constituições liberais europeias e norte-americana, tal liberdade não implicava em ausência de responsabilidade e não-sujeição às sanções quanto ao conteúdo da ideia expressa. A tradição criminalista, inspirada nos institutos do Direito Romano, impunha as sanções no caso de injúria, calúnia e difamação. Por outro lado, a experiência civilista contemporânea por considerar a honra e a imagem como bens que integram o patrimônio jurídico do ofendido, tornou possíveis as indenizações por dano a esses atributos.

Não obstante a configuração da responsabilidade, a liberdade de expressão historicamente nunca foi um valor jurídico absoluto, a ponto de ser insusceptível de restrições de ordem legal ou diretamente constitucional. O grande desafio para o jurista é estabelecer as esferas razoáveis para que a restrição do exercício dessa liberdade seja: no plano jurídico-positivo, harmônico com outros dispositivos normativos expressos, no plano axiológico, capaz de proteger, com o máximo de efetividade, os interesses constitucionais instituídos; e no plano social, seja capaz de garantir a paz social e harmonizar com os valores morais de referência.

O art. 220 da Carta Magna veda expressamente qualquer restrição à liberdade de expressão, desde que observado o disposto na Constituição. O direito de resposta e a

proibição do anonimato, em clara antinomia àquele dispositivo, é a mais notável limitação constitucional imposta pela ordem constitucional, uma vez que se trata de uma regra de eficácia imediata e cuja interpretação não exige grandes esforços hermenêuticos, além da interpretação literal, balizada por dispositivos infraconstitucionais.

Tal instituto era regulamentado pela antiga Lei de Imprensa nº: 5.250/67. Contudo, a lei vigorou até 30 de abril de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº: 130/09, decidiu pela sua não-recepção pelo ordenamento constitucional vigente. Assim, a matéria permanece, até então, com um vácuo legislativo; o que abre as portas para uma indesejável discricionariedade para o Poder Judiciário, que abala a segurança das relações jurídicas.

Ademais, em sintonia com a doutrina civilista e criminalista, a Carta Magna garantiu em seu artigo 5º, inciso X, a regra de 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”*, ao passo em que garantiu, no inciso V do mesmo artigo, *“o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”* Tais direitos são considerados: direitos de personalidade, pela doutrina civilista; direitos fundamentais individuais, pela doutrina constitucional.

Não obstante as restrições em face do conflito, mais complexo que o primeiro, entre direitos individuais, a Constituição, a doutrina e a jurisprudência reconhecem também conflitos entre o direito de liberdade de expressão e os direitos transindividuais que integram o patrimônio jurídico de outros indivíduos ou de coletividades juridicamente criadas, em que são daqueles titulares: a sociedade e o Estado em si. Assim, são autorizadas pela Constituição as restrições quando questões relativas à moral pública e aos bons costumes, à proteção da juventude e à tolerância religiosa, e na salvaguarda dos elementos essenciais da ordem constitucional.

Os direitos acima elencados e os direitos de personalidade não constituem limitação expressa à liberdade de expressão, mas guardam em seu bojo interesses constitucionais que (adequada ou inadequadamente) servem como fundamento judicial para a sua restrição no caso concreto, ainda que não haja uma regulamentação clara dessa matéria.

Nesse sentido, o presente trabalho, a partir de um estudo bibliográfico sobre a matéria e da experiência consolidada nos tribunais, visa investigar a natureza jurídica do direito à liberdade de expressão, e dos outros direitos fundamentais correlatos e conflitantes.

Em seguida, objetiva investigar os princípios que devem nortear um novo documento normativo, caso ele seja necessário, que regulamente as restrições constitucionais em questão. Objetiva, ainda, investigar a natureza jurídica desse documento que melhor se condigna, como, por exemplo, leis em sentido estrito, regulamentos de agências reguladoras, acordos coletivos ou pareceres de conselhos corporativos.

O trabalho, ainda, visa discutir a possibilidade de controle judicial sobre a matéria e estabelecer, se possível, algumas balizas para a interpretação adequada, a partir da análise do sopesamento de direitos fundamentais em colisão, mais precisamente do direito individual da liberdade de expressão e os direitos individuais à honra, à imagem e à intimidade.

Tais balizas partem da premissa de que experiência jurisprudencial e legislativa inspiram princípios autônomos que servem de suporte para a decisão hermenêutica judicial, ainda que não se pode falar em regras rígidas para tais fins, sob pena de desnaturar ou “engessar” indesejavelmente a atividade judicial.

A metodologia a ser utilizada na presente monografia será predominantemente a pesquisa bibliográfica de artigos científicos, livros especializados, compêndios de jurisprudências e periódicos, visto que se pretende investigar, a partir das especulações doutrinárias e dos conceitos construídos na jurisprudência, a natureza jurídica do direito à liberdade de expressão, como ponto de partida para desvendar as situações fáticas que ensejam a sua restrição, em face do ordenamento constitucional vigente.

No que concerne ao método de abordagem científico para o problema, com vistas a propor soluções aos problemas expostos, serão utilizados o método dialético, visto que os posicionamentos doutrinários conflitantes serão avaliados criticamente com o intuito de construir uma síntese compreensiva. Será, ainda, utilizado o método dedutivo, uma vez que o presente estudo visa comprovar a veracidade das hipóteses formuladas. O método indutivo será eventualmente utilizado, na hipótese da jurisprudência pesquisada ensejar a elaboração de novas premissas gerais.

Por fim, para a elaboração do trabalho monográfico, serão adotadas as orientações estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), nos

termos convencionados pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), observando as prescrições do Projeto de Política Pedagógica do Curso de Direito.

1. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Não obstante a natureza jurídica da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, tal instituto tem uma dimensão metapositiva que precisa ser, preliminarmente, esclarecida. Isso decorre do fato de que, antes de se consolidar a partir da Idade Moderna como um direito fundamental nas Constituições ocidentais nacionais, a liberdade de expressão é um instituto que remonta a valores existentes desde as civilizações antigas.

As primeiras histórias de indivíduos e grupos que, embora não defendiam claramente a liberdade de expressão, mas precisavam vigorosamente dela para divulgar novas ideias, remontam ao Mediterrâneo¹. A realidade comunicativa dessa época era primitiva para entender a liberdade de expressão como um valor metajurídico autônomo, ainda mais para entendê-la como um direito fundamental².

Na civilização grega, os mais célebres deles foram os sofistas e os primeiros filósofos gregos, que debatiam abertamente suas teorias nos espaços públicos. Na civilização hebraica, destacam-se os profetas do Antigo Testamento, que denunciavam os desvios pecaminosos da conduta dos reis.

A causa da morte de Sócrates é simbólica para entender a importância da liberdade da expressão³. Na maiêutica socrática, a autonomia da consciência individual

¹Conforme se infere palavras de Jónatas Machado, destacam-se as civilizações grega e hebraica antigas os primeiros locais do Mediterrâneo com registros de indivíduos que esboçariam uma defesa da liberdade de expressão. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 01-236.

²Cumprido destacar que o próprio conceito de *valor* surgiu com mais ênfase na contemporaneidade. Não que nos primórdios da História da Filosofia não surgissem as ideias do *belo*, do *verdadeiro* e do *justo*. Mas tais ideais eram tidos como *integrantes da estrutura ontológica da natureza*. O reconhecimento das diversas perspectivas culturais, conflitantes e paradoxais entre si, inspirou a reconhecer que tais ideais são um *vetor axiológico*, cujas direções e intensidades são regidas pela cultura-matriz. Cf. REALE, Miguel. *Conferência proferida, no Rio de Janeiro, a 9 de julho de 1991, na instalação da VI Semana Internacional de Filosofia, promovida pela Sociedade Brasileira de Filósofos Católicos, que assim prestou homenagem ao autor no ensejo de seu octogésimo aniversário*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a08.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013

³Cf. PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Minas Gerais: Virtual Books Online M&M Editores, 2000. p. 03-32. A descrição lendária realizada por Platão retrata Sócrates como um personagem que, acusado de corromper a juventude e incentivar a crença em novos deuses, foi morto pela defesa intransigente da verdade, em contraponto a seus acusadores, que não teriam compromisso com ela, mas apenas com a persuasão, com vistas a atender às suas conveniências. O trecho a seguir, da referida obra, faz de Sócrates um dos primeiros homens a insinuar a sua importância da liberdade de expressão, embora não seja um apologista direto dela: “(...) *Cai por falta, não de raciocínios, mas de audácia e imprudência, e não por querer dizer-vos coisas tais que vos teriam sido gratíssimas de ouvir, choramingando, lamentando e fazendo e dizendo muitas outras coisas indignas, as quais, é certo, estais habituados a ouvir de outros.* §

era o ponto de partida para o exercício da crítica racional, com vistas a especular sobre a verdade das coisas, mesmo que em franca dissidência à cosmovisão dominante.

Para esses dissidentes, a liberdade de expressão era um valor de suma importância, ainda que intraduzível em termos jurídicos. Além disso, tal dissidência orientava a importância de defender a liberdade de expressão como resistência ao autoritarismo da opinião coletiva.

Não obstante a resistência desses grupos, as comunidades dessa época se organizavam sob *“uma unidade-político espiritual onde o respeito pela consciência intelectual não tinha lugar, as quais acabaram por justificar a adoção de prática censórias e, mais tarde, o recurso aos autos de fé.”*⁴

Assim, a censura de opiniões inconvenientes, à primeira vista, poderia parecer que tem serventia apenas para atender às conveniências de uma elite que comandava o aparato estatal, que temia dividir as regalias oficiais com outros grupos. No entanto, a crença de que essas opiniões poderiam comprometer a integridade de toda a comunidade, provocando a corrupção moral da sociedade, era abertamente compartilhada pelos seus membros em geral e não só pelos burocratas oficiais.

Com o advento do Cristianismo e sua consolidação como religião oficial na Europa, tal fenômeno foi evidente. Desde as primeiras pregações de Jesus Cristo na Terra, a doutrina cristã rapidamente adquiriu prestígio. A crença na presença de um Deus onipotente, onisciente, onipresente, sumamente bom e que corresponde à primeira causa do universo exerceu forte carisma, fazendo milhões de devotos abandonarem as antigas crenças nos deuses pagãos e nos “Césares” romanos. De modo análogo, a crença na história da humanidade como a luta pela salvação do pecado e do mal que difundiu no mundo rapidamente inspirou um novo código ético nesses devotos.

Tal pensamento tornou-se mais marcante durante a Idade Média na Europa, com o crescimento da Igreja Católica. A existência de uma verdade revelada nos textos bíblicos, interpretada pela autoridade eclesiástica, tornou-se um dogma de fé, que rapidamente moldou o comportamento social à época.

Mas, nem mesmo agora, na hora deste grande perigo, eu faria nada de inconveniente, nem mesmo agora me arrependo de me ter defendido como o fiz; antes prefiro mesmo morrer, tendo-me defendido deste modo, a viver daquele outro. (...)

⁴ POOL, Ithiel de Sola. *Technologies of Freedom, On Free Speech in a Electronic Age*. Cambridge: Mass, 1983 apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 18.

A doutrina cristã passou a configurar a explicação suprema da realidade. O seguimento dos seus preceitos passou a configurar a inquestionável virtude. Portanto, em nome do ideal cristão, a censura, a destruição de livros e a tortura tornaram-se práticas moral e juridicamente justificáveis, uma vez que visavam combater a “mancha do pecado no mundo.” O exercício da liberdade de expressão só seria possível se circunscrito no âmbito da verdade teológica.

Dessa forma, até o final da Idade Média, a luta pela liberdade de expressão se confundia com luta pela liberdade religiosa. Segundo Jónatas Machado⁵, três momentos foram decisivos para a *abertura do sistema social*^{6,7} moldado pelo imaginário católico-cristão, que contribuíram para dar o contorno jurídico das liberdades fundamentais, incluindo o direito de liberdade de expressão.

O primeiro deles corresponde à abertura do sistema religioso impulsionada pela Reforma Protestante. A Reforma Protestante rompeu com a unidade religiosa, na medida em que questionava a autoridade papal e defendia a livre interpretação do texto religioso. Mitigou a crença da verdade objetiva traduzida pela Igreja Católica, para fortalecer a crença da verdade como objetivo a ser alcançado pela interpretação teológica.

No contexto da Reforma Protestante e dos conflitos entre as facções cristãs, John Milton, através de sua obra *Areopagítica*, de 1644⁸, discursou uma das primeiras apologias à liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que defendia uma radical separação entre o Estado e a Igreja. Segundo Milton, a liberdade de expressão, longe de ser um valor em si, reveste de uma *função instrumental*, a partir da qual a verdade deixaria de ser um valor materializado no discurso de alguma autoridade, para ser um

⁵ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. P. 01-236

⁶ A ideia de sistema social é tributária de Niklas Luhmann, conforme o próprio Jónatas Machado enfatiza. O sistema social não consiste na mera soma dos indivíduos que o compõe, mas o conjunto de interações comunicativas entre eles, cujos caracteres, definidos a partir da especulação teórica, conferem identidade e diferenciação entre si, mas, ao mesmo tempo, auto-organização e auto-manutenção. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. P. 01-236

⁷ A ideia de um sistema social fechado implica na redução das esferas da vida social (Política, Direito, Economia, Filosofia, Ciência e Arte) a uma única doutrina, normalmente de caráter religioso, que garante o fundamento aos demais. Assim, a abertura do sistema social corresponde, num primeiro momento, à maior independência entre as esferas. Em seguida, corresponde ao desimpedimento dos canais de comunicação, o que só é possível a partir da adoção das liberdades comunicativas como um valor juridicamente tutelado.

⁸Cf. MILTON, John. *Areopagítica: A Speech For The Liberty Of Unlicensed Printing To The Parliament Of England*. Project Gutenberg EBook: 2006. p. 02-36.

ideal a ser alcançado pela humanidade, que se revelaria aos poucos pela livre discussão entre as ideias.

O argumento da *procura da verdade* exerce um forte suporte teórico para justificar a defesa da liberdade de expressão. Contudo, tal argumento perde força quando se verifica que inúmeras manifestações comunicativas humanas não consistem num exercício intelectual com vistas a desvendar a verdade das coisas, dentre as quais se destacam os juízos de valores, as manifestações estéticas e as emoções não intelectualizadas. Tais manifestações evidenciam que a defesa da liberdade de expressão teria outras *finalidades instrumentais*.

O segundo momento de abertura do sistema social corresponde à abertura do sistema científico. A antiga concepção cosmológica baseava no modelo geocêntrico de Aristóteles e Ptolomeu, em que os astros gravitavam ao redor da Terra. A ideia de que a Terra era o centro do universo e de que a *Igreja católica era o centro da Terra* inspirava a concepção fatalista de que a ordenação católica é decorrente da estrutura ontológica da realidade.

A nova concepção cosmológica, inspirada nos trabalhos de Copérnico, Kepler, Galileu e Bruno, com fulcro na observação empírica, organizada pelas categorias da razão, foi determinante para construir um sistema epistemológico independente do sistema religioso, através de novas categorias de conhecimento como: construção de hipóteses, regras de inferências, evidências e argumentação racional.

Nesse novo contexto científico, destacam-se dois pensadores: John Stuart Mill e Karl Popper. O primeiro, através da obra, *On Liberty*, de caráter mais secularizado que a obra de Milton, parte da premissa de que não existe um critério para aferir a infalibilidade das doutrinas humanas para defender que o diálogo livre entre as ideias é o requisito para poder se verificar o teor de veracidade de cada uma delas, denunciando o perigo de uma *autoridade una dos instruídos*. O segundo, através das obras *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos* e *A lógica da pesquisa científica* reconhece a existência de *verdades provisórias* como proposições ainda não-refutadas e denuncia o perigo de estabelecer uma verdade absoluta eternamente *a priori*, impassível de revogação.

A obra de Popper coroa premissas que a experiência das democracias revelaria com mais clareza: a garantia da liberdade de expressão como um direito era uma das condições para que haja uma sociedade aberta em que o debate político e os

mecanismos de comunicação são o meio para refutar as soluções de governo politicamente indesejadas.

Por fim, o terceiro corresponde à abertura do sistema econômico. A transição do regime feudal, em que as relações econômicas eram dirigidas por uma classe aristocrática, para um regime onde impera a *livre iniciativa*, protegida pelos direitos de propriedade e de contrato, foi decisivo para desenvolver o *mercado de bens e serviços*, que posteriormente abrangeria o *mercado de ideias*, em virtude do desenvolvimento tecnológico dos transportes, da energia e na gestão de informação. Tal fato propulsionava a ideia de que a sociedade seria mais próspera e de que concorrência publicista era a melhor alternativa para o fluxo monopolístico da informação⁹.

As diferentes aberturas do sistema social foram decisivas para o desenvolvimento na imprensa na Europa, no século XV. Ainda que as primeiras formas de imprensa tenham origem na China, há séculos atrás, ela se desenvolveu na Europa, graças à força das novas ideias liberalizantes e do desenvolvimento tecnológico, provocado pela abertura de mercados, que facilitou a produção de material impresso, facilmente divulgável¹⁰.

Os primórdios da imprensa caracterizavam pela natureza panfletária das ideologias políticas e do discurso religioso. A imprensa periódica surgiu no século XVI, com o nascimento dos primeiros jornais¹¹. Tal processo contribuiu para uma democratização da cultura para as grandes massas menos cultas e favoreceu o fenômeno da *ascensão social*.

Ao aprofundar seu desenvolvimento, a Imprensa contribuiu para o desenvolvimento de uma *opinião pública* (conjunto de visões de mundo dominantes na população, hábeis a controlar as condutas sociais e estabelecer diretrizes para as sociedades), da *esfera de discussão pública* (espaços onde se verifica a divulgação de, como bares, praças, salões literários, academias de intelectuais e artistas...), que culminaria num *sistema social de comunicação*.

⁹ Cf. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas*. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 01-200.

¹⁰ A invenção de tipos móveis suficientemente resistentes para uma impressão em série foi realizada por Johann Gutenberg, em 1450. O primeiro livro a ser impresso em série para a população foi a Bíblia em 1456. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 48.

¹¹ Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 50

Paralelamente com o desenvolvimento da Imprensa e da abertura dos sistemas sociais, é imperioso contextualizar as mudanças normativas que gradativamente implicaria numa defesa do direito de *liberdade de expressão*, nos moldes da concepção liberal. A livre circulação de ideias esbarrava com frequência em um engenhoso conjunto de normas restritivas que embaraçavam o exercício desse direito, através da imposição da *censura* e dos *crimes de opinião*.

Conforme já ressaltado, a censura era prática justificável para manter a obrigatoriedade da cosmovisão cristã, durante o regime feudal na Idade Média. Com a consolidação das Monarquias Absolutas Nacionais na Idade Moderna, o instituto da censura ganha novos contornos.

A atividade censória se materializava na exigência de *autorização prévia* para o exercício da atividade de imprensa por órgãos censores, no *impedimento do veículo* de determinadas ideias, recolhendo materiais específicos do mercado, ou no *embaraço* ao exercício por meio de taxações especiais. A censura era, portanto, um claro instrumento de controle social, orientado pelos interesses dos editores.

De forma complementar, a ofensa aos valores protegidos pelos órgãos censores poderia ainda descambar nos crimes de opinião, que poderia ensejar a destruição dos livros inconvenientes, a prisão ou mesmo a pena de morte. São crimes de opinião típicos da Idade Média os delitos de blasfêmia, heresia e apostasia, que frequentemente davam margens às manobras discricionárias dos Tribunais de Inquisição.

O fato de que qualquer embaraço à divulgação de ideias constitui censura é um ponto polêmico. Em que pese tal controvérsia, a experiência histórica aponta duas hipóteses que basicamente serviram como fundamento das primeiras atividades censórias: a veiculação das ideias que ofendem a *moral pública* e os *bons costumes* e a das que ofendem os interesses específicos das autoridades estatais¹².

Conforme se infere da obra de Jónatas Machado¹³, as causas para o declínio das atividades censórias e dos crimes expressivos são: impossibilidade de conter a proliferação das publicações, que cresciam em ritmo exponencial; a participação do Clero e da Nobreza na organização estatal, que dificulta a orientação de uma censura

¹²A ideia de que é juridicamente justificável o embaraço a ideias que ofendem determinados cidadãos isolados ganhou a importância com a consolidação da honra e a intimidade como bens jurídicos imateriais, ao longo do século XX, nas democracias ocidentais. São controversas as hipóteses em que tal embaraço poderia constituir censura, conforme se verá na presente monografia.

¹³MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 01-236.

monoliticamente articulada; a efervescência de novas forças sociais que reagem contra os censores.

1.2. A IDEIA DE DIREITO FUNDAMENTAL E O ESTADO LIBERAL

A ideia de direito fundamental ganhou contornos com o aprofundamento do confronto entre o *jusnaturalismo* e o *convencionalismo jurídico*¹⁴, incluindo neste o positivismo jurídico, que durou milênios na História do Pensamento Jurídico. O confronto acompanha o surgimento da lei escrita, na civilização grega antiga. Não obstante a importância da lei para conter a desordem e as paixões viciosas do homem, eram evidentes duas ordens antitéticas: as leis escritas, promulgadas pela civilização grega antiga, e as leis não-escritas, vinculadas à ordem cósmica.

O reconhecimento da existência dessas leis não-escritas e a crença de que elas têm força normativa inaugura o *jusnaturalismo cosmológico* antigo. A sofisticação dessa ordem jurídica cósmica para uma ordem instaurada pela potência divina é a tese fundamental do *jusnaturalismo teológico* medieval. O *jusnaturalismo*, nesses termos, inspirou o vetor axiológico que deveria nortear os ordenamentos jurídicos positivados¹⁵.

O *jusnaturalismo moderno* teria forte influência na construção teórica das garantias liberais, num contexto em que, paralelamente, concepções positivistas na Ciência Jurídica vinham ganhando adeptos nos espaços públicos. Cumpre destacar que o *jusnaturalismo* não consistiu num bloco teórico monolítico. No entanto, há caracteres em comum entre as suas várias correntes que podem ser evidenciadas, em virtude da sua importância e influência na História.

Na modernidade, as cosmovisões, a partir das quais a natureza ou a divindade por si só correspondem a um ordenamento jurídico, progressivamente enfraquecem para dar lugar às visões *antropológicas* do Direito.

Essas visões conferem uma ruptura do paradigma epistemológico antigo-medieval, na medida em que conferem maior *racionalização* ao direito. Não que o exercício da crítica racional não estivesse presente nas concepções jusfilosóficas antigas

¹⁴A tensão entre essas duas cosmovisões quanto à estrutura do ordenamento jurídico é tão antiga quanto o nascimento da Filosofia na Grécia Antiga, conforme Goyard-Fabre demonstra. O *positivismo* é, nesse contexto, uma espécie do gênero *convencionalismo jurídico*, em que a diferença específica corresponde ao *convencionalismo dos dispositivos legais estatais*. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. P. 05-70.

¹⁵Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. P. 05-70.

e medievais, porém, na modernidade, a *razão* ganha primazia como *fonte de conhecimento*, através da elucidação das categorias de pensamentos hábeis a sistematizar a experiência consolidada e inferir os *axiomas* de um sistema jurídico¹⁶.

A evidência mais marcante da ruptura epistemológica moderna é a tendência progressiva a rejeitar um *sistema metafísico* como componente do Direito para adotar as influências do *humanismo*, fortalecendo a tese de que a *natureza humana em si* justifica uma ordem jurídica adequada, premissa nuclear do *jusnaturalismo moderno*.

O surgimento de tal tese está embrionicamente ligada com o fortalecimento do *individualismo* nas construções teóricas sobre a natureza do poder e do Direito, mais destacadamente nos trabalhos de Maquiavel, Grocio, Hobbes, Rousseau, Locke e Montesquieu. O *individualismo*, em face de sua polissemia e das constantes acepções em mudança ao sabor das discussões políticas, corresponde a uma doutrina de difícil precisão em si.

Em que pesem as múltiplas concepções sobre o papel da liberdade e da autoridade no sistema político-jurídico desses doutrinadores, todos tinham em comum o fato de que o *indivíduo* deveria ser visto pelo como detentor de um conjunto de características, independentemente do seu papel na sociedade que o abrange. Nesse caso, portanto deveria ser visto com um *sujeito* de direitos. Em outras palavras, o *jusnaturalismo moderno* enfatiza o conceito de *direito natural subjetivo* em contraponto ao conceito de *direito natural objetivo*, enfatizado pelo *jusnaturalismo antigo e medieval*.

Goyard-Fabre enfatiza a conotação imprecisa do termo, em face de poder fazer contraponto a diversas correntes de pensamento tais como: *universalismo, totalismo, altruísmo, holismo, tradicionalismo, socialismo e societalismo*.¹⁷ Assim, infere-se que a adoção de uma tese antitética como contraste é o melhor método de investigar o significado do termo *individualismo* enquanto corrente de pensamento, em determinado contexto histórico.

As discussões de tais doutrinas têm como plano histórico de fundo as três aberturas do sistema social, mencionadas anteriormente, conforme se extrai das lições de Jónatas Machado¹⁸. Elas culminariam na maior relevância que a concepção liberal

¹⁶Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed São Paulo, Saraiva, 2002. p. 87-115; Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 05-70.

¹⁷Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 05-70.

¹⁸ A presente monografia enfatizou os seguintes direitos como nucleares do Estado Liberal. Sobre as características do Estado liberal. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São

teria nos espaços intelectuais como estruturante do novo sistema político resultante. Tal concepção definiria os contornos do *individualismo jurídico*, estabelecendo a primazia dos *direitos individuais*.

A queda dos regimes teocratas e absolutistas daria lugar a um regime democrático, que concederia, em tese, a novos grupos a possibilidade de comandar o aparato estatal. Tal ambiente era propício para que imaginasse que autoritarismo comunitarista daria lugar a um regime onde a liberdade individual era ao mesmo tempo um estado de natureza e um valor jurídico fundamental.

O liberalismo, enquanto doutrina, partia da premissa de que o indivíduo teria uma consciência razoavelmente autônoma e teria direito a autodeterminação. Essa doutrina contribuiu para estabelecer a autonomia entre os sistemas político e jurídico, que vinha historicamente se consolidando. Isso implica no nascimento do Direito como uma ordem com o objetivo de limitar as ambições dos detentores do poder político, conferindo aos indivíduos um conjunto de garantias.

À luz da cosmovisão moderna, o homem, em virtude de um *valor fundamental* que lhe é imanente, teria um conjunto de direitos que transcenderia o espaço geográfico e o tempo histórico, denominados de *direitos humanos*, e que tal rol deveria ser positivado para ceder um conjunto de garantias individuais concretas contra o arbítrio da autoridade estatal.

O modelo do Estado liberal, desde então, no plano jurídico, seria concebido à luz de dois princípios (o princípio da *legalidade* e do *devido processo legal*) como instrumentais para atender a quatro mandamentos que conferem a substância *mínima* do Estado: o *direito à vida*, a *igualdade perante a lei*, o *direito de propriedade* e o direito a uma *liberdade geral do indivíduo* e a *um conjunto de liberdades específicas*, incluindo a *liberdade de expressão*¹⁹.

O poder político seria limitado a partir do reconhecimento sob a influência do princípio da distribuição do poder. Conforme Montesquieu reconhece, Aristóteles, através de sua obra *Política*, foi o primeiro a reconhecer que são três as funções estatais: a *executiva*, a *legislativa* e a *judiciária*. Montesquieu, através da obra *Do Espírito das Leis*, foi o primeiro quem teorizou que a separação dessas três funções em órgãos

Paulo: Malheiros, 2007. p.225-254, 560-564 e MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61-74.

¹⁹ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. P. 01-236

distintos é fundamental para conter o abuso de poder, uma vez que eles gozariam de menor liberdade de atuação e haveria maior fiscalização recíproca, diminuindo a corrupção dos princípios do Estado²⁰.

Cumprir destacar que o modelo teórico liberal nunca existiu de forma plena na prática. O mandamento da *igualdade perante a lei* não teve a força normativa para coibir todos os abusos dos dirigentes estatais e burocratas oficiais. O direito à *liberdade* frequentemente era flexibilizado por normas de caráter mais comunitário ou socializante.

Mesmo assim, cumpre destacar as principais experiências históricas que tiveram a ideologia democrática-liberal como discurso de legitimação para a primeira onda dos movimentos constitucionais. Nesse contexto, a *liberdade de expressão* teve um papel fundamental na constitucionalização dos *direitos fundamentais*, na medida em que melhor concretiza a afirmação da liberdade de autodeterminação do indivíduo.

A primeira experiência da positivação da liberdade de expressão em documento constitucional se encontra nos Estados Unidos. Os colonos norte-americanos consistiam em sua maioria de perseguidos religiosos na Europa, durante as tensões entre a Reforma Protestante e a Contra-Reforma Católica. Tal fato inspirou na população um forte sentimento de tolerância religiosa e de defesa da liberdade religiosa como elemento de integração na nova região.

A razoavelmente fraca política de intervenção econômica realizada pela metrópole inglesa, em virtude dos poucos atrativos que uma região de clima similar poderia oferecer, ajudou a consolidar uma tradição de *self-government*²¹, com independência para as colônias governar e legislar, desde que em sintonia com as diretrizes legislativas inglesas.

Nesse sentido, a crise da representatividade se agravou quando a metrópole passou a elevar tributos, sem qualquer contrapartida em serviços ou representatividade à colônia. Esse incidente culminou no fim do pacto colonial e na promulgação da Constituição norte-americana em 1786, como a primeira Constituição mundial, com viés liberal.

Dessas considerações, infere-se que os princípios da autonomia individual e liberdade religiosa e de expressão vinham ganhando tamanha importância entre os

²⁰Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Martin Claret: São Paulo, 2009. p. 163-195.

²¹Tal tradição normalmente é associada a maior resistência a governos centralizadores, em detrimento do fortalecimento dos entes federados e da regionalização. Cumpre destacar que, na época, os federalistas e anti-federalistas consistiam em duas ideologias que dividiam o eleitorado norte-americano.

colonos que rapidamente as liberdades fundamentais se positivavam nas Constituições Estaduais. A mais significativa é a Constituição da Virgínia, que enumerava as liberdades fundamentais específicas, em vez de garantir pura e simplesmente um direito geral de liberdade.

Do mesmo modo, a liberdade de expressão como direito fundamental vinha ganhando mais força. Não obstante a importância de tal direito no combate à censura realizada pelos ingleses, no início tinha contornos jurídicos mais modestos, significando apenas “*ausência de censura prévia*”²², não protegendo a crítica que possa manchar a reputação dos governantes.

O alargamento da liberdade de expressão e da imprensa, em face da Constituição, foi decisiva após a promulgação das primeiras emendas à Constituição Norte-Americana, propostas por Thomas Jefferson e James Madison, nos seguintes termos²³:

O congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.

A segunda Constituição liberal promulgada nasceu na França após o advento da Revolução Francesa. Comparando com a experiência constitucional norte-americana, duas diferenças se destacam. A primeira delas concerne quanto à interpretação do processo histórico que orienta o espírito do constituinte. O caráter do constituinte norte-americano é fortemente *conservador*, com vistas a garantir um conjunto de direitos com fulcro nas tradições locais, e inspirado por ideais *religiosos*. No entanto, o caráter do constituinte da Revolução Francesa é nitidamente *revolucionário*, com forte sede de romper com o *status quo* (a sociedade estamental e absolutismo monárquico, bem como eventuais relações feudais e o regime de servidão, ainda remanescente em meios rurais), com um ímpeto de construção de uma nova sociedade, e inspirado por uma tendência *laicizante* e, mais adiante, *anti-clerical*.

Os ideais iluministas dos revolucionários e a Declaração de Independência dos Estados Unidos inspiravam o novo texto político, com a garantia das liberdades

²²BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*. London: 1759-69, New York: 1836 apud. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 63.

²³ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). *A Constituição dos Estados Unidos da América*.

fundamentais, através da Constituição de 1791, a primeira escrita na França, nos moldes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa, que deflagrou a Revolução Francesa. A liberdade de expressão e de imprensa é garantida nos seguintes termos²⁴:

A constituição garante como direitos civis e naturais:

(...)

Liberdade de cada indivíduo para falar, escrever, imprimir e publicar suas ideias sem ter de submeter seus escritos a qualquer censura ou inspeção antes da publicação, e para seguir o culto religioso, ao qual adere.

No entanto, a marcha do processo revolucionário conteve a orientação liberalizante da primeira Constituição. A Revolução Jacobina de 1792 e o regime do terror instaurado logo instaurou um novo regime de controle de imprensa, mais intervencionista do que verificado durante o período monárquico, em que a exigência de autorização prévia reduziu progressivamente o número de jornais existentes.²⁵ A ascensão de Robespierre ao poder foi o ponto de partida para que se sujeitasse à pena de morte todo aquele que publicasse qualquer opinião desfavorável ao Novo Regime e ao próprio governante. Tal regime subsistiu ainda na era napoleônica.

Tal incidente evidencia a segunda diferença entre o constitucionalismo norte-americano: enquanto nos Estados Unidos a positivação do direito fundamental à liberdade de expressão consistia uma progressiva garantia na sua concretização, na França tal direito dificilmente chegou a ter eficácia por causa do movimento revolucionário²⁶.

A eficácia da liberdade de expressão só vinha gradativamente ganhando força na França com a ascensão de Luís XVIII ao poder, que era moderadamente simpático às

²⁴FRANÇA. Constituição (1791). *Constituição Francesa de 1791*.

²⁵AUBY, Jean Marie. DUCOS-ADER, Robert.. *Droit de L'information*. 2 ed. 1982 apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 70

²⁶A Constituição Escrita só passa a ter força normativa quando ela estiver conjugada com os fatores reais de poder. Em caso contrário, ela não passaria de “simples papel”. Para Lassale, esses próprios fatores correspondem a Constituição material, esclarecendo, assim, uma concepção sociológica da Constituição. A ideia de que a Constituição passa a ser um documento normativo propriamente dito ganhou força com a teoria de Konrad Hesse. Segundo a Hesse, a Constituição escrita tinha a função de harmonizar os fatores reais de poder que constituem o espírito constitucional, não só para conformá-los, mas também para limitá-los. Cf. LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* São Paulo: Kairós, 1985 e HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1999.

virtudes dos direitos fundamentais, ainda que não fosse favorável a um largo suporte fático de incidência do direito à liberdade de expressão e de imprensa. A partir de então, a eficácia das liberdades condicionais era condicionada à regulamentação posterior por lei. A maior liberalização da imprensa só teria força com a Lei de Imprensa em 1868.²⁷

O ideário liberal teve resistência para florescer nos solos germânicos, uma vez que o tradicionalismo nacionalista dos príncipes, em que a intolerância religiosa e a censura da Imprensa eram opiniões claras da realeza, resistia contra a difusão dos novos ideais iluministas. A Revolução de Março de 48, oriunda de setores das classes burguesas e médias, fomentada pelo poder da imprensa em ascensão, eclodiu para estabelecer uma Alemanha unificada, com base no constitucionalismo liberal em contraste ao regime absolutista vigente.

Do processo revolucionário, emergiu a Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de *Paulskirche*, em março de 1849, que consagrava a liberdade de expressão e de imprensa no art. 143º e a vedação da censura e outras medidas restritivas. Cumpre destacar que tais direitos ainda não tinham a devida efetividade, chegando a liberdade de expressão e de imprensa terem maior relevo apenas no final do Século XIX.

1.3. O ESTADO SOCIAL, O TOTALITARISMO E A CONTEMPORANEIDADE

Com o desenvolvimento da Revolução Industrial na Inglaterra e o derramamento de seus frutos na Europa, o modelo liberal vinha gradativamente sendo questionado. A presença de miseráveis às margens do desenvolvimento do capitalismo, as disparidades de rendas e as longas jornadas de trabalho nas indústrias vinham aos poucos chamando maiores atenções da sociedade à época, graças à contribuição da imprensa e da expansão dos partidos socialistas e social-democratas.

No final do século XIX e início do século XX, os debates públicos pediam um Estado não só garantidor de direitos individuais, mas também um Estado que garanta um *sistema de proteção social*, denominado *Estado Social*²⁸. A presença de ex-combatentes inválidos após a Segunda Guerra Mundial, o colapso da Bolsa de Nova

²⁷MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 71-73.

²⁸Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 361-392.

Iorque em 1929, a reconstrução das economias europeias após as guerras mundiais e as propostas intervencionistas de John Maynard Keynes forneceram um ambiente propício para a difusão desse modelo de Estado e do surgimento de direitos sociais, econômicos e culturais.²⁹

Nos moldes do *Estado Social*, o direito de propriedade e da autonomia contratual sofreria limitações em favor do *bem-estar social*. Tais limitações desvalorizava substancialmente a autonomia individual enquanto valor jurídico, o que tornaria evidente o problema de que a liberdade de expressão poderia ser o próximo direito a ter um suporte fático reduzido, em face da ordem social hipotética a ser alcançado pelo novo modelo de Estado.

Enquanto no Estado liberal, os direitos fundamentais consistem em *direitos-liberdades*, o Estado Social reconhece em seu rol, não só esses direitos, mas acrescentam-lhe os *direitos-créditos*, que correspondem a uma dívida que o Estado tem com cada indivíduo ou ente coletivo, que, em contrapartida, poderiam exigir daquele serviços e assistência³⁰.

Desde então, a tensão entre essas duas categorias de direitos permearia todo o paradigma estatal das democracias contemporâneas. A força da influência dos grupos que disputam o poder político nas esferas legislativas e executivas passaria a influenciar nesse equilíbrio tensional.

A Constituição de Weimar, inaugurando a primeira Constituição Europeia Social, posteriormente, garantia o exercício da imprensa, desde que condicionada a um serviço público de natureza educacional ou integrar a comunidade nos assuntos de relevo político, numa clara limitação do suporte fático da liberdade de expressão³¹.

Não obstante o desenvolvimento da noção de direito fundamental com a inclusão dos direitos sociais no seu rol, a humanidade passou ao longo do século XX com um forte retrocesso na concretização dos direitos fundamentais, especialmente das liberdades de expressão e de imprensa, em face da ascensão dos regimes *totalitários*, a saber: o comunismo, o fascismo e o nazismo.

²⁹Cf. SCHWABE, Jürgen. *Grundkurs Staatsrecht*. Berlin, 1995 apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 84.

³⁰Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. 05-70.

³¹HELLER, Hermann. *Staatslehre*. apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 79.

A gradativa expansão das atividades estatais, pela ojeriza aos princípios liberais, bem como a concepção, inspirada no positivismo jurídico, de que o ordenamento jurídico estatal deve exercer força jurídica, independentemente dos valores que o estruturam, possibilitou o desenvolvimento desses regimes totalitários, concepção de Estado que preconiza que todas as atividades da vida devem ser pautadas pelo Estado, sem quaisquer limites, tendo este, inclusive, faculdade de intervir nas esferas mais íntimas dos indivíduos³².

O episódio da Revolução Francesa na História da Humanidade ilustra que a mera positivação do direito de liberdade de expressão não impede que os grupos e partidos políticos utilizem a apologia a tal direito apenas como *slogan* para atrair a atenção popular, sem, contudo, ter qualquer compromisso real com a sua eficácia.

De modo análogo, o Partido Comunista, ao chegar ao poder, proclamou uma ampla liberdade de imprensa, através do Decreto de Lênin, em 9 de novembro de 1917. Em nome de tal direito, paradoxalmente ordenou que a interdição dos jornais de oposição fosse uma etapa provisória para que o novo Estado comunista gerisse seu novo programa.³³ No entanto, logo em seguida, nacionalizou todos os equipamentos de imprensa e sujeitou a população a um controle das publicações pelo Partido Comunista estabelecendo uma *teologia política*, que impunha uma verdade oficial, em moldes mais rigorosos do que os regimes absolutistas e os tribunais inquisitórios³⁴.

Por outro lado, a ideia de que existe um *espírito do povo*, conceito indeterminado associado ao apelo emocional às raízes históricas da nação, que deve ser incorporado pelo Estado é o argumento fundamental justificam o controle rigoroso da liberdade de expressão nos regimes fascista e nazista.

A queda de tais regimes marcará profundamente a Europa quanto à condução do modelo do Estado e a expansão das dimensões dos direitos fundamentais. Nesse contexto, cumpre destacar que o modelo de Estado Social já se encontra como um paradigma consolidado nas democracias contemporâneas, que baliza o conteúdo do direito de liberdade de expressão. Assim, é imperioso destacar o papel do jurista para garantir a tarefa conformadora do direito da liberdade de expressão em tal paradigma.

³²Cf. ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland e New York: Meridian Books, 1962. p. 304-327.

³³Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 91-92.

³⁴Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 91-92.

Nesse contexto, aprovada sob a égide das Nações Unidas em 1945, a Declaração dos Direitos do Homem é um documento jurídico internacional, que contribuiu para o desenvolvimento de uma consciência jurídica planetária quanto a um conjunto de direitos que deve integrar o patrimônio jurídico de qualquer indivíduo, independentemente de seu vínculo com o Estado. O art. 19º estabelece o direito à liberdade de expressão nos seguintes termos³⁵:

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Ademais, as inovações tecnológicas e jurídicas do último século ensejam novas reflexões sobre o papel de regulamentação da liberdade de expressão, numa velocidade mais rápida do que o verificado em séculos anteriores. Entre elas se destacam: a) a radiodifusão sonora; b) a massificação da televisão; c) a Internet; d) os estudos de engenharia social no uso da publicidade; e) globalização das estruturas comunicativas; f) a influência da Imprensa nos rumos da sociedade; g) a possibilidade de nova ascensão dos ditadores; i) consolidação dos direitos individuais imateriais como: *a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*; j) aumento do rol de direitos fundamentais, organizados em progressivas dimensões³⁶; h) a socialização dos direitos individuais³⁷.

As *dimensões dos direitos fundamentais* são categorias controversas de classificação dos direitos fundamentais, bastante utilizadas na doutrina brasileira. Enquanto a primeira dimensão corresponde aos direitos fundamentais nos termos delimitados pela concepção liberal, as outras dimensões seguintes correspondem aos *direitos-créditos*, progressivamente positivados nas Constituições, com diferenças entre si quanto à natureza da prestação estatal, que são influenciadas pelo momento histórico e avanço tecnológico. A existência dessas dimensões posteriores visa reduzir o suporte fático dos direitos de primeira dimensão, relativizando-os, fornecendo diretrizes para a

³⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1945).

³⁶Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 560-594.

³⁷Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 560-594.

sua restringibilidade e propiciando o fenômeno da “socialização dos direitos individuais”.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: CARACTERÍSTICAS E LIMITES

2.1. DIREITO DE LIBERDADE GERAL

O conceito de liberdade é um dos mais nebulosos da História da Filosofia. No que concerne à estrutura de tal conceito, é imperioso destacar que ele consiste numa

qualidade que, acidental ou contingentemente, é inerente às coisas ou ações do mundo físico, seja reais ou hipotéticas.

Na clássica definição de Hobbes, a liberdade corresponde à ausência de oposições.³⁸ Ampliando essa definição, Alexy parte do pressuposto de que, para uma pessoa livre, não existem quaisquer “*embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie.*”³⁹ . Ainda que tais definições mostrem intuitivamente a ideia que o termo liberdade evoca às nossas mentes, evidentemente tais definições não são satisfatórias, uma vez que reposiciona o problema do conceito de liberdade para o conceito desses *embaraços, restrições, resistências de qualquer espécie.*

Em que pese tal definição genérica, há de se relevar que, no conceito de uma *liberdade específica*, é subtendida uma relação triádica entre os entes: a) o titular da liberdade; b) obstáculo a que a pessoa é submetida; c) o objeto *específico* da liberdade. A *liberdade geral* de uma pessoa consistiria, portanto, no somatório de todas as suas *liberdades específicas*⁴⁰.

Quando o objeto da liberdade consiste em uma *alternativa de ação*, está-se diante de uma *liberdade negativa*. Nessa situação, a relação triádica é expressa da seguinte forma: A é livre de B para fazer C ou não fazer C. Esse enunciado não diz respeito de qual alternativa deve ser escolhida, mas apenas quanto à possibilidade fática de uma alternativa ser escolhida ou não.

Tais posições de liberdade, em virtude do enunciado normativo implicar na *permissão* para fazer ou não fazer algo, correspondem a uma *faculdade* para fazer essa ação⁴¹.

No entanto, quando o objeto da liberdade consiste em *somente uma ação*, está-se diante de uma *liberdade positiva*. Alexy reconhece que, mesmo nessa hipótese, a relação triádica está presente, ainda que o identificar o obstáculo seja nebuloso, uma vez

³⁸ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico ou Civil*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2003.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 219.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 220-221.

⁴¹ No que concerne à análise normativa de uma ação, três modalidades deonticas primarias são possíveis: permissão, proibição ou obrigação, enquanto a negativa das três são as modalidades secundárias. A faculdade é definida como a permissão de fazer uma ação e a permissão de não fazer essa ação. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 204-217

que ele corresponde a “*idéias pouco claras, emoções, impulsos sensoriais ou consciência equivocada*”⁴².

Com maior clareza, Bobbio define a *liberdade positiva* como equivalente à *autodeterminação* ou *autonomia*, situação em que o indivíduo pode orientar sua vontade e tomar decisões, sem ser determinado pela vontade de outrem⁴³.

Do conceito de liberdade acima apontado, é conveniente destacar o sentido que ele tem na Ciência Jurídica. A *liberdade jurídica*, em suma *negativa*, é expressa sob o seguinte enunciado: *A é livre de proibição jurídica B para fazer C ou não fazer C*.

Nesse sentido, o conceito de *liberdade positiva* tem maior relevância no estudo da Ética, da Moralidade ou da Religião. Analisando a relação triádica, a ausência do obstáculo B implicaria ao titular A da liberdade a realização necessária da ação C, o que corresponde a uma *sujeição* ou uma *possibilidade fática*, desnaturando o significado histórico que a liberdade adquiriu quando foi positivada nas Constituições liberais nacionais e nas primeiras Cartas de Declaração de Direitos Fundamentais, ainda que gradativamente tal conceito exerce alguma influência no significado hermenêutico do termo, principalmente quanto à flexibilização do caráter liberal desse direito.

Tecidas essas considerações, é imperioso destacar a diferença entre um *direito positivado de liberdade* e uma *posição de liberdade jurídica*. O *direito positivado de liberdade* é, em suma, um enunciado normativo, cujo significado, no *plano deontológico*, corresponde a um conjunto de relações jurídicas, dentre as quais diversas *posições de liberdades jurídicas*.

A primeira posição jurídica primordial contida nessa categoria de direito é a de *liberdade jurídica* de um titular (A), em face do Estado a qual é vinculado (B), para que este não obstaculize deter ação contida numa *esfera privada*⁴⁴ (C). A segunda posição jurídica primordial, complementar à primeira, é a de *liberdade jurídica* de um titular (A), em face de outro indivíduo (B), para que este não obstaculize qualquer ação contida nessa *esfera privada* (C).

⁴²ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.. p 220-221.

⁴³BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 51.

⁴⁴A expressão *esfera privada* aqui será empregada genericamente para se referir a um conjunto de ações peculiares do indivíduo que, em face da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, não é suscetível de intervenção estatal. A teoria das esferas será abordada com maiores detalhes mais adiante.

A primeira posição jurídica mencionada é considerada *negativa*, conforme preconiza a teoria dos status dos direitos fundamentais, proposta por Jellinek. Assim, dispõe o ilustre jurista, citado por Alexy⁴⁵:

Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status negativo*, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo.

A mera garantia de tais posições, no entanto, não é suficiente. Caso algum indivíduo ou coletividade embarace ilicitamente qualquer ação dessa esfera privada, é necessário que o Estado garanta novas posições jurídicas, caso contrário o direito positivado de liberdade consistiria num mero *flatus vocis*.

Assim, na defesa desse direito, o Estado deve garantir os meios policiais e processuais para evitar que alguém ilicitamente embarace o exercício do direito de outrem ou remediar os danos por aquele causados, a fim de concretizar o *status libertatis*. Tais garantias, portanto, são consideradas *positivas* conforme preconiza a teoria dos status dos direitos fundamentais, proposta por Jellinek.

O status *positivo*, contrariamente ao *negativo*, implica num conjunto de ações a serem executadas pelo Estado. Essas ações estatais correspondem a novas posições jurídicas, mais numerosas que as *posições jurídicas de liberdade*. No entanto, isso não anula a essência de tal direito, que implica predominantemente, uma *atuação negativa* do Estado.

Ademais, admite-se, ainda, a existência de outra posição jurídica de liberdade de auto-defesa, contida no interior desse direito positivado de liberdade, na hipótese de iniciação de agressão ou embaraço, injustificável por lei, realizado por outrem.

Nesse sentido, a existência de tal direito tem fulcro na tradição liberal, que corresponde a um *poder-agir* em face do Estado, oponíveis a qualquer órgão público. É, portanto, considerado um direito de *abstenção do Estado*, exercido contra o Poder Público e contra os outros membros da sociedade.

Ademais, tal direito é considerado um direito *individual*, em virtude da dimensão que o titular do direito é considerado sem relevar a sua posição na sociedade, protegendo apenas a sua *esfera privada*.

⁴⁵JELLINEK, Georg. System der Subjektiven Öffentlichen Rechte. 2 ed. Tübingen: Mohr, 1905 apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 258.

A definição de *esfera privada* é problemática. A doutrina liberal, parteira das *liberdades jurídicas fundamentais*, atribuiu a maior dimensão possível a tal esfera. A existência de tal esfera condiciona-se à premissa de que todo indivíduo é *digno*⁴⁶ em sua natureza, bem como tem algo que lhe é *próprio*.

Da ideia de que a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, origina-se o direito à vida, que surge como pré-requisito para existência de demais direitos, assegurando o direito a qualquer indivíduo de permanecer vivo e garantindo obliquamente que o Estado sancione quem embarçar tal direito⁴⁷.

Ademais, o indivíduo tem algo que lhe é próprio e que, ao mesmo tempo, deve ser reconhecido e protegido pelo Estado, implicando, por consequência, na garantia de um *direito de posse e de propriedade* a determinados objetos, cuja relação jurídica real só pode ser desfeita caso o proprietário transfira para outrem, mediante *acordo* ou *contrato*, desde que não haja vício de consentimento. Não caberia, pois, ao Estado interferir nessa esfera própria do indivíduo.

Assim, do direito fundamental de liberdade e das posições jurídicas nela contida, na concepção liberal, pressupõe-se, no mínimo, que ninguém tem o direito violar a vida de outrem, incluindo a integridade do corpo, nem embarçar, sem sua autorização, o exercício de direito de propriedade, devendo o Estado unicamente garantir os meios policiais e processuais para sancionar aqueles que iniciarem o embaraço a esses direitos, que integram a esfera privada do indivíduo.

Hodiernamente, o conteúdo do direito fundamental de liberdade tem suporte fático mais reduzido. No mesmo sentido, a *esfera privada* tende a ser gradativamente reduzida, em face da publicização e socialização do direito civil-privado, à luz dos direitos fundamentais sociais, pertencentes da segunda dimensão de direitos fundamentais, insculpidos no art. 6º e seguintes da Constituição Federal.

Nesse contexto, o conceito de liberdade assume dimensões cada vez maiores no ordenamento jurídico-constitucional, abordando até acepções contraditórias às determinadas pela ideologia liberal. Em sentido estrito, as liberdades públicas

⁴⁶ O direito à vida, após a influência das dimensões de direitos fundamentais posteriores a primeira contempla ainda o “*direito a um nível adequado de vida*”, que ensejam ações estatais positivas. A acepção adotada no parágrafo contempla apenas a concepção liberal clássica.

⁴⁷ A dignidade da pessoa humana é o valor primordial do ordenamento jurídico. A delimitação de tal conceito é fortemente tributário à Kant, conforme enfatiza André Ramos Tavares. Na visão de Kant, o homem é um fim em si mesmo, não consistindo um meio para o uso arbitrário de outrem. Ainda que as críticas tomistas e platônicas dessa premissa sejam pertinentes, há se reconhecer a importância que o conceito teve para oferecer o suporte axiológico dos ordenamentos jurídicos das democracias contemporâneas. Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 508-519.

equivalem às liberdades negativas, acima mencionadas. Em sentido amplo, as liberdades públicas têm mais dimensões, incluindo posições jurídicas de *status positivo*, conforme preconiza as lições José de Celso de Mello Filho, citado por André Ramos Tavares⁴⁸:

As liberdades públicas constituem limitações jurídicas ao poder da comunidade estatal. Pertinencem ao homem: a) enquanto pessoa humana (são as liberdades clássicas ou negativas); b) enquanto pessoa política (é a liberdade de participação, fundamento da ordem democrática) e; c) enquanto pessoa social (são as liberdades positivas, também denominadas liberdades reais ou concretas). São 3 (três), portanto, as dimensões em que projetam as liberdades públicas: 1) dimensão civil (liberdades clássicas); 2) dimensão política (liberdade-participação); e 3) liberdade social (liberdades concretas: direitos econômicos e sociais).

Das dimensões acima arroladas, infere-se que a mera garantia da liberdade jurídica negativa em face da lei não é o suficiente para a sua autodeterminação, caso o indivíduo não goze de bens materiais suficientemente para que haja uma real possibilidade de escolhas de alternativas no interior da *esfera privada (liberdade social)*, bem como, enquanto cidadão, não possa decidir quanto aos rumos do aparato estatal (*liberdade política*). O dilema é reconhecer como o conceito de liberdade no ordenamento jurídico concilia essas três concepções, e em que situações uma ganha mais destaque do que a outra.

As considerações anteriormente apontadas dizem respeito à estrutura formal de um direito positivado de liberdade. Assim, o próximo passo da especulação teórica é investigar a influência substantiva do direito de liberdade geral, enquanto espécie dessa modalidade de direito, tal como ele é expresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se concebe a existência de um direito fundamental de liberdade de expressão, sem pressupor a existência de um direito de liberdade geral ou, pelo menos, na mais esdrúxula das hipóteses, sem pressupor a equivalência entre ambos direitos. Tal fato se torna mais evidente quando se verifica, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, que o direito de liberdade de expressão é expresso nos incisos IV e IX, do art. 5º da Carta Magna, como exercício exemplificativo de um *direito geral de liberdade*, no art. 5º, *caput*, *in verbis*⁴⁹:

⁴⁸MELLO FILHO, José de Celso de. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 1984 apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 424.

⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

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

Ademais, a importância da liberdade como um valor juridicamente relevante é enfatizada no preâmbulo da Carta Magna, nos seguintes termos^{50,51}:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A jurisprudência brasileira ainda não teve preocupações em estabelecer uma definição rigorosa do conteúdo do referido direito, se é que tal definição seja necessária. Na Constituição Federal, há garantia expressa do “*direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. O Tribunal Constitucional Alemão, nos dizeres de Robert Alexy, interpretou “*o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 2º, § 1º, da Constituição alemã, como um direito à liberdade geral de ação.*”⁵²

Alexy, no entanto, reconhece a possibilidade de uma definição mais ampla para um direito geral de liberdade. Tal norma englobaria não apenas a proteção das ações, mas também a proteção de situação e posições jurídicas. Assim, nas suas palavras, “*esse direito não protege apenas o seu ‘fazer’, mas também o seu ‘ser’ fático e jurídico*”⁵³.

As definições acima são tão amplas que invariavelmente surgem as objeções de que tal direito seria vazio de conteúdo e ou que tal direito equivaleria apenas ao exercício da liberdade, desde que fora do âmbito da restrição de ordem legal,

⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁵¹ Cumpre destacar que a natureza jurídica do preâmbulo já se encontra consolidada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nos termos do acórdão prolatado no julgamento da ADI 2.076-AC, o preâmbulo não tem relevância jurídica, em face de situar-se no domínio da política, refletindo uma posição ideológica do constituinte. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, 15.08.2002, DJ, 08.08.2003.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 341.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 344.

funcionando tal direito apenas como um corolário da regra da legalidade, nos termos da máxima clássica do regime civilista: “*Não farás aquilo que por lei for proibido.*” Enfim, tal direito teria no máximo uma definição formal.

Ademais, tal direito geral de liberdade poderia, ainda, significar a *liberdade negativa* em sentido restrito, conforme já enfatizado anteriormente, tal como preconiza a ideologia liberal, indicando que existe um conjunto de ações que podem ser permitidas realizar ou não.

Nesse sentido, Alexy pondera que tal direito guarda em seu bojo uma concepção *formal-material*. Assim discorre o jurista alemão sobre o conteúdo jurídico de tal direito⁵⁴:

A concepção do direito geral de liberdade que aqui se definiu pode ser considerada como uma concepção formal-material. Ela é formal na medida em que pressupõe a liberdade negativa e a encara como um valor em si mesmo. E ela é material na medida em que determina, nos casos de colisão, o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, levando-se em conta também outros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material.

Nos termos dessa definição, o direito tem uma dupla função normativa. No plano formal, equivale a garantia ao indivíduo de um conjunto amplo de permissões, sem, contudo, explicitar quais seriam as limitações, deixando para leis posteriores delimitar tal tarefa.

No plano material, tal princípio indica que deve existir uma razão suficiente para que haja qualquer restrição por norma infraconstitucional, ao mesmo tempo em que possibilite que se afaste, no caso concreto, a incidência de outros princípios constitucionais, em especial aqueles de caráter mais socializante. Infere-se, portanto, que a intervenção estatal à esfera desses direitos deve ser limitada e justificada.

À luz desse plano material, o direito geral de liberdade relaciona-se intimamente com o direito da dignidade da pessoa humana, estatuído como fundamento da República Federativa do Brasil, nos seguintes termos⁵⁵:

⁵⁴ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 359.

⁵⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Ainda que seja difícil precisar o conteúdo de um direito de liberdade geral, a relação com o princípio da dignidade da pessoa humana é evidente, na medida em que se considera que o “desenvolvimento da personalidade” e a “garantia da autonomia individual” são *finalidades instrumentais* do direito de liberdade geral, ao mesmo tempo em que são atributos necessários para realizar uma *vida digna*. Além disso, a dignidade da pessoa humana é um valor jurídico, a partir do qual se fundamenta restringibilidade de todos os direitos fundamentais.

Leonardo Martins enfatiza que “(...) *segundo uma das teorias adotadas* [teorias sobre os direitos fundamentais], *o conteúdo autônomo do direito à liberdade abrangeria o que fosse relevante para o desenvolvimento da personalidade humana*”. Ademais, o autor afirma que “*secundariamente, o direito à liberdade abrangeria também a liberdade geral de ação humana.*”⁵⁶

O desenvolvimento da personalidade, enquanto conteúdo de proteção jurídica do direito de liberdade geral corresponde à *faculdade* do indivíduo em exercer autonomamente a capacidade de determinar sobre a própria personalidade e sobre os projetos de vida, bem como se expor publicamente, quando julgar conveniente, e garantir a sua própria manutenção em face das situações sociais.

Não obstante a possibilidade de restrição da incidência de tal direito, há de se investigar se existe um núcleo essencial desse direito que não pode ser objeto de qualquer restrição. À luz da jurisprudência alemã, Alexy investiga a existência de três esferas de proteção, com intensidade de proteção decrescente, garantidas pelo direito geral de liberdade, nos seguintes termos⁵⁷:

a *esfera mais interior* (“último e inviolável âmbito de liberdade humana”, ‘âmbito mais interno (íntimo)’, “esfera íntima inviolável”, “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma

⁵⁶ MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas S.A, 2012. p. 47-50.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 361.

absoluta”), a *esfera privada ampliada*, que inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior, e a *esfera social*, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada.

Não há apenas uma diferença *quantitativa* entre as esferas de proteção pelo direito de liberdade geral, mas também uma diferença *qualitativa*. A *esfera mais interior* corresponde a ou um âmbito de proteção da personalidade humana sobre o qual o direito de liberdade geral é absoluto e não pode ser restringido por outro direito colidente, ou corresponde, pelo menos, a um âmbito de proteção, sobre o qual o sopesamento tem resultados tão seguros, que proporcionam a existência de regras que impedem a flexibilização dessa proteção da esfera interior por outros direitos colidentes.

A *esfera privada ampliada* refere-se ao âmbito da personalidade humana sobre o qual incide o direito geral de liberdade, porém tal incidência pode ser mitigada pela incidência de outro direito fundamental colidente que tenham maior relevo ao caso. A *esfera social* corresponde ao âmbito da personalidade que não é protegido pelo direito de intimidade, ainda que haja uma proteção em menor grau conferida pela incidência do direito de liberdade geral.

A definição de tais esferas deve corresponder só a um indicativo da natureza normativa do direito de liberdade em estudo, em vez de corresponder a uma demarcação rígida dessas proteções, o que evidentemente seria estéril. A evidência de tais esferas é decorrente do fato de que o direito de liberdade geral assume importância para o ordenamento jurídico a ponto de fornecer uma resistência para as restrições arbitrárias que a ordem infraconstitucional possa proporcionar⁵⁸.

2.2. LIBERDADES FUNDAMENTAIS

Do rol das *liberdades fundamentais*, também chamadas de *liberdades públicas clássicas*, disposto nos incisos do art. 5º da Carta Magna, encontram-se: a) liberdade de

⁵⁸ A teoria das esferas é uma construção teórica basicamente aplicável a direitos individuais, que entende existirem dois âmbitos de proteção atinentes a esse direito: uma esfera da *publicidade*, com menor proteção à restringibilidade, e uma esfera da *privacidade*, subdivida em subesferas, com diferentes graus de proteção à restringibilidade. Conforme já enfatizado, essa teoria tem a vantagem por organizar a força normativa das restrições. No entanto, deve-se enfatizar que tais limites sejam rígidos consiste não só numa tese estéril, mas também pouco realista, em face da maleabilidade dos conceitos de *público* e *privado*. No entanto, a teoria das esferas oferecem maior riqueza na fundamentação de uma defesa jurídica e moral para a resistência dos totalitarismos. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 792-802.

pensamento; b) liberdade de expressão em geral, incluindo a liberdade expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; c) liberdade de consciência e crença; d) liberdade de escolha profissional; e) liberdade de locomoção; f) liberdade de reunião; g) liberdade de associação; h) liberdade econômica de iniciativa e de concorrência.

Essas liberdades fundamentais específicas são corolários de um direito de liberdade geral. A primeira finalidade substantiva para que se justifica a positivação de tal direito é a garantia de *autonomia individual*, em face do abuso de autoridade do Estado ou de alguma pessoa, física ou jurídica, incluindo outras coletividades. Vale salientar que se reconhecem outras finalidades substantivas do direito, ora complementares, ora suplementares ou ora conflitantes.

A especificação do direito de liberdade geral em vários direitos implica na proteção diferenciada de vários setores da *autonomia individual*, normalmente aqueles em que se verifica historicamente maior embaraço ou intervenção por grupos e *lobbys* politicamente organizados. Assim, para fins de exemplificação, não faria sentido positivar um *direito de liberdade de comer bananas*, uma vez que tal dimensão da vida privada não é alvo notável de intervenção desses grupos e *lobbys*.

Diferentemente de tal direito, tem-se o direito de liberdade de expressão, em que não só a conquista de tal direito foi fruto de uma luta milenar no seio da civilização ocidental, mas também se verificou historicamente uma íntima interligação com as outras liberdades fundamentais, como *liberdade de pensamento*, *liberdade de imprensa* e *liberdade de crença*, num contexto em que a luta por tais liberdades muitas vezes se confundiam.

Ademais, tais setores da liberdade geral devem ser positivados separadamente em virtude do sistema de garantias e restrições incidir de forma separada em cada modalidade de liberdade. Sem essa especificação, a atividade de conformar os institutos constitucionais permanece praticamente inviável.

2.3. CONTEÚDO JURÍDICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.3.1. Características Gerais

Conforme já enfatizado, o direito a liberdade de expressão foi esculpido na Constituição Federal como um direito fundamental individual, inspirado nos moldes das democracias ocidentais e na tradição constitucional brasileira, em seu art. 5º, inciso IV, que “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.*”⁵⁹

Tal direito corresponde, ainda, obliquamente um *direito público subjetivo*. O direito subjetivo, conforme definição proposta por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é a “*posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas*”.⁶⁰

Sobre as características do direito subjetivo constitucional, é mister trazer à baila as lições do constitucionalista Luís Roberto Barroso⁶¹:

a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Nesse sentido, quando o direito subjetivo é exercido em face do Estado, com base no direito objetivo posto, tal direito é *público e subjetivo*. Por se tratar de um *direito fundamental*, o direito a liberdade de expressão exerce uma *posição de primazia*, uma vez que não se limita a estabelecer garantias que integram o patrimônio jurídico das pessoas, mas também por conformar a ordem jurídica às *finalidades substantivas* nele inseridas.

As posições jurídicas contidas no enunciado normativo do Art. 5º, IV da Constituição Federal seguem os esquemas proposicionais mencionados anteriormente para os direitos positivados de liberdade. Assim, as posições jurídicas primárias contidas nessa categoria de direito equivalem a de *liberdade jurídica* de um titular (A), em face do Estado ou de outra pessoa (B), para que este não obstaculize deter a manifestação do pensamento contida na *esfera privada* (C).

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁶⁰FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 153.

⁶¹BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223.

2.3.2. Titular, Destinatários e Âmbito de Proteção

Nesse sentido, é imperioso, preliminarmente, investigar o estatuto ontológico do titular (A) desse direito. Sobre o assunto, o *caput* do art. 5º da Constituição dispõe que⁶²:

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

O dispositivo normativo acima mencionado indica que os brasileiros e os estrangeiros residentes no país são titulares do direito de liberdade de expressão. Tal dispositivo não faz ressalvas quanto a influência da capacidade civil quanto à titularidade de tal direito. Assim, o *direito de liberdade de expressão* se aplica a menores (criança e adolescente), devendo o *regime específico*, normatizado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) fundamentar a *restringibilidade* e não a *titularidade em si*.

Ademais, o significado amplo do que significa o termo *expressão* possibilita que tal direito seja estendido não só aos indivíduos, mas também às pessoas jurídicas, sem implicar numa ficção jurídica esdrúxula. Isso decorre em virtude das responsabilidades no sistema jurídico brasileiro poderem ser transferidos às pessoas jurídicas, sem configurar na mera repartição dela ao somatório dos seus membros individuais.

O Supremo Tribunal Federal, através do método de *interpretação extensiva*, tem estendido a titularidade dos direitos fundamentais do art. 5º para todos os estrangeiros que estiverem no país, independentemente de fixarem residência, nos termos da seguinte decisão, *in verbis*⁶³:

O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E QUE LHE GARANTAM A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas

⁶² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102041/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2010.

corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. (grifos nossos)

Sensível ao caráter universal do direito fundamental que integra o *status libertatis*, com fulcro na experiência jurídica mundial desde a modernidade, a Suprema Corte decidiu que o vínculo jurídico entre o titular e o Estado Brasileiro não é relevante para afastar tal direito do patrimônio jurídico do titular, bastando apenas que o mesmo se encontre nos territórios em que o Brasil exerce sua jurisdição, ressalvados, evidentemente, os casos de conflito de competência entre a jurisdição de organismos internacionais ou países estrangeiros.

Não se pode, contudo, afirmar que houve, nesse caso, *ativismo judicial* por parte da Suprema Corte, uma vez que, sem invadir a competência de outros poderes, o STF, usando do *método de interpretação teleológica*, entendeu que a finalidade social dos direitos que protegem o *status libertatis* é vedar o exercício arbitrário dos órgãos estatais e de outrem. Assim, para concretizar esse valor enraizado na Constituição, o STF estendeu a titularidade do direito, evitando a *interpretação gramatical*, indesejável ao caso.

Nesse sentido, só estaria presente o ativismo judicial caso a Suprema Corte invadisse a competência de outro Poder ou outro órgão do Poder Judiciário, bem como prolatasse decisões de elevada densidade normativa, cujos princípios da decisão não são justificáveis em termos de Hermenêutica Constitucional, mas conforme princípios de Política Legislativa.

No entanto, há de se fazer a ressalva quanto à incidência de tal direito nos casos em que a própria Constituição restringe para o estrangeiro, bem como nos casos em que o ordenamento jurídico infraconstitucional o restringe, desde que autorizado pela Constituição, em virtude da concretização de princípios como soberania e segurança nacional.

As restrições constitucionalmente a seguir expressas indiretamente afetam a liberdade de expressão, na medida em que confere condições diferenciadas para a participação de capital estrangeiro nas empresas brasileiras de telecomunicação, *in verbis*⁶⁴:

Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é **privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.**

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, **a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos**, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de **brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos**, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de **profissionais brasileiros** na execução de produções nacionais. (grifos nossos)

Ademais, como consequência da amplitude dessa titularidade, é imperioso destacar a recente decisão do STF no sentido de considerar não recepcionado pela ordem constitucional vigente o Decreto-Lei nº 972/69, que regulamentava o exercício a profissão de jornalista, por determinar obrigatória a exigência de diploma de comunicação social para exercer tal profissão. Tal decisão reconheceu que o ato de relatar fatos e opiniões para serem dispostos num jornal se encontra no âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão⁶⁵.

Quanto ao destinatário do direito de liberdade de expressão (B), tem-se que o tal direito é exercido imediatamente em face do Estado, mais precisamente a qualquer *entidade pública*, conforme evidencia a tradição liberal em estabelecer os direitos *públicos e subjetivos*, exercíveis contra o Estado.

No entanto, em face do *princípio da supremacia da Constituição*, o destinatário podem também equivaler a entidades privadas, nem que, pelo menos, em tese, uma vez

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁶⁵Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13.11.2009.

que tal direito tem *efeito irradiante* para todas as relações sociais, não abrangendo somente aquelas firmadas entre os poderes públicos⁶⁶.

Superada a controvérsia sobre a titularidade e os destinatários do direito de liberdade de expressão, é imperioso destacar a abrangência do termo *liberdade de expressão*, bem como o *suporte fático* que enseja a sua incidência. Conforme se extrai das lições de Alexy, entende-se por *suporte fático* aquilo que a norma protege, a priori, sem levar em consideração às restrições provocadas por outras normas antinômicas.⁶⁷

Gonet Branco apresenta uma ampla definição do termo *expressão* para vários setores da comunicação social, nos seguintes termos⁶⁸:

A garantia de liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionais estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’

Tal definição ainda não é mais ampla, pois o termo *expressão* não se limita à alusão de caracteres verbais, mas também a sons, a caracteres gestuais ou variadas expressões corporais, susceptíveis a estabelecer alguma mensagem a seus receptores. Nesse sentido acompanha a definição do direito de liberdade de expressão proposto por Vidal Serrano Nunes, citado por André Ramos Tavares, que o direito de expressão corresponde à “*exteriorização de sensações, tais como a música, a pintura, a manifestação teatral, a fotografia etc*”⁶⁹.

Assim, a tentativa de buscar uma definição rigorosa do que seria a *liberdade de expressão* encontraria obstáculos nos seus próprios objetivos, uma vez que tal liberdade se refere a entes da realidade fluidos, bem como elementos complexos, difíceis de compactar em unidades verbais.

⁶⁶Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 408-416.

⁶⁷Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p 302.

⁶⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 451.

⁶⁹TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 424.

No entanto, tal direito se relaciona intrinsecamente com o ato ou omissão de “*exteriorizar qualquer manifestação, oriunda das convicções pessoais, utilizando um amplo feixe de meios.*”

Jónatas Machado ressalta que tal direito contém uma dupla dimensão estrutural: a dimensão substantiva e a dimensão estrutural, cujas definições são expressas nas seguintes palavras⁷⁰:

A dimensão substantiva compreende a actividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. *A dimensão instrumental*, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.

Assim, como pré-requisito da liberdade de expressão, enquanto direito, o Estado garante o direito de *liberdade de pensamento* para que o titular daquele delimite o seu conteúdo, sem embaraço de outrem.

Cumprir destacar as ressalvas de Gonet Branco de que o direito de liberdade de expressão não abrange o exercício de violência, nem coação física, tendo apenas como alvo algum impacto espiritual⁷¹. É razoável considerar que tal negativa de abrangência não consista numa restrição exterior ao direito, mas uma própria limitação contida às margens do seu interior, uma vez que em nenhum momento histórico a especulação teórica desse direito, bem como a ideologia do constituinte, incluía em seu suporte fático a proteção do “direito de realizar coação física”, até porque o próprio direito surgiu primordialmente como proteção às coações.

As reflexões de Gonet Branco acima descritas são fundamentais para considerar que os direitos do receptor da mensagem expressa tem alguma influência nos contornos do direito de liberdade de expressão do emissor. Assim, o *procedimento comunicativo* em que ambos se encontram estabelecem diretrizes para o suporte fático deste direito⁷².

2.3.3. Finalidades Substantivas e Proteções Especiais

⁷⁰ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 417.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

⁷² A importância do procedimento comunicativo para definir este direito é enfatizada por Jónatas Machado. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 426-428.

Os conceitos acima demonstrados são pouco úteis para se estabelecer uma definição rigorosa do direito de liberdade de expressão, mas imprescindíveis para que se possa intuir a ideia do que ele corresponde. A força normativa desse direito é melhor compreendida quando se detecta as suas *finalidades substantivas*, incluindo algumas conflitantes com aquelas propostas pela concepção liberal.

No que concerne às *finalidades substantivas* da liberdade de expressão, assim se posiciona Jónatas Machado⁷³:

A doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objetivos fundamentais [do direito de liberdade de expressão], como sejam, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias, a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual.

Das lições acima, infere-se que o direito de liberdade de expressão não é um valor por si, mas um meio para que se garantam valores maiores, relevantes para o convívio em sociedade. Assim, mais do que um argumento de legitimação para a positivação de um direito, tais finalidades possibilitam que se investigue o *suporte fático* do direito.

A primeira finalidade substantiva decorre da própria dignidade da pessoa humana: a necessidade de *autonomia individual*, cujo teor tem fulcro na tradição liberal, ou ainda a *simples expressão da personalidade individual*, conforme o constitucionalista Jónatas Machado expressa⁷⁴. A partir dela, o ser humano entra em contato com os seus semelhantes e estabelece interações, necessárias para a sua manutenção psíquica e para a fecundidade das relações sociais. Não se concebe, obviamente, qualquer sociedade sem garantir um mínimo grau de comunicação entre seus membros.

Nesse caso, a liberdade de expressão como meio para que se garanta a *autonomia individual* é um ponto de partida para que se garanta um fim maior: o *desenvolvimento da personalidade*. Dessa forma, tais finalidades são convergentes das do *direito geral de liberdade*.

No entanto, tal finalidade é insuficiente para descrever o direito de liberdade de expressão. Em primeiro lugar, porque a experiência histórica já relevou que a liberdade

⁷³ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 237.

⁷⁴ MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 237-291.

de expressão foi o instrumento para a concretização de valores morais superiores, antes da ideologia liberal se consolidar nas constituições nacionais.

Em segundo lugar, tal insuficiência é decorrente do modelo de Estado que a República Federativa do Brasil adotou que requer conciliação dos direitos individuais com direitos de natureza *social, coletiva, difusa e transindividual*. Nesse contexto, a força normativa deve ser investigada à luz do ordenamento constitucional como um todo, em respeito ao princípio da unidade da constituição e ao princípio da máxima efetividade.

Assim, investigar as finalidades substantivas desse direito é um ponto de partida para que se possa quais valores o constituinte apontou com relevantes, a fim de que se averigue a densidade normativa do direito.

A primeira finalidade substantiva de importância histórica, que reveste esse direito, corresponde à *procura da verdade*. O modelo binário da Antiga Igreja Católica, que admitia a verdade como a sua concepção de mundo, e o erro como qualquer concepção contrária, justificava moralmente a supressão da livre expressão, para proteger as pessoas do erro e do vício.

Partindo da premissa razoavelmente incontroversa de que o coração humano é demasiado duro para apreender a verdade, a supressão da livre expressão pode silenciar a verdade ou, pelo menos, partes importantes dela, na medida em que a verdade deve ser tratada como um ideal a ser perseguido no seio de um processo dialógico-crítico racional potencialmente acessível a todos os indivíduos, no qual nenhum pode se arrogar o direito de sujeitar todos a uma concepção hipotética da verdade. Assim, esse processo só pode se realizar no contexto em que os indivíduos gozem da liberdade de expressão. Tal concepção é tributária da Reforma Protestante e dos trabalhos de Milton e Mill.

Não obstante o fato de que a concepção de que os indivíduos devem livremente buscar verdade, a liberdade de expressão precisa de mais sofisticação teórica para se definir, uma vez que a tese apontada carrega em si uma série de deficiências. A primeira delas é a de que todos os indivíduos têm competência racional e moral-prática para participarem de um incessante engajamento crítico; o que não corresponde à realidade. A segunda delas corresponde à premissa de que a verdade acabará por sair triunfante da livre discussão de ideias; o que é uma premissa romântica até então não provada.

No entanto, cumpre destacar o aspecto positivo dessa finalidade substantiva: a sugestão de que os indivíduos tem um dever moral de considerar a verdade como objeto

da expressão, ao mesmo tempo em que impõe ao Estado a ausência de vínculo de discussões metafísicas oficiais e o repúdio ao relativismo radical que nega qualquer absoluto.

Ressalta-se que as duas finalidades acima mencionadas podem ser complementares, na medida em que a *autonomia individual* de indivíduos esclarecidos podem ser eficazes na *procura da verdade*.

Contudo, a antinomia entre as duas finalidades só teria importância, nos casos residuais em que se busca verificar a presença de *abusos* no exercício da *autonomia individual* (como, por exemplo, na veiculação de notícias falsas sobre outrem). Nessa hipótese, em vez de configurar uma finalidade substantiva, a procura da verdade configura um valor que autoriza a restringibilidade, na medida em que o direito de liberdade de expressão não concretizar esse valor.

Convergente com a *procura da verdade*, outra finalidade substantiva de destaque é a *garantia de um mercado livre de ideias*. De uma visão utilitária da verdade, parte da premissa verdade como algo relativo que só pode ser avaliado pelo mercado cujo pano de fundo é constituído de um confronto livre e aberto das ideias, garantido pelo direito de liberdade de expressão, em que as ideias mais aptas tenderiam a sobreviver.

Assim, partindo da premissa-valor de que o governo deveria se abster de intervir no mercado, as ideias no mercado não poderiam ser excluídas *a priori*, mas sim refutadas, desacreditadas e rejeitadas *a posteriori*, pelos indivíduos e grupos, depois de sua consideração e discussão aberta.

A liberdade de expressão ancorada nessa finalidade encontra basicamente duas vantagens: o afastamento de qualquer prerrogativa especial de produção e difusão monopolística; a criação, discussão e divulgação das ideias como responsabilidade em primeira linha aos indivíduos e grupos, garantindo a oferta e procura livre de ideias.

As críticas de tal ancoragem são diversas, em virtude de consequências nefastas: possibilidade de incorporação os preconceitos dominantes, bem como distorções pelas posições de poder e de privilégio dos grupos; ou ainda, de forma menos pessimista, a manutenção privilégio dos procedimentos retóricos de influência recíproca em vez de busca da verdade. Ademais, tal concepção, se desemborcada num materialismo extremo, implicaria na indesejável concepção de que a verdade seria medida pela “vontade de pagar” dos grupos.

Ademais, o estudo das *falhas de mercado*⁷⁵ enfraquece tal finalidade na medida em que possibilidades de acesso à informação são diferenciadas (pela disparidade econômica) e existem os incentivos ao silêncio, à auto-censura, à criação de estigmas como “assuntos tabu”.

A quarta *finalidade substantiva* que se ressalta é a *participação no processo de autodeterminação democrática*. Torna-se cada vez mais incontroverso que a liberdade de expressão é um excelente instrumento para efetivar o princípio da soberania popular.

Nesse contexto, tal direito surge para: garantir a formação da opinião pública e da vontade política, bem como desenvolvimento de iniciativas políticas e da publicidade da vida política, incluindo a proteção de minorias e formação de oposição política democrática.

Tal finalidade é essencial, num contexto em que a autonomia individual perdia valor em face de uma ordenação social, em que se necessita assentar o direito de liberdade de expressão sobre bases supra-individuais, sem, contudo, rejeitar a noção de que a *autonomia individual* seja uma finalidade relevante.

Associada à *participação no processo de autodeterminação democrática*, tem-se o *controle da atividade governativa e do exercício do poder* como *finalidade substantiva* do direito em análise. Desde os primórdios, a verdade inconveniente aos dirigentes do aparato estatal era cerceada. Nessas condições, a liberdade de expressão é uma das condições para que as denúncias, feitas por uma imprensa vigilante, possam fluir e controlar a atividade governativa para os ditames da *moralidade pública*.

Tal finalidade justifica a adoção de tratamento jurídico diferenciado com vistas a garantir a proteção do jornalismo de investigação, a confidencialidade dessas fontes, bem como a aplicação de sanções disciplinares.

Ademais, cita-se a *criação de esfera de discurso público e opinião pública* como outra *finalidade substantiva*. Assim, o fato de que o discurso público submete as relações sociais à reflexão, ao diálogo e ao autocontrole é um dos argumentos que sustentam a liberdade de expressão, e torna imperativo desenvolvimento de tal esfera de discurso, por ser responsável pela estruturação de uma linguagem multifuncional e intercomunicação entre os diferentes subsistemas sociais, ao mesmo tempo em que enfatiza o *princípio da publicidade* como antídoto à ditadura de opinião.

⁷⁵ A extensão do conceito de *falhas de mercado*, introduzido por economistas neoclássicos, é estendido para a Ciência Jurídica, conforme expõe Jónatas Machado. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 237-291.

A *proteção da diversidade de opiniões* é outra *finalidade substantiva*, normalmente associada à *procura da verdade* e à *garantia de um mercado livre de ideias*. A liberdade de expressão enquanto direito é um meio para garantir a maior diversidade possível de opiniões, que surge como antídoto ao totalitarismo e às concepções integristas da sociedade. A presença de um fluxo de ideias diversificado num mercado livre ideias seria, portanto, a forma mais eficiente para que a verdade, enquanto ideal, melhor seja buscada.

A diversidade de opiniões no seio de uma sociedade também consiste uma das formas de concretizar o *pluralismo político*, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal⁷⁶.

Ademais, tal finalidade se reveste de importância quando o direito de liberdade de expressão é um instituto jurídico de proteção às opiniões minoritárias e aquelas que se posicionam em franca dissidência ao discurso governamental oficial.

No entanto, vem-se crescendo a inquietude com a gradativa concentração da propriedade dos meios de comunicação social, o que, em nome da *proteção da diversidade de opiniões*, poderia justificar a restringibilidade do direito de liberdade de expressão, em vez de configurar a sua própria fundamentação como *finalidade substantiva*.

Por fim, destaca-se a *acomodação de interesses e transformação pacífica da sociedade* como outra *finalidade substantiva* do direito de liberdade de expressão, no sentido de contribuir na difusão da tolerância como alternativa à revolução e o uso da força, funcionando, portanto, como válvula de segurança que liberta o vapor da confrontação e que absorva a conflitualidade entre os grupos sociais.

As *finalidades substantivas* acima elencadas são justificativas de cunho histórico quanto à necessidade de positivizar o direito de liberdade de expressão, ainda que demasiadamente genéricas para fornecer a densidade jurídico-normativa. No entanto, reconhecer a existência dessas finalidades é um ponto de partida para se estabelecer proteções em situações especiais.

Dessa forma, ressalta-se, ainda, a necessidade de proteção especial em algumas situações quanto o suporte fático do direito de liberdade de expressão. Nesse caso, em virtude de possíveis ameaças do Poder Público para embaraçar tal dimensão da liberdade individual, o constituinte garantiu novamente tal direito, dispondo

⁷⁶BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

expressamente quanto à proteção à censura e a exigência de qualquer autorização de órgão administrativo para expressar qualquer ideia.

Além disso, o referido dispositivo especificou as importantes espécies da liberdade de expressão: a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, diferenciáveis pelo seu *conteúdo*, mais vulneráveis ao embaraço por órgãos públicos, nos seguintes termos: “Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”⁷⁷:

Não obstante a consagração de tal direito como fundamental, o constituinte reiterou a sua importância através de nova garantia no título VII, que dispõe sobre a ordem social, ponderando a importância que tal direito tem no plano supra-individual. Assim, o direito à liberdade de expressão é garantido nestes termos⁷⁸:

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.

Ademais, o constituinte reiterou as proteções a esse direito individual, considerando dimensões privilegiadas da expressão humana no art. 220. Ao mesmo tempo, o referido dispositivo conforma as possíveis balizas para a sua restrição, nos parágrafos a seguir, *in verbis*⁷⁹:

Art. 220. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

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

(...)

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

⁷⁷BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁷⁸BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

⁷⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

A definição de censura é controversa. A definição proposta por Gonet Branco é esclarecedora, no sentido de que pairam poucas controvérsias ao seu redor. Assim são os seus termos⁸⁰:

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal.

Note-se que, à luz da definição apontada, o § 6º do art. 220 da Constituição Federal apenas esclarece o teor do § 2º do mesmo artigo, enfatizando o alcance da proibição da censura. Assim, nada impede a possibilidade jurídica de restrição à liberdade de expressão na hipótese de, por exemplo, divulgação de notícias, após a constatação de danos provocados a outrem.

2.3.4. Caráter principiológico

Até então, a discussão sobre o direito de liberdade de expressão se deu a partir da análise do *conteúdo atômico da norma*. Embora tal divagação teórica seja necessária, ela é claramente insuficiente para entender a força normativa de tal direito. É imperioso, portanto, analisar a relação desse direito com os outros dispositivos do ordenamento jurídico.

Para abordar essa relação, o primeiro passo é analisar a estrutura da norma de direito fundamental e classificar de forma conveniente. Nesse aspecto, adotar-se-á a teoria dos direitos fundamentais, formulada pelo jurista Robert Alexy. Para o ilustre jurista alemão, as *regras* e os *princípios* são espécie do gênero *norma*. Ambos se distinguem no sentido de que os princípios são *mandamentos de otimização* enquanto que as regras tem o caráter de *mandados definitivos*.⁸¹

Assim dispõe Alexy sobre a distinção entre princípios e regras⁸²:

⁸⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

⁸¹Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

⁸²Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Tal definição implica em diferentes atitudes na decisão judicial. Na antinomia de regras, *in casu*, uma exclui a aplicação de outra, uma vez que o conteúdo jurídico já se encontra definido, independentemente da situação no caso concreto. O conflito é comumente solucionado com a presença de cláusulas de exceção expressas.

Na ausência de tais cláusulas, o Poder Judiciário normalmente se vale dos seguintes critérios, conforme preconiza Bobbio, através de suas lições, a saber: i) Critério cronológico, em que prevalece a lei posterior; ii) Critério hierárquico, em que prevalece a lei hierarquicamente superior, iii) Critério da especialidade, em que prevalece a lei especial em detrimento da lei geral⁸³.

Na antinomia de princípios, um não exclui os outros em tese. No entanto, a força normativa desses princípios só é definida, no caso concreto, em que um conjunto de valores concederá pesos diferenciados a cada princípio, de modo que o mais *pesado* deve prevalecer, podendo restringir ou mesmo afastar a incidência do princípio que, *in casu*, apresentar menor densidade valorativa. Os princípios têm, portanto, um caráter *prima facie*.

Diante dessas considerações, infere-se claramente que o direito de liberdade de expressão, na linha de definição adotada por Alexy, contém em seu enunciado normativo, um *princípio fundamental* na Carta Magna Brasileira, que irradia por todo o ordenamento jurídico-infraconstitucional.

Cumprido destacar que a definição de *princípio* é polissêmica na Ciência Jurídica. Ricardo Guastini, citado por Paulo Bonavides, investigou seis grandes acepções jurídicas do termo princípio, a seguir transcritas: “*normas providas de alto grau de generalidade*”, “*normas de alto grau de indeterminação e que por isso requerem*

⁸³Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação nos casos concretos”, “*normas de caráter programático*”, “*normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada*”, “*normas que desempenham uma função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto*”, “*normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos*”⁸⁴.

Em todas as acepções mencionadas, o princípio é visto como *espécie* do gênero “*norma*”. A acepção proposta por Alexy é correspondente a uma definição específica da segunda acepção. A doutrina brasileira ainda considera outras acepções. Godinho Delgado, numa acepção mais genérica, conceitua os princípios como “*diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico*”⁸⁵. O doutrinador trabalhista distingue entre os princípios que operam na fase pré-jurídica, como fonte material do Direito, orientando a atividade legiferante e aqueles que operam na fase jurídica. Estes subdividem em três categorias: os princípios descritivos, que apenas orientam a atividade interpretativa, e os princípios normativos, que funcionam como fonte formal do Direito, de forma concorrente ou subsidiária, ao restante do ordenamento jurídico⁸⁶.

Nesse sentido, as acepções não se excluem mutuamente. Nada impede que a tradição jurídica de um local empregue em sua definição caracteres compósitos de várias acepções, com diferentes graus de importância para cada. No caso do direito de liberdade de expressão, a definição proposta por Alexy é perfeitamente conciliável com a definição de *norma de alto grau de generalidade*.

Verificada a antinomia entre o direito de liberdade de expressão e outra norma-princípio fundamental, aplicar-se-á a técnica do sopesamento, que deve ser intermediada pelo princípio da proporcionalidade, também considerado um *metaprincípio*. Tal princípio tem os seguintes elementos parciais ou subprincípios, que devem ser ponderados, conforme nos mostra o constitucionalista Paulo Bonavides⁸⁷:

Desses elementos o primeiro é o da pertinência ou aptidão (Geeignetheit), que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no

⁸⁴BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 255-258.

⁸⁵DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 180.

⁸⁶DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 178-184.

⁸⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 255-258.

interesse público”, conforme a linguagem constitucional dos tribunais. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (Übermassverbot), que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “ a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é a necessidade (*Erforderlichkeit*), ao qual também alguns autores costumam dar tratamento autônomo e não raro identificá-lo com a proporcionalidade propriamente dita. Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária.

(...)

Finalmente, depara-se-nos o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada ‘stricto sensu’. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem em conta o conjunto de interesses em jogo.

Quem utiliza o princípio, segundo esse constitucionalista, se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados.

Alexy enfatiza que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito origina-se do fato de que os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, ao passo que os critérios de necessidade e de adequação originam-se do fato de que os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas⁸⁸.

A relevância da máxima de proporcionalidade como *metaprincípio* que intermedia o sopesamento entre os princípios constitucionais colidentes é fundamental para evitar um *modelo decisionista* de colisão de princípios. Conforme esse modelo, não haveria procedimento inequívoco para que o juiz realizasse tal sopesamento, abrindo espaço para o subjetivismo do judiciário, minando a segurança jurídica, e transferindo a normatividade do direito objetivo para a irracionalidade da psique do juiz.

No entanto, defende-se aqui um *modelo fundamentado*, em que a colisão de princípios, ainda que não traga resultados inequívocos, é fruto de fundamentação racional, balizada pela máxima de proporcionalidade, conforme a seguinte *lei de*

⁸⁸Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188.

sopesamento, elucidada por Alexy, nos seguintes termos⁸⁹: “*Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.*”

A forma como os *valores* são incorporados nos princípios normativos é uma incógnita na teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy. Conforme se verá, só se justifica a adoção de um *valor*, a fim de se aferir se um princípio é afetado, caso possa ser extraído do *espírito da Constituição*.

As *finalidades substantivas*, anteriormente abordadas, são meios para se aferir como os valores são impregnados no direito de liberdade de expressão, nas hipóteses em que ele é relativizado, por força do *sopesamento*.

3. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM GERAL

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de elucidar os fundamentos jurídicos que justificam a *restringibilidade* do direito de liberdade de expressão e sua relativização em face do sistema jurídico-constitucional, é imperioso destacar as premissas jusfilosóficas adotadas.

Por milênios, as cosmovisões quanto à natureza do Direito podiam sinteticamente ser reduzidas a duas: a crença na existência de normas jurídicas absolutas, que transcendem as dimensões culturais e especiais; e, como reação cética, a crença na existência exclusiva de normas relativas à organização territorial do Estado, condicionadas às circunstâncias históricas e culturais. A primeira corrente era composta, em sua maioria, por vários adeptos da Escola *jusnaturalista*, ao passo que a segunda corrente é composta basicamente por adeptos da Escola *juspositivista*⁹⁰.

⁸⁹Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167.

⁹⁰A tensão entre essas duas visões jurídicas encontrou válvulas de escape para correntes na Modernidade, conforme dispõe Goyard-Fabre. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 05-70.

Não obstante as dificuldades metodológicas em se reconhecer “a natureza como um ordenamento jurídico”, a primeira corrente teve uma forte importância histórica em buscar o *fundamento axiológico* do Direito.

Não obstante a possibilidade do ordenamento jurídico em se “degenerar em força bruta organizada”, em face da ausência de qualquer fundamento axiológico sustentável para a manutenção da espécie humana, a segunda corrente teve uma forte importância histórica em enfatizar a importância da *segurança jurídica* e a garantia da *soberania estatal* num contexto em que os dispositivos administrativos, os diplomas legais e as decisões judiciais cresciam em ritmo exponencial, e num contexto em que se fazia necessário o “respeito às regras do jogo” em face do crescimento dos grupos que pleiteavam participar do aparato do comando estatal.

A saída para essa encruzilhada é complexa, longe de encontrar soluções satisfatórias. A *teoria tridimensional* do Direito, proposta por Miguel Reale, deu um grande passo para desvendar a estrutura do Direito e sanear, em parte, divergências fundadas mais nas diversas acepções da palavra Direito, do que na estrutura da realidade⁹¹.

A premissa fundamental do sistema jurídico de Reale é: “O Direito é um objeto cultural.” Tal postulado é fruto da observação empírica de que, não obstante as divagações teóricas sobre a validade e a origem do Direito, as normas jurídicas continuam existindo e em constante mutação conforme o espaço e o tempo histórico. Tal realidade o jurista não poderia se esquivar de notar⁹².

Ademais, outra premissa fundamental do sistema jurídico de Reale consiste na tese de que a essência do Direito opera dentro uma relação dialética entre três dimensões: um conjunto de *valores* que, incidindo sobre *relações factuais*, se refrata em um conjunto de *regras*. Apenas a título de ilustração, cada conjunto de *valores* que incidisse, por exemplo, sobre um sistema constante de relações factuais, as regras

⁹¹Cf. REALE, Miguel. *Variações sobre a Normatividade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Cf. REALE, Miguel. *Variações sobre a Estrutura do Direito*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 19.ºed., 2002. p. 497-619.

⁹²Cf. REALE, Miguel. *Variações sobre a Normatividade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Cf. REALE, Miguel. *Variações sobre a Estrutura do Direito*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 19.ºed., 2002. p. 497-619.

resultantes seriam diferentes, mas guarnecidos de alguma proporcionalidade com os valores inicialmente escolhidos.

No entanto, tal teoria não afasta a hipótese de existência dos *ideais absolutos*, nem implica na adoção de um *relativismo jurídico*, em que *a priori* só reconhecem como *fundamento último* do Direito na obediência aos dispositivos normativos postos de um dado contexto relativo. Em face da impossibilidade de “considerar a natureza como um ordenamento normativo” como faziam os jusnaturalistas antigos e medievais, os *ideais absolutos* só existem (ou podem existir) no campo dos *valores* que inspiram (ou podem inspirar) as *normas* jurídicas, e não no campo dessas normas propriamente ditas. Tais *ideais absolutos* são denominados por Miguel Reale de *invariantes axiológicas*.

Assim, a polêmica entre as visões tradicionais *jusnaturalistas* e *juspositivistas* são reposicionadas para outro espaço em que a pergunta: “*existem invariantes axiológicas?*” deflagra a divergência. Dentro dos esquemas conceituais da teoria tridimensional, as correntes de pensamento tributárias do *juspositivismo* reconheceriam que um conjunto de *valores relativos à cultura de referência* incidiria sobre *relações factuais, cuja interpretação é condicionada à sofisticação tecnológica das ciências empírico-positivas* (naturais e humanas), refratando em um conjunto de *regras também variáveis conforme a cultura*.

Por outro lado, dentro desses mesmos esquemas conceituais, as correntes de pensamento tributárias do *jusnaturalismo* reconheceriam que um somatório de *invariantes axiológicas com valores relativos à cultura de referência* incidiria sobre *relações factuais, cuja interpretação é condicionada à sofisticação tecnológica das ciências empírico-positivas* (naturais e humanas), refratando em um conjunto de *regras também variáveis conforme a cultura*.

Miguel Reale não apresenta soluções claras para o dilema acima. Apesar de não acreditar na existência de regras eternas, Reale reconhece que: a) “*há normas que adquirem certa estabilidade, que as defendemos como se fossem inatas, como é o caso das que protegem a pessoa humana, a democracia ou o meio ambiente necessário a uma existência sadia*”; b) há “*valores que adquirem, por assim dizer, um sentido de permanência vital (e vital não apenas no seu sentido biológico) eu os considero 'invariantes axiológicas', e são 'como se fossem (note-se) inatos e eternos'*”⁹³.

⁹³ REALE. Miguel. *Variações sobre a Normatividade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

Note-se que, em vez de afirmar categoricamente que tais entidades absolutas existem, ele utiliza a expressão “*como se*”, indicando que tais normas estáveis e valores absolutos são apenas frutos da experiência jurídica acumulada que se repete ao longo de diversas culturas, e são justificadas pela incrustação de um consenso ao redor deles pela evidência dos seus resultados quanto a concretização da paz social.

Apenas para exemplificar a teoria acima exposta, reconhece-se a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fundamental*, a partir do qual irradia todo o ordenamento jurídico-constitucional. Assim, reconhece-se o *direito à vida* como norma principal que protege esse valor. No entanto tal norma não tem incidência absoluta, uma vez que se admitem exceções a esse direito em situações específicas, a saber: em estado de guerra, em face de estado de necessidade ou por legítima defesa e nos casos de aborto permitidos por lei.

Tal exemplo ilustra a tese de que não existem direitos positivados absolutos, já há décadas sedimentada na doutrina brasileira. Contanto que as ressalvas quanto à amplitude da relativização sigam máximas claras, tal tese é realista quando aplicável ao ordenamento constitucional brasileiro, em virtude da multiplicidade de normas que subsistem no ordenamento jurídico,

O direito de liberdade de expressão, enquanto norma positivada, protege em seu bojo o *valor-liberdade*. A garantia de liberdade de expressão tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação, julgamento ou manifestação não-verbal, sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, de tal modo que corresponde a um *poder-agir* em face do Estado, oponíveis a qualquer órgão público, no sentido de garantir a *abstenção do Estado* e dos outros membros da sociedade para que não embaraçe quanto ao exercício desse direito.

Quando o *valor-liberdade*, em seu mais alto grau, fundamenta o ordenamento jurídico, juntamente com a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fundamental*, configurando ou não uma *invariante axiológica*, o Estado se reveste da *ideologia liberal*, de tal modo que o Estado se incumbe unicamente de garantir os meios policiais e processuais para sancionar aqueles que iniciarem o embaraço a esses direitos, que integram a esfera privada do indivíduo. Nesse modelo de Estado, o direito de liberdade de expressão protegeria qualquer expressão, independentemente do seu conteúdo. Assim, tal direito é visto como um *fim em si*.

À medida que o Estado protege outros valores juridicamente relevantes, de ordem comunitária como a *segurança nacional*, o *bem-estar social* e a *supremacia do interesse público* ou de ordem moral como: a *expressão correta*, a restringibilidade do direito de liberdade de expressão ganha mais fundamento. Tais valores colidentes são contidos no interior de outras normas em antinomia a esse direito.

Ademais, a restringibilidade do direito de liberdade de expressão ganha mais fundamento quando se verifica que historicamente tal direito não é um *fin em si*, mas sempre um meio para que outras *finalidades substantivas* se concretizem, além da mera *autonomia individual* conforme preconiza a ideologia liberal.

De um lado, há a visão *liberal*, que preconiza que não é prudente, nem moral a restrição da liberdade de expressão. Tal direito é intimamente ligado à individualidade humana. A máxima voltairiana “*Não concordarei com as palavras que tu dizes, mas defenderei até a morte o direito de dizê-las*” garante um patamar civilizatório ideal, e não deveria, portanto, ser flexibilizada.

Por outro lado, há a visão *intervencionista*, de caráter mais *socializante*, embebida em forte grau dos valores conflitantes acima expostos, que acentua o papel que os indivíduos têm na sociedade. Por essa perspectiva, a liberdade de expressão pode ser restringida em face de uma ordem social hipotética, a ser almejada pelo aparato estatal.

Essas visões evidentemente não excluem as posições intermédias quanto à matéria, que buscam conciliar o *valor-liberdade* com os outros valores de ordem *comunitária* ou *moral*. Na análise quanto à compatibilidade de uma norma restritiva com a Constituição, essas visões intermédias melhor orientam para esse fim.

Em que pese tais considerações, é imperioso trazer à tona as restrições que têm fulcro no texto constitucional, e o modelo de prestação jurisdicional que melhor se harmoniza com a ordem constitucional, independentemente das divergências ideológicas quanto aos valores escolhidos para compor o *espírito da Constituição* pelo *poder constituinte originário*.

Cumprido destacar que, nessa investigação, não exista um *ideal supra-ideológico* que consista na exata compatibilidade com a Constituição. No entanto, a compatibilidade com a Constituição constitui um valor, que corresponde à possibilidade jurídica de aceitar como válidas um conjunto de normas, ainda que não sejam *unívocas*, mas certamente elas não devem ser *equívocas*.

3.2. TEORIA GERAL DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.2.1. Definição de Restrições aos Direitos Fundamentais

Superadas as questões zetéticas sobre a matéria, o próximo passo da investigação teórica é investigar as restrições aos direitos fundamentais, dentro da Dogmática Constitucional.

A ideia que o termo *restrição*, oriundo do latim “*restringere*”, evoca à mente é sempre a de supressão ou diminuição de algo. Dessa forma, quando se refere à *restrição em sentido amplo de um direito fundamental*, as lições do constitucionalista português Jorge Reis Novais são cristalinas, *in verbis*⁹⁴:

Assim, entendemos genericamente por restrição a acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado.

Da definição acima, extrai-se com clareza que a restrição corresponde a afastar desvantajosamente o bem jurídico protegido pelo direito restringido. Assim, a restrição corresponde a uma *intervenção ablativa* num direito com conteúdo já determinado de forma independente da restrição.

No entanto, é imperioso destacar a diferença entre *intervenção restritiva* e *restrição em sentido restrito*, objeto da nossa análise teórica. Desde que se consolidaram no ordenamento jurídico os direitos fundamentais, a primeira consequência dessa construção normativa é considerar que tais direitos integram o *patrimônio jurídico do indivíduo*. Nesse sentido, o direito fundamental é associado à noção que temos por *direito subjetivo*.

As primeiras concepções consolidadas nas constituições nacionais eram arquitetadas à luz do *modelo clássico*, em que os direitos fundamentais eram considerados como direito de defesa, dirigidos contra a Administração. Os direitos fundamentais, portanto, até então tinham os contornos jurídicos conferidos pela ideologia liberal, devidamente flexibilizados pela experiência constitucional local.

⁹⁴NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 157.

A *intervenção restritiva*, à luz do *modelo clássico*, corresponderia a qualquer comportamento estatal fático, independentemente de prescrição normativa de contornos claros, que prejudique efetivamente ou ameace de forma relevante alguma liberdade fundamental.

Assim, por exemplo, qualquer expropriação, realizada pela atividade policial executiva corresponderia a uma *intervenção restritiva* no direito de propriedade; qualquer cláusula leonina que a administração tiver por prerrogativa exclusivamente legal consistiria numa *intervenção restritiva* ao direito de livre negociação contratual.

Nesse contexto, a intervenção restritiva deveria necessariamente apresentar as seguintes características formais, conforme orienta o constitucionalista português Jorge Reis Novais⁹⁵:

Em primeiro lugar, deveria tratar-se de um acto estatal imperativo, unilateral, próprio da administração agressiva, em especial um acto administrativo; deveria, depois, regular uma relação entre o indivíduo e o Estado, pelo que a intervenção deveria destinar-se directamente ao afetado e afectá-lo nessa qualidade; em terceiro lugar, essa relação teria de ser uma relação jurídica e não meramente fática, assentando necessariamente num acto jurídico a que pudessem aplicar-se as garantias típicas de Estado de Direito; por último, e decisivo, no acto estatal deveria estar presente essa finalidade ou intenção deliberada de intervir restritivamente no direito fundamental.

Da definição supramencionada, infere-se que a concepção clássica assentava essencialmente nas qualidades da medida estatal, que seria considerada *intervenção restritiva* desde que nela estivesse um conjunto de características pré-determinado, no âmbito de qualquer *direito individual* do cidadão.

Tal definição é deveras ampla e praticamente inviabilizaria, na maior parte das situações, a prestação da atividade estatal. No modelo delimitado pelo *Estado Social*, as *liberdades fundamentais*, a partir de então, são exercidos dentro de uma ordem constitucional que atenua o carácter individual. As mitigações do carácter liberal de tais direitos são ilustradas pelas lições do administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁶:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se

⁹⁵NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 211.

⁹⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989. p. 28.

com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro; bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.

Tal mudança de paradigma nos contornos dos direitos individuais implica em mudança nos requisitos de *validade* da *intervenção restritiva*, que deveria ponderar não só os atributos do ato estatal, mas também relevaria os efeitos produzidos na esfera do afetado, mais precisamente *a intensidade e a qualidade do prejuízo* verificado no bem protegido, na relevância do seu efeito restritivo.

Assim, se o prejuízo de justificar em face dos *valores* embebidos pelos direitos de ordem socializante ou por razões de *supremacia do interesse público* ou de *ordem pública*, a *intervenção restritiva* reveste-se de validade.

Não obstante a relevância das *intervenções restritivas* no impacto da concretização de um direito fundamental, tal conceito não se confunde com as *restrições em sentido estrito*, que denominaremos, por questões de praticidade, simplesmente de *restrições*. Enquanto as intervenções restritivas correspondem aos atos do plano da realidade, que deixam intocadas as normas jusfundamentais, as restrições em sentido estrito alteram-na propriamente.

Nesse sentido, Alexy enfatiza que as restrições a direitos fundamentais são tipos de normas. No entanto, tal norma se caracteriza em primeiro lugar por ser compatível com a Constituição. Assim dispõe a explanação do jurista alemão⁹⁷:

Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*.

O direito fundamental teria, portanto, *a priori*, um *âmbito de proteção*, que lhe é próprio. Conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes, o âmbito de proteção abrange “os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (...) e a

⁹⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

consequência comum, a proteção fundamental.”⁹⁸ Nem sempre a delimitação desse âmbito de proteção é uma tarefa fácil para o jurista, exigindo do intérprete um renovado e perene esforço hermenêutico.

Assim, a restrição exerce influência no *bem protegido pelo direito fundamental ou na relação jurídica entre o titular e o destinatário desse direito*, incluindo relações jurídicas conexas, de tal modo que são esses dois fatores influenciados por onde se avalia o efeito jurídico da restrição.

Ademais, a restrição reforça a ideia de *relativização* de um direito, na medida em que condiciona a sua força normativa a outras circunstâncias fáticas e jurídicas, proporcionadas por outras normas antinômicas. Tal *relativização* se justifica quando a norma que estabelece o direito, em vez de ser interpretada *atomicamente*, deve ser elucidada como membro de um *sistema*.

No que concerne à relação entre a restrição e o conteúdo do direito restringido, há duas teorias que explicam o mecanismo dessa relação: a *teoria externa* e a *teoria interna*. A *teoria externa* é explicada nas seguintes palavras de Alexy⁹⁹:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de *teoria externa*.

A *teoria externa* parte do pressuposto de que o conceito de direito e o conceito de restrição são coisas distintas, não havendo, portanto, relação necessária entre ambas. Assim, a restringibilidade de um direito é definida por fatores alheios ao conteúdo desse direito.

Alexy explica a *teoria interna* nestes termos¹⁰⁰:

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito

⁹⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 373.

⁹⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

¹⁰⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277-278.

de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em ‘restrições’ no lugar de ‘limites’ então, se fala em ‘restrições imanentes’.

Diferentemente da *teoria externa*, a *teoria interna* parte do pressuposto de que o conceito de restrição de um direito coincide com o conceito de limite desse mesmo direito, de tal modo que não existem duas coisas: o *direito em si* e o *direito restringido*, conforme preconiza a teoria externa, mas somente uma coisa: o *direito com um determinado conteúdo*, estabelecido pelos seus limites.

A restrição ao direito fundamental é definida aqui, com base da *teoria externa*, em que o direito tem uma natureza *em si*, diferenciada da restrição, de tal modo que a restrição é um obstáculo alheio a ele, que corresponde a uma limitação fática ao exercício do direito. Tal teoria, inclusive, é a que melhor se harmoniza com a definição proposta pelo constitucionalista Jorge Reis, citada no item anterior.

Em primeiro lugar, o emprego da *teoria externa* tem a vantagem de melhor buscar a clareza conceitual de *restrição* e *limite* de um direito fundamental, evitando confusões desnecessárias entre esses conceitos, estabelecendo que a *restrição* corresponde a uma *intervenção exterior* ao conteúdo de um direito, ao passo que o *limite* corresponderia ao próprio *contorno* do conteúdo de um direito, ainda que difícil de se determinar em tese.

Não obstante a clareza conceitual proporcionada, a *teoria externa* é o esquema conceitual que melhor se compatibiliza com a natureza das normas de direitos fundamentais, introduzida no capítulo anterior. Adotar a *teoria interna* traz como consequência a afirmação de que o conteúdo do direito tem sempre um caráter definitivo.

No entanto, os princípios esculpido na Constituição Federal correspondem a *mandamentos de otimização*, em que seu caráter é *prima facie*. Nesse modo, a força normativa do *princípio* não pode ser determinada em tese, de caráter definitivo, mas apenas no caso concreto, conforme a tensão entre princípios antinômicos.

Na antinomia de princípios, um não exclui os outros em tese, mas no caso concreto, um conjunto de *valores* concederão *pesos* diferenciados a cada princípio, de modo que o mais *pesado* deve prevalecer. Assim, tal fenômeno indica que um princípio pode ser restringido por outro princípio antinômico de maior densidade valorativa.

Assim, o caráter normativo dos princípios é uma forte evidência de que a *teoria externa* é mais realista para descrever a *restringibilidade* de um direito fundamental.

Vale salientar que a *teoria interna* poderia ser utilizada para explicar a natureza normativa das regras, cujas posições jurídicas associadas são definitivas. Isso é evidenciado em face de que a antinomia entre regras implicará na exclusão em absoluto de uma regra, e na aplicação de outra, em que o conflito é comumente solucionado com a presença de cláusulas de exceção expressas, ou, na ausência de tais cláusulas, o Poder Judiciário deve se valer dos critérios cronológico, hierárquico e temporal, conforme enfatiza Bobbio em suas lições¹⁰¹.

No entanto, a natureza das regras não exclui a aplicação da teoria externa, na medida em que se pode empregar o conceito de *limite* para se referir aos contornos incontestados do bem jurídico protegido pela norma-regra.

Nesse sentido, as restrições são compatíveis apenas com normas com o caráter de princípios. Sobre o tema, assim se posiciona Alexy sobre a definição de restrição, *in verbis*¹⁰²:

Aqui é possível mencionar uma [definição de restrição a direito fundamental], que vai além das normas restritivas mandatórias e proibitivas e diz respeito a todas as normas restritivas: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental. O que significa restringir a realização de um princípio de direito fundamental é algo demonstrado de forma paradigmática por meio das normas mandatórias e proibitivas.

As formas nas quais podem operar as restrições a normas de direitos fundamentais podem ser divididas em dois grupos: as *restrições diretamente constitucionais* e as *restrições autorizadamente constitucionais*. Tal classificação implica em afirmar que qualquer restrição deve ter fundamento constitucional.

No primeiro caso, a restrição é provocada por outra norma de hierarquia constitucional. No segundo caso, a restrição é provocada por uma norma infraconstitucional, cuja criação é autorizada por norma constitucional.

No que concerne às restrições autorizadamente constitucionais, é imperioso sanear a discussões apresentando as diferenças de conceitos correlatos, que se confundem com o conceito de *restrição*.

¹⁰¹Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

¹⁰²ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 285.

As normas de direito fundamental precisam ser *conformadas* no ordenamento infraconstitucional. Dentre as normas infraconstitucionais que se relacionam com o direito fundamental em questão, operando alguma intervenção, tem-se aquelas que o *configuram* e as que o *restringem*. Nem sempre a diferença entre tais normas é clara, mas não se pode afirmar que a delimitação de tais diferenças tem pouca serventia prática.

As normas de *configuração* correspondem às condições logísticas que precisam ser conferidas a um direito fundamental para que ele possa existir no ordenamento jurídico e se adaptar aos outros dispositivos normativos existentes. Ainda que tais configurações pareçam restringir o suporte fático do direito, por definir limites ao seu conteúdo, a diferença crucial que distingue da *restrição* é o fato de que esta visa inibir a sua realização, afetando desvantajosamente seu conteúdo, de forma de que não se relacione com a sua *clarificação* ou *concretização*¹⁰³.

Ademais, as *normas de configuração* são necessárias para definir o suporte fático do direito fundamental a ser conformado, quando, não raro, é lacunoso o texto constitucional a esse respeito.

Cumprido destacar que a diferenciação se torna mais dificultosa quando uma norma consegue revestir da dupla função de *configuração* e *restrição*. No entanto, tal diferenciação ganha importância, na medida em que se percebe que a *restrição* é sempre mais gravosa à concretização do direito fundamental, de modo que a sua fundamentação requer um ônus argumentativo maior para o legislador para verificar a *conformidade com a Constituição*.

A *restringibilidade* deve, nessas condições, seguir a *lei de sopesamento*, balizada pela *máxima da proporcionalidade*, e os três subcritérios que a compõem. Deve

¹⁰³O contraponto entre *configuração* e *restrição* é utilizado por Alexy. No entanto, vários doutrinadores utilizam expressões correlatas à *configuração*, ou mesmo utilizando várias classificações de normas que não se confundem com as *restrições*. Lerche, por exemplo, identifica três normas que intervêm no conteúdo dos direitos fundamentais: normas que conformam ou determinam o conteúdo dos direitos fundamentais (que criariam o seu conteúdo, na hipótese de autorização pela Constituição), normas que clarificam-no (que estabelecem os limites) e as normas que o restringem propriamente. Gilmar Mendes utiliza a expressão *conformação* ou *regulação* quando se refere às normas que completam, densificam ou clarificam o direito fundamental, sem, contudo, configurar uma *restrição*. Ademais, há doutrinadores que preferem usar o termo *regulamentação*, quando quer se referir às normas que tratam dos pormenores de execução, proporcionando a operabilidade do direito fundamental. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 332-340. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 375-378. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 172-192. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 709-743.

também verificar a existência de um conteúdo essencial presente no direito fundamental e de um núcleo absoluto irrestringível no suporte fático do direito fundamental em análise. Deve, por fim, também verificar a reserva constitucional que autoriza tal restrição, bem como o caráter geral e abstrato que deve acompanhar tais normas restritivas.

Nesse contexto, a discussão sobre as *restrições e configurações* dos direitos *individuais negativos*, em destaque a liberdade de expressão, suscita maior atenção, uma vez que os parâmetros de intervenção são mais problematizáveis que as outras categorias de direitos fundamentais, visto que para estas a intervenção do legislador é compatível com a sua essência, ao passo que para os *direitos individuais*, tais normas restritivas são alheias à sua essência, conforme evidencia a experiência histórica.

3.2.2. Dinâmica das Restrições aos Direitos Fundamentais

A compatibilidade com a Constituição é requisito inseparável da restrição de qualquer direito fundamental. Em face do princípio da supremacia da Constituição, a garantia dos direitos fundamentais deve ser um vetor que orienta toda a atividade legislativa e executiva. No entanto, caso seja necessário restringir algum direito fundamental, o princípio da supremacia da Constituição autoriza que o legislador assim o permite, desde que seja necessário para concretizar outros valores, protegidos por outras normas constitucionais.

A possibilidade de que o legislador se reveste para restringir um direito fundamental deflagra uma ruptura no modelo de *tripartição dos poderes*. Conforme o paradigma constitucional antigo, dentro do modelo delimitado pelas constituições brasileiras de 1946 e 1967, o legislador não passava de uma postura proclamatória dos direitos fundamentais, limitando a tratar de matérias de ramos mais tradicionais do Direito como *civil, penal, processual, trabalho, etc*, sem, contudo, interferir significativamente na dinâmica dos *direitos fundamentais*, reservada para o texto constitucional.

Aliás, tal paradigma, inspirado no *modelo clássico*, ainda é notório no Constitucionalismo norte-americano. Conforme enfatiza Jorge Reis Novais, nos Estados Unidos, “*desde o início, os direitos fundamentais foram compreendidos como defesa*

*constitucional contra o legislador*¹⁰⁴. Assim, a Constituição já conteria em seu substrato normas quanto à restrição e conformação dos direitos fundamentais, ao passo que a reserva de lei estaria, portanto, fora do domínio desses direitos.

No paradigma contemporâneo, delimitado pela Constituição de 1988, o legislador reveste de uma postura mais *ativista*, para concretizar os preceitos constitucionais, atribuindo significativa modificação normativa em dispositivos constitucionais mais genéricos, seja por autorização expressa ou implícita. Assim, as matérias de cunho constitucionais *infiltravam* nas preocupações do legislador contemporâneo e *irradiavam* com mais intensidade nos ramos do direito, em que tradicionalmente eram alheios à matéria constitucional.

Assim, tal paradigma indica que o *sistema constitucional é aberto*, proporcionando a cada direito fundamental um grau de abertura para a conformação infraconstitucional, dentro de um *âmbito normativo*, conferido pelo *programa normativo constitucional*¹⁰⁵.

Os direitos constitucionais são, portanto, positivados com *reservas* ao legislador infraconstitucional, tendo este, inclusive, a prerrogativa de elaborar institutos e conceitos que esclarecem e determinem os enunciativos normativos constitucionais em face das suas *lacunas, dispositivos de ampla generalidade e conformação a institutos pré-constitucionais*, com vistas a conferir ao sistema jurídico *integração e unidade*.

No entanto, tal atribuição do legislador infraconstitucional deve ser revestida dos métodos de política legislativa e hermenêutica constitucional adequados, para que tal conformação não se degenere numa atividade que desnature a força normativa da Constituição e seus valores fundamentais, estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Assim, o legislador deve atentar a duas funções que, embora antagônicas, devem se situar em *equilíbrio tensional*: a função *conservadora* do espírito constituinte e a função *progressista* cabível apenas nos espaços em que existem *lacunas, dispositivos de ampla generalidade e conformação a institutos pré-constitucionais*, reservados para o

¹⁰⁴NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 159.

¹⁰⁵O conceito de âmbito normativo e programa normativo é amplamente utilizado pelo alemão Friedrich Müller, na sua obra *Normstruktur und Normativität*, para descrever o fenômeno constitucional. Segundo ele, o programa normativo é o comando jurídico expresso, ao passo que o âmbito normativo é o domínio da realidade juridicamente relevante, recortado por esse programa dentro do âmbito maior correspondente ao campo de regulamentação desse programa normativo. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 158-172.

legislador, a conformar os dispositivos constitucionais às exigências de uma realidade instável e à multiplicidade dos *lobbys* políticos que proliferam à margem do aparato estatal.

Cumpra destacar que tais paradigmas, ainda que divergissem quanto ao papel do legislador e sua relação com a Constituição, já se tem relevado com clareza o *princípio da supremacia da Constituição* como fundamental na delimitação da Constituição, num contexto em que a constituição só passou ser um documento normativo de fato, no Brasil, com maior relevo, a partir da Constituição Republicana de 1891, em contraposição à Constituição Imperial de 1824, em que o Imperador Dom Pedro I, dentro das prerrogativas do Poder Moderador, poderia modificar a seu bel-prazer a organização do Estado dentro de um modelo *pré-jurídico*, com pequenos traços de semelhança às Monarquias Absolutas, extintas na Europa¹⁰⁶.

No contexto contemporâneo, surge a problemática no que concerne ao conceito de restrição *autorizadamente* constitucional, realizada pelo legislador, e sua abrangência. No plano infra-constitucional, a restrição se opera sob reserva de lei, a qual nas palavras de Jónatas Machado, “*pode ser simples, quando o legislador pode socorrer-se de diferentes finalidades, ou qualificada, quando são fornecidos ao legislador os pontos de apoio para a ponderação*”¹⁰⁷.

No que concerne à reserva de lei qualificada, assim se posiciona o jurista Gilmar Mendes¹⁰⁸:

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

À primeira vista, as restrições deveriam se operar nos casos *expressamente* previstos pela Constituição. Todavia, a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira e portuguesa entende que pode haver restrições *implícitas*, mesmo que não haja dispositivo que taxativamente dispõe sobre a *extensão* e *profundidade* da restrição.

¹⁰⁶Sobre as fases constitucionais do Brasil, Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 361-392.

¹⁰⁷MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 709.

¹⁰⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343.

Nessas condições, a interpretação quanto a esses caracteres da restrição deve seguir conforme uma leitura *unitária e sistemática* da Constituição¹⁰⁹.

Por fim, no que concerne aos efeitos da restrição no direito fundamental restringido, a restrição pode ser dividida em: restrições diretas e restrições incidentais¹¹⁰. O texto normativo das restrições diretas opera de forma direta no conteúdo do direito fundamental, como, por exemplo, no caso da regulamentação do direito de resposta, que restringe em algumas hipóteses a liberdade de expressão.

O texto normativo da restrição incidental se opera diretamente em outra disciplina jurídica, mas com efeitos reflexos do direito fundamental em questão. Esses efeitos reflexos podem se operar imediatamente a partir do significado da norma, como, por exemplo, nas regulamentações à liberdade de reunião, que ponderem algum teor das ideias lá veiculadas, uma vez que normalmente tem efeitos incidentais no direito de liberdade de expressão. Podem também, ainda que não aparentem no plano lógico ter caráter de restrição, operar no plano fático funcionando como um embaraço ao exercício de um direito, como, por exemplo, no caso de leis que conferem taxas milionárias de registro para qualquer jornal, independentemente do seu alcance, que inibem a proliferação de novos jornais, limitando o exercício da liberdade de expressão.

Em face da possibilidade de as restrições incidentais, ainda que neutras ao conteúdo expressivo em presença, diminuírem substancialmente as possibilidades comunicativas disponíveis, a classificação acima elencada é por si só insuficiente para se estabelecer o impacto da restrição no ordenamento jurídico-constitucional, uma vez que ela não informa quanto à extensão e a intensidade da restrição.

3.3. TEORIA ESPECÍFICA DA RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

¹⁰⁹Jónatas Machado admite que as restrições a direitos fundamentais na Constituição portuguesa podem ser autorizadamente constitucionais, ainda que não haja dispositivo expreso na Carta Magna. De maneira análoga, Alexy também admite, desde que compatível com os interesses constitucionais. Jorge Reis Novais considera problemática a existência de restrições realizadas por normas não expressamente autorizadas, ainda que esse fenômeno seja possível e, não raro, necessário para a manutenção do ordem jurídica. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-711. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 332-340. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição..* Coimbra: Coimbra, 2003. p. 01-172.

¹¹⁰Jónatas Machado aborda essa distinção quando se refere às restrições ao direito de liberdade de expressão. No entanto, ele emprega o termo *limites* em vez de *restrições*. Fizemos essa substituição para manter o rigor terminológico adotado pelo trabalho. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-750.

3.3.1. Características Gerais das Restrições às Liberdades Fundamentais

O direito de liberdade de expressão é restringível como todo direito fundamental, em face do ordenamento jurídico-constitucional. Todas as liberdades fundamentais, a princípio, são restringíveis por outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, bem como são susceptíveis de restrição por legislação infraconstitucional, desde que em sintonia com a Constituição.

As liberdades fundamentais têm diferentes graus de restringibilidade, em que as restrições são específicas. Nesse sentido, os valores insculpidos no *caput* do art. 5º, da Constituição servem como fulcro indireto em comum para restringir as liberdades abaixo elencadas.

As *liberdades econômicas de iniciativa e de concorrência* são as mais restringíveis, conforme evidenciam os dispositivos constitucionais. Mitigam a força normativa dessas liberdades: o *valor-trabalho* como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art 1º, inciso IV); os direitos de propriedade intelectual (art. 5º, inciso XXIX) os direitos sociais (art. 7º a 11), em especial os trabalhistas (art. 7º); o sistema de monopólios cuja competência para gestão é da União (art. 21, incisos VII, X, e XXIII); o sistema de regulações pela União (art. 21, incisos IX, XI e XII; art. 24, inciso V); sistema de fomento estatal (art. 23, inciso VIII); a regulação da ordem econômica (art. 170 a 192) com base em princípios gerais (art. 170 a 181), em especial os interventivos (art. 170, inciso I, III, V, VI, VII, VIII, VIII e IX). Tais dispositivos fundamentam uma série de restrições – estaduais, municipais e federais - trabalhistas, fiscais, sanitárias, ambientais, consumeiristas, protetivas aos hipossuficientes, etc.

Vale salientar que, embora essas liberdades econômicas não estejam expressas nos incisos do art. 5º da Constituição Federal, não há de se afirmar que elas não configuram um direito fundamental, uma vez que, considerando que a Carta Magna assume que outros direitos e garantias fundamentais decorrentes dos princípios por ela adotado possam ser adotados, ainda que não expressos, nos termos do art. 5º, § 2º, ela considera os valores da *livre iniciativa* como fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso IV, num contexto em que um direito de liberdade geral é expressamente garantido no *caput*, do art. 5º, como um direito fundamental.

Com consideráveis restrições, se encontra a *liberdade de escolha profissional*, cujas restrições são fundamentadas por aplicação mais moderada dos princípios orientadores da ordem econômica, bem como pela *reserva de lei qualificada*, determinada pelo art. 5º, XIII da Constituição.

Com menos restrições e menos intensas, se encontra a *liberdade de locomoção*, em que as restrições e algumas configurações são determinadas por *reserva de lei simples*, nos termos do art. 5º, inciso XV.

Com restrições mais cuidadosas de ordem pública, para assegurar o caráter lícito e pacífico do seu exercício, se encontram as *liberdades de reunião* e de *associação*, cuja restringibilidade essencialmente é fundamentada pelos incisos XVI e XVII, do art. 5º.

De caráter mais *individualista*, embebidos de um *sistema de proteção individual* mais amplo, em que as restrições se encontram em âmbito sensivelmente reduzido, se encontram as liberdades de pensamento, de expressão, e de consciência e crença. Ainda que seja impossível estabelecer diretrizes dentro de um pragmatismo supraideológico para determinar o teor das restrições, pode-se afirmar, com segurança, que as *liberdades de pensamento, de consciência e de crença* são aquelas cuja força normativa mais se aproxima do projeto delimitado pela *ideologia liberal*. A *liberdade de expressão* é, em seguida, a próxima liberdade fundamental específica que mais tende para essa ideologia.

Ademais, destaca-se que as especificações da liberdade geral não configuram em categorias estanques. Não raro, os suportes fáticos de várias liberdades se confundem, incidindo sobre concorrentemente várias delas, o que torna mais complexa fundamentar a restringibilidade. Por exemplo, a participação em protestos nas ruas públicas se insere no suporte fático da liberdade de expressão e da liberdade de reunião; a utilização de propagandas em *outdoors* se insere no suporte fático da liberdade de expressão e das liberdades econômicas.

Assim, no que concerne à *amplitude* da restrição à liberdade de expressão, resta a controvérsia se tais restrições devem ser de caráter *excepcional* ou se o juízo de ponderação constitucional não permite presumir, a priori, tal característica. Aliás, resta, ainda, investigar se a assunção de tal caráter *excepcional, a priori*, tem alguma consequência prática relevante.

Assim, ainda que não se considere a restrição ao direito de liberdade de expressão configure como exceção¹¹¹, deve-se, pelo menos, ressaltar que a restrição

¹¹¹O caráter excepcional da restrição da liberdade de expressão é enfatizado também por Jónatas Machado no trato da matéria, em relação à experiência constitucional portuguesa. Em face da natureza da liberdade de expressão, tal qualidade pode ser atribuída a esse direito positivado na Constituição

deve se localizar no âmbito de circunstâncias circunscritas e fundamentadas, desde que observado um devido processo legislativo que compreenda um elenco apertado de requisitos formais e materiais. A construção teórica do direito já tem em si uma barreira mais robusta, uma vez que se reconhecem poucos valores vulneráveis aptos a flexibilizar seu conteúdo.

A seguir, abordar-se-ão os princípios formais que devem fundamentar o processo de restrição, bem como os aspectos materiais que envolvem o fenômeno.

3.3.2. Princípios Aplicáveis

As restrições à liberdade de expressão pela legislação infraconstitucional devem se orientar por *princípios formais*. Tais princípios fornecem um indicativo geral de como a Política Legislativa deve orientar a normatização das restrições de modo que estas se compatibilizem com a Constituição. São, ainda, úteis na orientação de *diretrizes negativas*, a partir das quais o legislador deve se orientar.

Os *princípios formais*, aos quais aqui se faz referência, não necessariamente correspondem à acepção proposta por Alexy de *princípios*. São aqui utilizados em sentido amplo se referindo a qualquer *orientação normativa* ou *hermenêutica* capaz de balizar o tratamento legislativo.

3.3.2.1. Princípio da Legalidade

O *princípio da legalidade*, o mais essencial para fundamentar a restringibilidade do direito de liberdade de expressão no que concerne às *garantias formais*, guarda em seu conteúdo múltiplos significados. Enquanto *direito individual*, corresponde à *faculdade* que toda pessoa, física ou jurídica, tem em fazer ações que não estão proibidas por lei. Esse direito foi positivado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal nos seguintes termos¹¹²: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

brasileira.. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-750.

¹¹²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

A ideia desse princípio, mais ampla do que o conteúdo do direito individual supramencionado, corresponde à premissa de que, nas palavras de Mártires Coelho, a “*lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais*”¹¹³.

No que concerne à organização do Estado, tal princípio reveste de um duplo significado: a *garantia do Estado de Direito* e a *manifestação do princípio democrático*, conforme se extrai das lições de Jónatas Machado¹¹⁴.

A *garantia do Estado de Direito* corresponde ao fato de que há íntima relação entre os *direitos e liberdades fundamentais*, e a *ordem constitucional de competências políticas*, de modo que esta, através de seus servidores públicos e agentes políticos, tem a incumbência de garantir, proteger e concretizar aqueles. A estes servidores e agentes, é vedada a atuação arbitrária, fora dos limites por lei circunscritos.

A *manifestação do princípio democrático* é evidente na primazia da lei como instrumento para normatizar as decisões essenciais para a sociedade civil e comunidade política, através de um *órgão parlamentar*, enquanto instituição representativa, por excelência, da *soberania popular*, conforme se infere do §único do art. 1º da Carta Magna, nos seguintes termos¹¹⁵: “*Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

Ciente da importância da lei, a Constituição Federal guarda em seus dispositivos matérias jurídicas a serem *reservadas* pela disciplina legal. Tal fenômeno, denominado de *reserva de lei*, se justifica pelo fato de que a constituição é incapaz, na época da sua elaboração, de dispor de todos os conteúdos relevantes, deixando para o órgão legislativo abordar matérias, compatíveis com a *fluidez dos interesses populares* e com a *experiência consolidada na jurisprudência*. A esse caráter material da lei, essencial ao modelo democrático, é pressuposto da *teoria da essencialidade*¹¹⁶.

Cumprir destacar que, até certo ponto, tais premissas são românticas, uma vez que os *lobbys* pelos quais se orientam os parlamentares podem ter pouco contato com os

¹¹³Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180-181.

¹¹⁴Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-726.

¹¹⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹¹⁶Sobre a teoria da essencialidade: Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-726. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 192-286.

interesses populares a jurisprudência consolidada. No entanto, esse fato não muda o caráter de que tais caracteres garantem a *validade e eficácia da lei*.

Em face da *teoria da essencialidade*, do caráter delicado que reveste o direito de liberdade expressão e do *princípio da legalidade* e da *reserva legal*, a premissa fundamental da restrição a esse direito é que as restrições as liberdades de expressão e comunicação só podem *realizadas* por lei, ou por outro órgão executivo, desde que *autorizado* por lei, respeitada a sua *precedência e prevalência hierárquica*.

De modo análogo à Constituição Portuguesa, conforme evidencia Jónatas Machado¹¹⁷, a restrição da liberdade de expressão corresponde a uma reserva de lei formal qualificada, em face do sofisticada rede de proteções que blindam esse direito e a necessidade de observar requisitos materiais, nos termos do art. 220 da Constituição Federal.

Assim, a *avaliação* dos interesses constitucionais quanto à *configuração* e a *restringibilidade* do direito de liberdade de expressão deve ser realizada pelo órgão legislativo federal, conforme a constituição dispõe, não cabendo qualquer *interpretação extensiva*, sob pena de *inconstitucionalidade formal*.

No entanto, as controvérsias surgem quanto a legitimidade de outros órgãos a regularem a matéria, entre os quais *órgãos públicos* como: governos, ministérios, agências reguladoras e conselhos corporativos, e *órgãos privados* como: associações representativas e sindicatos.

Os *órgãos públicos* podem regular quanto à matéria, desde que haja autorização expressa e clara, baseada na *avaliação constitucional* proposta pelo órgão legislativo federal, e resguardado o dever de aplicação e maximização das suas finalidades. Não pode, portanto, esses órgãos *contradizerem* os dispositivos e não *inovarem* na principiologia, sob pena de serem julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Tal atribuição deve ser moderada e com prudência, uma vez que a Constituição Federal não faz menção expressa a essa modalidade de autorização quanto a matéria, ainda que não haja proibição por *inconstitucionalidade*.

Aos *órgãos privados* é vedado qualquer tratamento normativo sobre a matéria, por violarem as competências constitucionalmente arroladas. Tais órgãos podem no máximo estabelecer indicativos e informativos sobre a matéria, bem como pressionar o Legislativo para que atendam a suas reivindicações, sem que estas por si tenha qualquer

¹¹⁷MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-726.

caráter vinculante aos *órgãos públicos*. Podem, ainda, indicar o entendimento que uma categoria tem sobre a matéria, de modo que, em casos mais raros, dependendo da importância e do caráter nacional do órgão privado, tal entendimento funcione como matéria-prima para se estabelecer alguma orientação hermenêutica de institutos jurídicos indeterminados.

No que concerne às formas de redação da lei, é imperioso destacar que, em face do caráter excepcional da restrição ao direito de liberdade de expressão, a *precisão*, a *clareza* e a *determinabilidade* dos dispositivos legais assumem maior importância, se comparado a outros direitos fundamentais.

Como a linha entre a simples configuração e a restrição desse direito é tênue, tais atributos configuram maior *segurança jurídica* e *efetividade à proibição do arbítrio*, não podendo, portanto, desestabilizar as expectativas sociais e minar a confiança dos cidadãos creditada à clareza da lei.

Assim, a linguagem técnica afigura-se necessária, uma vez que conceitos indeterminados podem subverter a escolha institucional realizada pela Constituição. Com isso, não se quer dizer que é vedada, *a priori*, a aplicação em lei de qualquer termo indeterminado, uma vez que nem sempre é possível o tratamento legislativo exclusivamente em categorias jurídicas explícitas, transformando o juiz meramente na *bouche de la loi*.

No entanto, tal indeterminação deve ser criteriosa para que a determinação seja possível ser gradativamente conquistada na experiência dos tribunais, sendo vedada a *obscuridade deliberada*, a *polissemia desnecessária*, a *vagueza excessiva* e o *emprego de termos que mais remetam a estados emocionais do que a dados da realidade concreta*. Nessas condições, requer-se prudência no emprego de termos como: “ofensivo, indecoroso, abusivo, ultrajante”.

Uma norma obscura na matéria das liberdades comunicativas pode tender à inconstitucionalidade. A doutrina portuguesa reconhece a possibilidade de que uma norma substancialmente imprecisa seja considerada inconstitucional, dentro da jurisdição constitucional¹¹⁸.

Nessas condições, na hipótese de imprecisão de termos, recomenda-se sempre interpretação restritiva das cláusulas de restrição, uma vez que a restrição é sempre

¹¹⁸Sobre a inconstitucionalidade sobre a obscuridade de termos: Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 708-726.

excepcional, em conformidade ao subprincípio da necessidade, que integra o conceito de proporcionalidade em sentido amplo, já mencionado anteriormente.

3.3.2.2. Princípio da Isonomia

O *princípio da isonomia* preconiza que devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, tal como enunciado por Aristóteles. Tal princípio é normatizado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos¹¹⁹: “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)*”.

Gilmar Mendes, no que concerne a principiologia aplicada à restrição, considera como correlato a este o princípio da proibição da restrição casuística, que preconiza os seguintes termos¹²⁰:

(...) as restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos princípios da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade quanto a possibilidade de que, por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.

O princípio da isonomia carrega em seu bojo duas dimensões: a *formal* e *material*. A primeira dimensão preconiza que tanto o legislador quanto os aplicadores da lei devem valer de idêntico tratamento para as pessoas que fizerem os mesmos atos, tal como descritos no texto legal. A dimensão material preconiza, de forma complementar à primeira, que o tratamento por lei pode ser diferenciado para quem fizer os mesmos atos, desde que existam condições fáticas que tornem razoáveis o *fator de discrimen*. Assim, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a norma que atribuir tratamento jurídico diferenciado deve guardar relação de pertinência lógica entre o fator de *discrimen* adotado e a disparidade de regimes jurídicos, de modo que os efeitos práticos do *discrimen* tenham como consequência a concretização de valores prestigiados pela *Constituição*¹²¹.

¹¹⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹²⁰Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 373.

¹²¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Em face do caráter geral e o alto nível de abstração que deve revestir a lei, o princípio da isonomia preconiza que a restrição das liberdades comunicativas deve operar no número indeterminado e indeterminável de casos e destinatários, sendo vedada a discriminação deliberada e o impacto diferenciado, uma vez que não encontra presente esse *fator razoável de discrimen*.

Não raro, é difícil auferir a razoabilidade feita por um *discrimen* legal, ainda mais no caso das restrições à liberdade de expressão, em que só deveria ser empregado em situações excepcionais. Para fins de exemplificação, pairam controvérsias sobre a razoabilidade do *fator de discrimen* que conferiu seguinte restrição à *liberdade de expressão* para os militares nas condições descritas pelo art. 166 do Decreto-Lei nº 1.001 (Código Penal Militar), de 21 de outubro de 1969, nos seguintes termos¹²²:

Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave

A solução para a legitimidade dessa lei guarda relação com os *valores* que se adotam como preponderantes. Partindo da solução *individualista*, não há razoabilidade no fator de *discrimen* em desfavor dos militares, de modo que o âmbito de incidência do direito individual de liberdade de expressão seria capaz de protegê-lo dos embaraços oficiais, devendo, apenas, o militar responder apenas pelos danos efetivamente causados pelo conteúdo da expressão.

No entanto, partindo de uma visão mais *comunitária*, em que se releve a categoria diferenciada do militar e a importância da unidade da organização para efetivar o direito à segurança da população, insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal¹²³, essa restrição se justificaria para efetivar a maior segurança, configurando, portanto, razoável tal *fator de discrimen*.

A solução para a encruzilhada entre o *sacrifício individual desnecessário por valores abstratos* e a *necessidade de disciplina para efetivar as atividades militares*, resta ponderar a experiência histórica, e, dentro dela, estabelecer as premissas fáticas e as consequências que tais visões podem trazer para a ordem social.

¹²²BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. DF: Senado, 1988.

¹²³BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. DF: Senado, 1988.

Considerando que a difusão de informações oficiais indevidamente pode comprometer a segurança nacional, principalmente em tempos de guerra, bem como avaliando a responsabilidade do militar em obedecer seus superiores, a nosso ver, a proibição da publicação do militar ou assemelhado, sem licença, de ato ou documento oficial consiste em restrição razoável da liberdade de expressão, ao passo que a crítica de ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar consistiria aceitável, apenas em casos de flagrante abuso de poder, enquanto a crítica a qualquer resolução do governo deveria estar incluso na proteção constitucional do direito de liberdade de expressão, salvo em situações excepcionais de estado de defesa ou outro momento necessário para manter a ordem social¹²⁴.

O exemplo acima ilustra a complexidade do tema sobre a incidência do princípio da isonomia e a restringibilidade do direito de liberdade de expressão.

3.3.2.3. Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, conforme já enfatizado, é um *metaprincípio* cuja finalidade é investigar critérios que assegurem a legitimidade do processo de ponderação de princípios normativos, que revestem interesses constitucionalmente protegidos, procurando alcançar um ponto ótimo de máxima efetividade, provocando a menor restringibilidade possível do conteúdo essencial do direito de liberdade de expressão. Jónatas Machado enfatiza que esse princípio tem por alvo atingir o *clímax de bens jurídicos*¹²⁵.

O emprego de tal princípio para fundamentar a restringibilidade do direito de liberdade de expressão consiste na verificação de um conjunto de testes, associados aos três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) já mencionados, com vistas a confirmar se os meios normativos adotados para realizar a restrição são justificados pelos fins dessa norma restritiva.

A *legitimidade constitucional contida no fim* dessa norma restritiva se encontra demonstrada quando ela busca concretizar o conteúdo de outro direito fundamental colidente, que tenha maior relevância para o problema jurídico, só possível pela atuação do legislador, ao qual essa norma busca solucionar.

¹²⁴Para verificar uma opinião jurídica quanto à inconstitucionalidade integral do dispositivo normativo em análise, Cf. SILVA, Júlio César Lopes da. *Liberdade de expressão dos policiais e bombeiros militares*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8797>. Acesso em 15 jul 2013.

¹²⁵Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 726-727.

A *legitimidade constitucional contida no meio* dessa norma restritiva é difícil de demonstrar. No entanto, um parâmetro mínimo para se auferir a legitimidade é detectar se ela consiste em alguma vedação expressa pela constituinte. Assim, por exemplo, teriam a legitimidade comprometida as restrições que impliquem a instituição de censura prévia ou licença da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, cuja pretensão a Carta Magna veda expressamente através do inciso IX, do art. 5º, da Constituição Federal. Do mesmo modo, a legitimidade seria comprometida na hipótese de lei infraconstitucional que obrigasse o jornalista a revelar em qualquer situação as fontes de informação, uma vez que violaria o inciso XIV, do art. 5º, da Constituição Federal¹²⁶.

Ademais, o meio normativo que, enquanto defendia a neutralidade ideológica, dissimulava o propósito de embaraçar a veiculação de ideias, também tem a sua legitimidade constitucional prejudicada. Sobre esse tema, é exemplificativo o julgado no Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o decreto do Governador do Distrito Federal que proibia a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas pacíficas ocorridas na Praça dos Três Poderes, sob o argumento de que era necessário garantir o bom funcionamento dos órgãos públicos. A decisão do Rel. Min. Marco Aurélio segue nos seguintes termos¹²⁷:

(...)

Doravante, conforme dispõe o decreto em comento, só serão permitidas multidões silenciosas (...). E é de ressaltar que, ao se depreende do malfadado texto, somente as manifestações políticas merecem (...). A reunião prevista no preceito constitucional não está limitada àquelas que se mostrem silenciosas. Ao contrário, a razão de ser do preceito está na veiculação de idéias, pouco importando digam a respeito aspectos religiosos, culturais ou políticos.

Além da legitimidade dos meios e dos fins da norma restritiva, espera-se que haja *adequação* entre esses meios empregados e os fins pretendidos. Assim, o fim e o meio desse tipo de norma devem guardar entre si uma razoável *relação de causa e efeito*. O estudo jurídico deve buscar que os meios, *ao máximo*, prossigam na realização do fim.

¹²⁶BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.969-4/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 05.03.2004.

Ademais, em face do caráter sensível e excepcional da restrição da liberdade de expressão, são afastados os métodos intuitivos e especulativos da atividade restritiva. A problemática é marcante nas normas que visam a proteção da infância e da juventude.

Espera-se, ainda, que haja *necessidade* da escolha da norma restritiva para atingir o fim, de modo que o direito de liberdade de expressão seja restringido *ao mínimo* estritamente necessário, bem como, se não houver outra alternativa, seja restringido *ao mínimo* outros direitos fundamentais correlatos.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido restrito* do meio em relação ao fim corresponderia na investigação correlativa concernente às vantagens e desvantagens do meio normativo empregado em relação ao fim, de modo a encontrar o ponto ótimo da fronteira de possibilidades de realização dos bens constitucionais, pelo meio normativo *mais* adequado e, ao mesmo tempo, *menos* restritivo possível.

A análise simultânea dos cinco testes acima elencados corresponde ao efeito prático da aplicação do princípio da *proporcionalidade em sentido amplo*. Cumpre destacar a dificuldade do Corte Constitucional efetivar o controle jurisdicional quanto à aplicação desse princípio pelo Poder Legislativo. Em primeiro lugar, tal controle implica em ampla discricionariedade da atuação do Poder Judiciário, provocando a tendencial indissociabilidade jurisdicional dos juízos políticos, numa ordem constitucional em que o Poder Judiciário não é investido de mandato popular para tais juízos, ainda que seja revestido de legitimidade contramajoritária.

Portanto, recomenda-se bastante parcimônia ao Poder judiciário no controle jurisdicional de tal princípio a situações em que o perigo a outros direitos fundamentais é tão iminente que a defesa da restrição à liberdade de expressão se afigure adequada.

3.3.2.4. Princípio da Proteção do Núcleo Essencial

A existência de um *princípio da proteção do núcleo essencial* que fundamenta a restringibilidade do direito de liberdade de expressão é controvertida na doutrina. Antes de explicar o teor desse princípio, é imperioso discutir duas teorias antagônicas quanto à natureza do núcleo essencial: a teoria *absoluta* e a *relativa*¹²⁸.

¹²⁸O contraponto entre as duas teorias é amplamente discutido pelos juristas alemães, conforme se infere das discussões de Mendes et. al.. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 350-355. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 395-301.

A *teoria absoluta* entende que os direitos fundamentais contêm um âmbito fático de proteção *a priori*, denominado de *núcleo essencial*, incapaz de ser restringido por qualquer norma antinômica, insusceptível de qualquer intervenção estatal.

A *teoria relativa* entende a impossibilidade de ser definido esse núcleo essencial apriorístico fixo, sustentando que tal núcleo só pode ser definido no caso concreto, como aquele que âmbito de proteção resultante *a posteriori* do processo de ponderação entre meios e fins, balizado pelo princípio da proporcionalidade. Assim, é imperioso destacar que as lições de Alexy sobre a teoria relativa¹²⁹:

Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima de proporcionalidade.

Considerando o caráter fortemente individualista, a menção exagerada no texto constitucional de “ausência de embaraços” por órgãos governamentais e o sistema de proteção às restrições denso que a Constituição Federal atribui ao direito de liberdade de expressão, a nosso ver, a teoria absoluta é a mais realista no que concerne à descrição da natureza desse direito, ainda que se reconheça a dificuldade de estabelecer esse núcleo essencial. Tais proteções constitucionais e a dificuldade do conteúdo desse direito ser relativizado apenas com vagas alusões a textos constitucionais, portanto, evidenciam a existência de um cerne intocável desse direito,

Ainda que mesmo a *teoria relativa* admita a existência de um limite para as restrições, admitir a essa teoria implica considerar que o direito fundamental pode ser flexibilizado *ad infinitum* por outras normas fundamentais, como se ele não fosse capaz de oferecer resistência segura à atividade legiferante intensa.

Apenas, para fins de exemplificação, uma opinião científica que não gera danos a outrem, manifestamente pacífica, não haveria de ser suscetível de restrições, em face das proteções inculpidas na Constituição. A restrição da atividade do jornalista por via de força policial organizada, por exemplo, seria uma norma inconcebível pela constituição, configurando, portanto, tal fato um âmbito de proteção absoluto desse direito fundamental.

O jurista Gunter Herrman, citado por Jónatas Machado, com maior propensão a ser adepto da teoria absoluta, aponta para que se considerem como dimensões

¹²⁹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 395-301.

integrantes do conteúdo essencial das liberdades de comunicação, os seguintes fatos jurídicos¹³⁰:

(...) a proibição da censura, a salvaguarda da independência estadual ou partidária dos meios de comunicação social, a proibição da recepção individual de emissões de radiodifusão, a proibição da obrigatoriedade de adopção de sistemas de recepção colectiva, a proibição do [sic] registo dos telespectadores de determinadas emissões (com a excepção óbvia dos sistemas de Pay-TV) e a proibição do monopólio das fontes de informação

A adoção da teoria mais adequada está longe de encontrar consenso. Alexy, por exemplo, considera que a teoria absoluta só é correta na medida em que ela se apoia na teoria relativa para descrever a Constituição Alemã, uma vez que as situações de proteção absoluta são dependentes de relações entre princípios, bem como a máxima da proporcionalidade não contem em seu bojo “*nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais*”¹³¹.

No entanto, ainda que a Suprema Corte ainda não tenha disciplinado sobre a proteção desse núcleo essencial, tais proibições, com fulcro na jurisprudência alemã, são compatíveis com a experiência constitucional brasileira, no que concerne à definição de um “cerne intocável” do direito fundamental.

3.3.3. Aspectos materiais

O direito a liberdade de expressão corresponde a uma faculdade em realizar determinada expressão humana, incluída no suporte fático desse direito. Do conceito, infere-se, exclusivamente por dedução lógica, que a restrição a esse direito consiste em qualquer proibição que o Estado impõe a uma pessoa de modo que impeça a sua expressão, ou a obrigação que o Estado impõe em realizar determinada expressão, em virtude de abuso prévio do direito da liberdade de expressão. Não obstante essa restrição se operar de forma direta ou, em alguns casos, incidental, há modalidades de restrição incidental que não se enquadram nesse conceito lógico.

¹³⁰HERRMANN, Gunther. *Rundfunkrecht*. 4 ed. München, 1994. apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 742-743.

¹³¹ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 395-301.

A rigor, a mera obrigação de reparar danos a outrem, imposta por lei ou decisão judicial, em virtude do conteúdo da expressão por si só não configura restrição a esse direito, uma vez que tal obrigação tem fulcro no art. 927 do Código Civil, ainda que se considere que tais sanções possam ter efeito inibidor para a expressão humana e estimulante para a auto-censura.

No entanto, quando o efeito inibidor for evidente e proporcionalmente mais alto que o dano causado, pode-se falar em uma modalidade de restrição incidental. Assim, as indenizações elevadíssimas, superiores ao dano causado, poderia configurar uma restrição incidental. Do mesmo modo, a ausência do Estado em coibir o assassinio em massa de jornalistas poderia configurar como causa remotíssima e incidental que configure uma restrição a esse direito.

Em que pesem tais objeções, a premissa nuclear que fundamenta qualquer restringibilidade para o exercício da liberdade de expressão é a existência de provocação de dano, real ou potencial, através do conteúdo comunicativo, ainda que se releve que não é qualquer dano provocado pelo exercício desse direito capaz de configurar uma restrição, uma vez que as restrições à liberdade de expressão devem seguir um processo legislativo com requisitos mais rigorosos e o controle judicial deve se pautar pela ponderação de interesses constitucionais que a justifiquem.

Assim, para avaliar a amplitude da restrição ao direito a liberdade de expressão, urge enfatizar os aspectos materiais da restrição, no que concerne a sua *extensão* e *profundidade*¹³².

A *extensão* refere-se aos grupos de assuntos que podem ser tratados pelas normas restritivas, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, contanto que, neste último caso, sejam expressa ou implicitamente autorizadas pela Constituição. No último caso, a *extensão* corresponde aos limites da atividade legiferante quanto à *qualidade* dos interesses constitucionalmente protegidos.

Há certa similaridade entre a *extensão* da restringibilidade desse direito na doutrina brasileira e na doutrina alemã e portuguesa, conforme se infere do trabalho de Jónatas Machado. Sobre os fundamentos das restrições ao direito de liberdade de expressão, assim se posiciona o jurista alemão Gunther Hermann, citado por Jónatas Machado¹³³:

¹³²O conceito de *extensão* e *profundidade* é empregado por Jorge Reis Novais para descrever a amplitude das restrições. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 159.

Nessa linha, aponta-se para a existência de uma *triade de bens constitucionais* (Verfassungsgütertrias), alicerçada com base na proteção dos direitos dos outros, com particular relevo para os direitos de personalidade, na tutela dos interesses culturais da comunidade, onde surgem as questões relativas à moral pública e aos bons costumes, à proteção da juventude e à tolerância religiosa, e na salvaguarda dos elementos essenciais da ordem constitucional, com particular relevo para os princípios estruturantes do Estado de direito democrático e para as correspondentes exigências de pluralidade de opiniões, livre formação da opinião pública e da vontade política e controlo da atividade dos poderes públicos.

Da definição acima, extrai-se os conflitos que o direito de liberdade de expressão possa ter com outros interesses constitucionais, positivados através de direitos fundamentais e objetivos gerais do Estado Democrático de Direito. O primeiro conflito ocorre entre dois grupos de *direitos fundamentais individuais*: o direito de liberdade de expressão e o os direitos de personalidade. Tal como ocorre com a Constituição alemã, a Constituição brasileira positivou os direitos de personalidade em seu artigo 5º, inciso X, nos seguintes termos: “*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*”¹³⁴.

O segundo conflito, mais complexo que o primeiro, ocorre entre um *direito fundamental individual*, a liberdade de expressão, e um conjunto de *direitos transindividuais que integram o patrimônio jurídico de outros indivíduos ou de coletividades juridicamente criadas*. Dentre esse segundo conjunto, duas entidades *transindividuais* podem ser consideradas titulares: a *sociedade* e o *Estado em si*.

A diferença fundamental entre esses dois tipos de conflito é concernente à *determinabilidade* dos danos. A restrição do direito de liberdade de expressão em face do conflito de outro direito individual é condicionado à existência comprovada de dano a outra pessoa, física ou jurídica.

No entanto, a restrição desse direito em face dos direitos transindividuais, não é condicionada à comprovação de dano a outrem, pois é presumido um dano a um bem de natureza pública ou coletiva, ainda que a comprovação de danos a pessoas seja um fator que evidencia ou se auferem a intensidade do dano a esse bem coletivo determinado por ficção jurídica. Além disso, a lesão a bens coletivos pode justificar a restringibilidade

¹³³HERRMANN, Gunther. *Rundfunkrecht*. 4 ed. München, 1994. apud MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 745.

¹³⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

para inibir os danos em potencial aos indivíduos e pessoas, para que não se convertam em danos reais.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, incisos IV e IX, consagra a liberdade de expressão como direito fundamental. Garante, ainda, também expressamente nos termos do art. 220, *caput* que “*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*”¹³⁵.” O termo “*observado o disposto nesta Constituição*” indica indiretamente a tese já defendida na doutrina de que, se for necessária restrição a esse direito, ele será conforme outros interesses constitucionais, através de reserva de lei qualificada.

Em seguida, o §1º do art. 120, prevê que: “*Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*”¹³⁶.” O referido dispositivo normativo especifica a *extensão* da restringibilidade do direito de liberdade de expressão específico dos jornalistas.

No entanto, não há impeditivos constitucionais que, através de uma *interpretação extensiva*, tais incisos do art. 5º também possam fundamentar a restringibilidade do direito de expressão em geral. Essa interpretação inclusive é compatível com a doutrina constitucional. A preocupação em garantir tais observações no texto constitucional nesse caso especial se justifica em face dos conflitos frequentes e problemáticos no exercício da atividade jornalística.

Consolidando a interpretação jurisprudencial quanto à matéria, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº: 130/09, que decidiu pela não-recepção da Lei de Imprensa pelo ordenamento constitucional vigente, estabeleceu diretrizes para a conformação legislativa das *atividades de imprensa*, nos seguintes termos¹³⁷::

(...) As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao sigilo

¹³⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹³⁶BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº130/09, Rel. Min. Carlos Brito, DJ, 06.11.2009.

profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação, diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio-ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§4º do art. 22 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição).

Cumpra destacar que as *liberdades de imprensa e a liberdades de expressão em geral* não se confundem. A primeira corresponde à liberdade de exercer atividade jornalística numa empresa específica. Contudo, toda configuração e restrição normativa atinentes à primeira liberdade tem reflexos na segunda, uma vez que aquela é a manifestação desta que mais suscita defesa e lesões de bens jurídicos. Assim, a referida decisão não se limita apenas à *liberdade de imprensa*, mas também às *liberdades de comunicação e expressão em geral*.

Ademais, o termo *conformação* aqui empregado pelo STF deve contemplar não só as normas de *configuração*, mas também as normas de *restrição*, conforme se infere do teor íntegro da decisão.

A decisão é paradigmática no trato da *extensão* das restrições à liberdade de expressão. Nesse sentido, Gonet Branco dispõe sobre as matérias concernentes a esse direito, passíveis de restrição¹³⁸:

Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, §4). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o ‘respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família’, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, §3º, II)

¹³⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 409-410.

Assim, são restrições diretamente constitucionais: a vedação do anonimato, a imposição do direito de resposta, a proteção aos valores sociais da pessoa e da família para as emissoras de rádio e televisão e a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas. Cumpre destacar que tais restrições podem ser conjugadas com normas de configuração e restrição infralegais que lhe sejam compatíveis. Os demais tipos de restrição, citados na decisão acima, ainda que não estejam expressos na Constituição, são autorizados por ela indiretamente.

Ademais, outras restrições podem ser presumidas, se comparadas à experiência jurisprudencial de outros países. Gonet Branco enfatiza que, à luz da jurisprudência americana, mensagens que provoquem violenta mudança da ordem, incluindo palavras belicosas, não estariam inclusas no âmbito de proteção desse direito, como, por exemplo, gritar a palavra “fogo” em locais públicos fechados¹³⁹.

Ademais, Gonet Branco enfatiza, ainda, que os discursos de ódio são condutas não amparadas pelo suporte fático do direito de liberdade de expressão, se situando fora dos seus limites¹⁴⁰.

Pode-se, ainda, citar como exemplo de restrição à liberdade de expressão, além das citadas pelo STF, a incidência dos crimes de apologia ao crime, nos termos do art. 287 do Código Penal.

Superada a discussão sobre a extensão da restrição ao direito em questão, resta indagar sobre a sua intensidade. A intensidade corresponde aos limites da intensidade em que ponderação parlamentar é autorizada pela Constituição, no sentido de auferir até que ponto a lei pode atuar no tratamento jurídico das matérias determinadas pela extensão da restrição.

Em face das múltiplas possibilidades de restrições constitucionalmente autorizadas, cada uma com diferentes graus de intensidade, considera-se que tal caractere tem natureza iminentemente político-ideológica, em face de o resultado

¹³⁹O doutrinador brasileiro utiliza o termo *limite*, enfatizando que não existiria qualquer possibilidade do direito de expressão tutelar *a priori* mensagens que provoquem violenta mudança da ordem. Conforme enfatizado anteriormente, a presente monografia adotou a diferença entre *limite* e *restrição*, em que aquela tem termos similares aos empregados por Gonet Branco. No entanto, tal fato não exclui a controvérsia se essas mensagens constituem um limite ou uma restrição taxativa. Considera-se-á para fins da presente monografia como plausível a possibilidade de que elas configurem uma restrição, alheia ao conteúdo do direito de liberdade de expressão, em vez de ser um de seus limites. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 409-413.

¹⁴⁰Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 409-413.

realizar-se em virtude da atividade parlamentar. Novais Reis considera que essa característica mede a reserva parlamentar destinada à matéria¹⁴¹.

Destaca-se que a intensidade limita a atuação da Administração, em respeito ao princípio da legalidade e da reserva legal já abordados.

3.3.4. Aspectos circunstanciais

Por fim, ressaltam-se as *restrições circunstanciais* excepcionalíssimas que o direito de liberdade de expressão pode sofrer. No ordenamento constitucional brasileiro, apenas o estado de sítio configura circunstância que, temporariamente, pode restringir a liberdade de expressão, mais precisamente naquilo que concerne as liberdades de imprensa, radiodifusão e de televisão, nos termos do art. 139, inciso III, da Constituição Federal, *in verbis*¹⁴²:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

(...)

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

O estado de sítio configura um estado de exceção temporário, em que direitos e garantias fundamentais são suprimidas, com vistas a sanar crises institucionais provenientes da “*comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;*” e da “*declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*”, nos termos do art. 137 da Constituição Federal¹⁴³.

Nessa situação, em face do perigo à ordem pública, é complexo precisar a extensão e a intensidade do trato restritivo da liberdade de expressão. A doutrina brasileira ainda é incipiente sobre a matéria. Mais ainda é a jurisprudência. No entanto,

¹⁴¹NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 192-286.

¹⁴²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹⁴³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

pode-se afirmar que as restrições podem ser mais extensas e intensas do que aquelas possíveis num ordem democrática normal.

Não há de se falar em arbitrariedade dessas restrições nesse período, embora que, para que elas sejam legítimas, devem estar estritamente relacionada com as circunstâncias que ensejaram a decretação do estado de sítio, conforme as diretrizes do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

4. RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM ESPÉCIE

A seguir abordar-se-ão as principais restrições à liberdade de expressão, já consolidadas na doutrina e na jurisprudência, não excluindo outras que o Estado Democrático de Direito julgar convenientes para a concretização de suas finalidades. Destaca-se que algumas das restrições abaixo são controversas na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

4.1. VEDAÇÃO DO ANONIMATO

A vedação ao anonimato é uma norma, insculpida no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, no mesmo enunciado normativo que garante o direito à liberdade de expressão¹⁴⁴.

O anonimato corresponde ao ato omissivo ou comissivo que se valem os emissores da informação para ocultarem a sua identidade, conforme evidencia Paulo Moraes. Ele evidencia que há dois tipos de anonimato: o anonimato absoluto, quando ninguém é capaz de identificá-lo; o anonimato relativo, quando, ainda que aja anonimamente em relação a certo sujeito, existe um terceiro capaz de individualizá-lo¹⁴⁵.

A vedação ao anonimato tem por objetivo assegurar a identificação do emissor da mensagem, propiciando a garantia da responsabilidade civil por danos morais ou materiais eventualmente provocados a outrem, pelo conteúdo da mensagem, uma vez que a responsabilidade pela informação transmitida é característica indissociável do Estado de Direito.

Feita essa consideração, resta investigar se tal regra é uma restrição, uma regra de configuração ou um limite ao direito de liberdade de expressão e constitui uma restrição ao direito de liberdade de expressão.

Um argumento favorável para que essa norma consista numa restrição parte de uma premissa mais individualista de que o direito de liberdade de expressão tem um suporte fático tão amplo, em função da garantia da autonomia individual, que qualquer

¹⁴⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹⁴⁵MORAES, Paulo Francisco Cardoso de. *A vedação constitucional do anonimato aplicada à internet. O papel do estado brasileiro na identificação dos usuários e responsabilização dos provedores*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9964>. Acesso em 27 jul 2013.

diminuição do suporte fático deveria partir de alguma norma do ordenamento jurídico que lhe é exterior.

Um argumento favorável para que essa norma consista num limite imanente a esse direito pondera que ela é tão taxativa que inexiste qualquer situação em que a liberdade de expressão seja tutelada dentro do anonimato *a priori*, excluindo em definitivo do suporte fático. Corrobora com esse argumento o fato de que a vedação se encontra expressa no mesmo inciso em que foi positivado o direito de liberdade de expressão.

No entanto, a controvérsia acima se torna mais evidente quando se investiga se a norma é uma regra ou um princípio, na definição proposta por Alexy¹⁴⁶. À primeira vista, a estrutura de tal norma se assemelha a uma regra, uma vez que aparenta ser taxativa em proibir definitivamente a expressão realizada por indivíduo anônimo.

No entanto, são normas constitucionais que constituem normas antinômicas, que consistem em cláusulas de exceção, com a proibição do anonimato: a proteção do sigilo da fonte, no exercício profissional, nos termos do art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal; a proteção do denunciante anônimo, para fins de inquérito policial, devidamente balizado pelo direito à segurança pública, insculpido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal; a possibilidade da utilização de pseudônimos em manifestações artísticas¹⁴⁷.

Pode-se concluir que a vedação ao anonimato tem uma dupla natureza. Nas situações gerais, ela funciona como uma regra. Porém, em situações excepcionais, devidamente delimitadas pelas normas antinômicas, essa vedação funciona como um princípio, de tal modo que a aplicação da vedação do anonimato pode ser flexibilizada

¹⁴⁶Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-144.

¹⁴⁷As controvérsias de que essas normas consistem ou não conflito com a liberdade de expressão pairam na doutrina brasileira. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino afirmam que a garantia do sigilo da fonte não conflita com a vedação ao anonimato, uma vez que a notícia não estará anônima, sendo este responsável pelo conteúdo que a notícia transmitir. No entanto, a presente monografia julga antinômica, uma vez que a existência de um indivíduo apto a se responsabilizar não configura por si só vedação ao anonimato, uma vez que a fonte sigilosa teve participação no conteúdo da informação, embora seja anônimo, não o sendo perante apenas em relação àquele que divulgou. No que concerne ao uso de pseudônimos, o estudioso Walter Aranha Capanema considera que o nome fictício, utilizado em nomes artísticos, não configura anonimato. Contudo, em situações excepcionais, em que a manifestação artística seja caluniosa ao mesmo tempo, há de se relevar que a vedação ao anonimato deve se impor em face da princípio da proteção ao pseudônimo. Cf. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2007. p.118. Cf. CAPANEMA, Walter Aranha. *O direito ao anonimato: uma nova interpretação do art. 5º, IV, CF*. Disponível em <http://waltercapanema.com.br/wordpress/wp-content/plugins/downloads_manager/upload/O%20direito%20ao%20anonimato.pdf> Acesso em 25 jul 2013.

por outra norma constitucional antinômica, desde que devidamente ponderado pelo caso concreto.

Em face do caráter ambíguo que tal vedação pode assumir, considera-se prudente considerá-la uma restrição diretamente constitucional do direito de liberdade de expressão, conforme preconiza a teoria externa das restrições aqui adotada, em que a existência histórica desse direito fundamental é anterior à vedação, e tem natureza fático-jurídica independente dela.

Superadas as discussões sobre a natureza jurídica da restrição que veda o anonimato no âmbito da liberdade de expressão, resta-nos investigar o alcance dessa restrição. A interpretação dessa norma pode ser realizada pelo Poder Judiciário, no caso concreto ou por súmula. Também pode ser realizada pelo Poder Legislativo através de normas de configuração, com a devida ressalva de que a norma de configuração não consista numa restrição sem fulcro em princípio fundamental colidente.

Uma importância decorrente do instituto da “vedação ao anonimato” é a exigência de registro especializado para jornais e empresas de comunicação, incluindo documentação necessária para iniciar uma empresa jornalística, desde que cumpridas as ressalvas constitucionais do art. 220. Cumpre destacar que o ato de registro pela Administração é meramente um ato vinculado, não podendo os órgãos públicos realizarem juízo de valor quanto a proposta jornalística da empresa de comunicação, ressalvadas as exceções atinentes à proteção da infância e juventude.

4.2. DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta, proporcional ao agravo, é uma restrição diretamente constitucional, insculpida no art. 5, inciso V, da Constituição Federal.

O direito corresponde a um direito de legítima-defesa, em que o seu titular pode se valer dele para corrigir uma informação veiculada nos meios de comunicação. Tal direito tem como requisito fundamental a existência de dano, real ou potencial, provocado pelo emissor da informação.

A titularidade desse direito inclui, além do diretamente ofendido, pode incluir em situações especiais aqueles que forem atingidos indiretamente pela notícia. Os sucessores respectivos também podem atuar em juízo no interesses desses, ressalvados os dispositivos do Código Civil e Código de Processo Civil.

Conforme se extrai das lições de Luiz Paulo Rosek Germano, o alcance desse direito, em princípio é amplo, incluindo qualquer meio de comunicação, *a priori*; jornais, revistas, rádios, televisão, internet. No entanto, o exercício desse direito, ainda que razoavelmente raro, é mais comum nos meios de imprensa escrita como jornais e revistas¹⁴⁸.

Assim, considera-se inconstitucional qualquer restrição infraconstitucional, de caráter genérico, que restringir o exercício desse direito a somente determinado meio de comunicação. No entanto, nada impede que o direito de resposta tenha requisitos diferenciados, conforme o meio de comunicação, desde que sopesados com os outros interesses constitucionais pertinentes.

O direito de resposta é intimamente relacionado aos direitos fundamentais de personalidade garantidos no artigo 5º, inciso X, nos seguintes termos: “*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*”¹⁴⁹. Assim, o direito de resposta visa minimizar a lesão provocada nos bens jurídicos imateriais de personalidade.

Ademais, o direito de resposta tem fundamento no direito fundamental de acesso à informação, garantido no art. 5º, inciso XIV, nos seguintes termos: “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”¹⁵⁰. Ao elevar o acesso à informação para o *status* de norma constitucional, o constituinte, por vias oblíquas entende que o *valor-verdade*¹⁵¹ assume importância, que se reflete na ponderação da quantia indenizatória e na intensidade do agravo. O *valor-verdade* tenderia à concretização, na medida em que o fato noticiado por uma fonte for contraposto pelo ofendido, através de uma informação antitética que presta esclarecimentos. Assim, o confronto entre as duas opiniões é o antídoto para os danos em que um discurso unilateral pode acarretar o caráter reflexivo da busca da verdade.

¹⁴⁸GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 141-143.

¹⁴⁹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹⁵⁰BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹⁵¹A acepção de verdade aqui empregada é absolutamente distinta do significado metafísico atribuído por concepções teológico-políticas que conformaram o ordenamento jurídico, nas épocas medievais. A verdade aqui empregado consiste num grau razoável de experiências empíricas, possíveis de serem projetadas a partir da média de impressões subjetivas. Ainda que a verdade absoluta seja um ideal inalcançável, tal fato não pode ser pretexto para se invocar o erro grosseiro que se distancia inequivocamente dela.

Projetando o direito de resposta para além dos contornos do direito à informação, assim se manifesta o jurista Luiz Paulo Rosek Germano¹⁵²:

O direito de resposta como limite e restrição ao direito de liberdade de expressão representa a pluralidade de pensamentos e opiniões que devem coexistir em uma sociedade democrática. Nesse balizamento de ideias, a resposta tem o poder de relativizar os discursos unilaterais, possibilitando ao intérprete, uma dicotomia capaz de estimular não apenas a reflexão, mas o próprio diálogo.

Assim em face da indissociabilidade da valoração no trato da expressão, mesmo para afirmação de juízos de fatos rigorosos, bem como em face dos múltiplos valores que habitam a sociedade e refratam de forma peculiar em cada indivíduo, o direito de resposta possibilita um pluralismo saudável para a ordem democrática, corroborando o entendimento do Luiz Paulo Rosek Germano.

Superadas as discussões sobre os fundamentos do direito de resposta, resta investigar a sua aplicabilidade. O Supremo Tribunal Federal, através de uma decisão em sede de ADPF nº: 130/09, que julgou pela não recepção da Lei de Imprensa nº: 5.250/67 pelo ordenamento jurídico, considera tal direito como norma de eficácia plena, independentemente da existência de legislação que o conforme, nos termos seguintes termos¹⁵³:

(...) O direito de resposta, que manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

Do enunciado do art. 5º, infere-se que o direito de resposta é garantido, independentemente de atuação legislativa. Assim, configura prudente a decisão judicial que reconhece a eficácia plena. A Suprema Corte declarou, ainda, a aplicabilidade imediata desse dispositivo, a partir da interpretação literal do art. 5º, §1, da Carta Magna.

¹⁵²GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 135-136.

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº130/09, Rel. Min. Carlos Brito, DJ, 06.11.2009.

No entanto, em virtude da não-recepção da Lei de Imprensa pelo ordenamento jurídico, após o julgamento da ADPF nº: 130, o direito não é regulamento por normas de configuração. No caso, é perfeitamente constitucional a atuação do Poder Legislativo que visa promulgar leis de configuração. Assim, no caso concreto, caso provocado por meio de ação competente, o Poder Judiciário é dotado de uma margem discricionária para estabelecer exclusivamente as situações necessárias para o exercício desse direito, ainda que não previstas em lei.

Na definição proposta por Alexy, o referido direito é uma regra restritiva, ainda que as normas de configuração possam ser determinadas por sopesamento de princípios¹⁵⁴.

A Lei de Imprensa revogada continha exemplos de normas de configuração (ainda que algumas delas possam também ser classificadas como normas de restrição), que o Poder Judiciário pode tomar como guia, ainda que a elas não esteja vinculados. Carolina Scherer Bicca sistematiza essas normas nos seguintes termos¹⁵⁵:

A “Lei de Imprensa”, conforme frisado, disciplinava o direito de resposta de forma exauriente, tratando das hipóteses de seu cabimento (art. 29 – nos casos de veiculação de fato inverídico ou errôneo); da legitimação para o pleito de resposta (art. 29, §1º); do que consistia o direito de resposta (art. 30, I, II e III); da forma como tal direito seria exercitado; do prazo para atendimento ao direito de resposta (art. 31); do prazo para resposta do órgão de imprensa em sede judicial (art. 32, §3º); do prazo para tomada de decisão judicial (art. 32, §4º); e dos casos em que a publicação ou transmissão da resposta ou retificação não seria permitida (art. 34).

No vácuo legislativo atual, o Poder Judiciário deve determinar os prazos para o exercício e o a forma como o conteúdo será veiculado, seguindo as balizas da máxima da proporcionalidade. Deve em primeiro lugar, avaliar a intensidade do dano à personalidade cometido pelo emissor da mensagem. Os principais caracteres que ajudam a auferir essa grandeza são: (a) veracidade da informação, (b) diligência do jornalista, (c) publicidade da notícia, (d) fama do ofendido, (e) caráter privado ou íntimo da informação, (f) a ofensa à moralidade e bons costumes da conduta descrita pelo ofendido, (g) existência de tipos penais como racismo, apologia ao crime, calúnia, difamação ou injúria, (h) violação de direitos fundamentais como inviolabilidade do

¹⁵⁴Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-144.

¹⁵⁵BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Organização Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: IDP, 2012. p. 36.

domicílio e sigilo das correspondências, (i) existência de crimes de ódio¹⁵⁶. Cumpre destacar que elas têm graus de importância diferenciados, a serem avaliados no caso concreto.

A ofensa à personalidade juridicamente relevante não consiste no mero desconforto da vítima. Nem todo fato que enseja indenização por danos morais tem por si só o condão de garantir o direito de resposta, conforme se extrai da jurisprudência constitucional.

Avaliada a intensidade do dano, resta aplicar a máxima da proporcionalidade para inferir a forma que o direito de resposta deve assumir. O Poder Judiciário pode estabelecer prazos, a forma e o tamanho da mensagem, desde que pertinente à intensidade do dano.

O limite claro do exercício desse direito é a vinculação ao conteúdo que ensejou a resposta. Utilizar do direito de resposta para divulgar mensagens impertinentes à matéria danosa constitui abuso do direito de resposta. Tal fato excepcional pode ensejar em situação raríssima, ainda que não conhecida pela jurisprudência, um direito de réplica pela fonte emissora da informação, apenas para tratar do excesso abusivo.

4.3. VEDAÇÃO DE MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS

O § 5º, do art. 220 da Constituição Federal dispõe que: “*Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio*”¹⁵⁷. O referido dispositivo, partindo do princípio que a abertura o mais desimpedida possível é o mais desejável para a democracia e para garantir o pluralismo de opiniões, visa coibir a existência de monopólios e oligopólios. Ainda que tal direito afete diretamente a liberdade de imprensa, há de se ressaltar os efeitos reflexos na liberdade de expressão.

¹⁵⁶Os referidos caracteres foram recomendados a partir de uma síntese interpretativa da doutrina e de decisões judiciais. O fato de algumas características configurarem parâmetro para auferir a intensidade do dano são controversos no que concerne aos chamados crimes de ódio. Sobre os danos da personalidade usados como base para se auferir esses caracteres: Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-144. Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802. Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Organização Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: IDP, 2012. p. 32-52. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 402-420. Cf. GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 129-153.

¹⁵⁷BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

Preliminarmente, é imperioso definir esses dois institutos, comuns da Ciência Econômica. Nas lições de Mankiw, o monopólio consiste numa empresa “*que é a única vendedora de um produto que não tem substitutos próximos*”¹⁵⁸.

Há basicamente duas espécies de monopólio: os naturais e os criados pelo governo. Ocorre o monopólio natural quando só “*uma empresa consegue ofertar um bem ou serviço a um mercado inteiro a um custo menor do que ocorreria se existissem duas ou mais empresas no mercado.*”¹⁵⁹ Isso ocorre quando só uma única empresa consegue detém o *know-how* do processo de produção, ou quando somente ela detém a matéria-prima.

Ocorre monopólio criado pelo governo, quando o conjunto de regulamentações do governo impede que outras empresas entrem no setor de comunicação.

No caso das empresas de comunicação, ao longo da história não existiu nenhum monopólio formado naturalmente num mercado livre, até porque a *matéria-prima* tem custos baixos, bem como o *know-how* é bastante simples. Assim, pode-se inferir que o dispositivo tem pouca serventia para tratar do fato.

Os monopólios estatais de comunicação existem basicamente nos regimes teocratas e nos regimes totalitários. Assim, merece mais destaque o estudo dos monopólios estatais de comunicação, que é basicamente aquilo que o dispositivo normativo visa coibir. Nessas condições, ele funciona mais como uma proteção às liberdades de imprensa e de expressão, do que uma restrição.

O oligopólio, nas palavras de Mankiw, consiste numa “*estrutura de mercado em que apenas poucos vendedores oferecem produtos similares*”¹⁶⁰.

De modo análogo às situações dos monopólios, os oligopólios artificialmente criados pelo Estado são proibidos à luz do § 5º, do art. 220 da Constituição Federal. No entanto, não raro, no caso das empresas que dependem de concessão de bens públicos para realizar as atividades de comunicação, é difícil detectar o limite entre as concessões televisivas e de radiodifusão se o oligopólio se deu pela ausência de requisitos das empresas aptas a trabalhar no meio ou se o Estado restringiu a atuação mais que o necessário. Assim, tal dispositivo tem caráter de proteção às liberdades de imprensa e expressão do que configuram propriamente uma restrição.

¹⁵⁸MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 5 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 300.

¹⁵⁹MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 5 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 301.

¹⁶⁰MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 5 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 349.

O termo *objeto* contido nesse dispositivo pode insinuar que os oligopólios são frutos da decisão de uma autoridade superior, o que é razoável crer que tais dispositivos fazem referência apenas aos monopólios e oligopólios estatais. No entanto, tal interpretação não é segura, o que não deve ser excluído da apreciação doutrinária e jurisprudencial se tal dispositivo concerne também às vedações aos oligopólios naturais. Nessas condições, também persistem as controvérsias se tal dispositivo pode ser invocado para fundamentar restrições infraconstitucionais.

Dos estudos acima apontados, é importante destacar duas situações: as empresas que atuam por regime de concessão (as de radiodifusão e as televisivas) e as outras, que atuam independentemente de registro, como empresas de jornais e internet.

Na segunda situação, configura inconstitucional qualquer dispositivo que regule diretamente a vedação aos oligopólios, pois invariavelmente tal legislação implicaria na análise no conteúdo do matéria comunicativa que essa empresa divulga, o que é vedado pelo princípio da proibição à censura prévia, e também pela proteção do princípio da livre iniciativa. De forma controversa, pode ser invocado também o princípio da neutralidade dos órgãos estatais, empregado por Jónatas Machado, para fundamentar a inconstitucionalidade¹⁶¹.

Ademais, outro argumento para rejeitar tal legislação é o fato de que ela invariavelmente pode ter o efeito inverso, uma vez que a medida que legislações restritivas brotam num setor econômico, o custo econômico para manter o setor aumenta, dificultando que novas empresas entrem nesse setor.

Assim, há de se considerar a dificuldade (quicá impossibilidade) de aumentar a quantidade de empresas de comunicação apenas por legislação engajada, sem desrespeito à principiologia constitucional.

Na primeira situação, atinente às empresas que operam por concessão estatal, normas restritivas podem ser mais enfáticas no trato da vedação aos oligopólios, uma vez que elas realizam serviço público, e como tal devem respeitar o princípio da supremacia do interesse público.

No entanto, o antídoto para o fim desses oligopólios seria mais resultado de um aumento da concorrência, proporcionado pela expansão do regime de concessões a mais empresas e grupos econômicos, do que através do emprego de leis restritivas para o assunto.

¹⁶¹Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

4.4. CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS CRIMES CONTRA A HONRA

As raízes históricas para restringibilidade da liberdade de expressão podem ser remetidas à tradição romana, no sentido de que o ordenamento jurídico proíbe a provocação de dano a outrem, de modo que tal dano gera instantaneamente a obrigação de repará-lo, nos termos do art. 927 do Código Civil.

O conteúdo da mensagem pode obrigar o emissor a efetuar uma indenização ao ofendido, a partir de uma ponderação proporcional entre o dano causado. Cumpre destacar que em si a reparação do dano não consiste numa restrição a tal dimensão da liberdade.

Em virtude da sofisticação tecnológica dos meios de comunicação, os meios de comunicação divulgam informações a longos alcances em tempos cada vez mais reduzidos. Tal desenvolvimento tecnológico se opera a ritmo exponencial. Assim, a capacidade dos meios de comunicação em provocar dano à imagem do ofendido aumenta no mesmo ou em maior ritmo. O contexto de crise moral em que determinadas empresas grandes flexibilizam o *valor-verdade* e o *valor-ético*, em nome do *valor-útil* é um palco que potencializa os abusos ao indivíduo, vulnerável em seu cotidiano.

Jónatas Machado destaca perigo da morte cívica ou da destruição da personalidade como uma das circunstâncias que acompanham o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação¹⁶².

Nesse contexto, a mera indenização não é suficiente para reparar os danos nos termos da legislação civilística aplicável. É de se vislumbrar, portanto, que verdadeiras obrigações de fazer podem ser determinadas pelo Poder Judiciário, em face de uma interpretação mais abrangente e contemporânea do termo “reparar o dano”, ainda que o modelo preferencial fosse que tais restrições fossem regulamentadas por lei.

No entanto, deve-se salientar que, nas hipóteses de sopesamento, os direitos de liberdade de expressão e de imprensa carregam em si uma alta carga valorativa a priori, de tal modo que só podem ser restringidos por lei, em nome dos direitos de personalidade, se o dano for realmente grave. Mais excepcional ainda é a atuação do Poder Judiciário no caso de ausência de lei quanto a matéria.

¹⁶²Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

Esse entendimento é convergente com o entendimento do STF por meio da decisão da ADPF nº: 130, conforme evidencia o seguinte trecho transcrito¹⁶³:

(...) as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

A decisão enfatiza o papel da imprensa como forma de controle de poder social, enfatizando a supremacia da primeira e garantindo apenas em situações eventuais a responsabilização, desde que ressalvada o pleno exercício da liberdade de imprensa, e por vias reflexas a liberdade de expressão.

Os direitos de personalidade foram elevados ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 88, que garantiu em seu artigo 5º, inciso X, a regra de 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*”¹⁶⁴. Tais direitos são corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, que preconiza que todo indivíduo tem um núcleo de intimidade inviolável.

Os direitos de personalidade consistem, conforme enfatiza de Jónatas Machado, em uma proteção jurídica através de lei geral de todas as dimensões, morais e físicas da pessoa humana em face de todos os organismos estatais, vinculando ainda terceiros, em que, embora decorra diretamente da Constituição, há a dependência do legislador, dos órgãos de polícia e dos tribunais para dar maior concretização¹⁶⁵.

O suporte fático desse direito é amplo. Nesse sentido, pode dar origem a outros direitos, oriundos de múltiplas dimensões da personalidade humana. Jónatas Machado cita basicamente cinco, na tradição jurídica portuguesa: direito à identidade, à imagem, à palavra, ao bom nome e à reputação. Os dois últimos são associados, na tradição brasileira, à honra, conforme se infere da comparação dos conceitos com a obra de Bruno Miragem¹⁶⁶. A primeira baliza, conforme se verá, para fundamentar a

¹⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº130/09, Rel. Min. Carlos Brito, DJ, 06.11.2009.

¹⁶⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

¹⁶⁵Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 749.

¹⁶⁶Cf. MIRAGEM, Bruno. E. M.. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 118-183.

restringibilidade será a *ilicitude* da conduta do emissor de mensagem, em cada situação específica. Em seguida, abordará as premissas em comum.

Nas palavras de Jónatas Machado, o direito à identidade corresponde a “*todos os traços que identifiquem o indivíduo como tal perante a sociedade*”¹⁶⁷. O direito à identidade inclui em seu bojo o direito a ter um nome completo e abreviado. O uso ilícito do nome, por falsas declarações autorais ou por de imputação de determinados fatos, consiste uma das causas, ainda que claramente não-suficientes de restringibilidade. Isso será esclarecido quando averiguado a lesão a outros direitos.

Jónatas Machado entende que o direito à imagem normatiza que o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento do titular do direito de imagem, ressalvadas as exceções de publicação de fotografias de figuras da história contemporânea, salvo as situações de caso manifestamente privada, totalmente desprovidas de interesse público e de pessoas figurantes ou acessórios num cenário, como, por exemplos, em reuniões e manifestações¹⁶⁸. Se violada tal norma e ausente a ressalva, temos uso ilícito do nome, e constitui um dos fundamentos para a restringibilidade da liberdade de expressão.

O direito à palavra protege além das palavras proferidas, a voz, na sua sonoridade e no seu timbre, incluindo proteções ilícitas a formas de manipulação editorial, que descontextualizem e desequilibrem as declarações, conforme expõe Jónatas Machado.

O direito ao bom nome e à reputação corresponde basicamente à proteção a honra nas dimensões objetiva e subjetiva, que a doutrina brasileira preconiza. Nas palavras de Ulhôa Coelho, citado por Bruno Miragem, a honra subjetiva corresponde “*a estima que homem ou mulher nutre em relação à própria pessoa*”¹⁶⁹. A honra objetiva consiste a reputação propriamente dita, associada à estima que a sociedade tem pelo indivíduo¹⁷⁰.

¹⁶⁷Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

¹⁶⁸Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

¹⁶⁹Cf. COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002 apud MIRAGEM, Bruno. E. M.. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 145

¹⁷⁰Sobre outras definições de honra objetiva: Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802. Cf. MIRAGEM, Bruno. E. M.. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 118-183.

A lesão ilícita da honra enseja no plano civil compensação financeira na proporcionalidade dos danos morais e materiais, proporcionais ao dano, bem como, no plano penal, sujeição aos tipos penais de difamação (exposição do bom nome e a reputação de um indivíduo ao ódio ou ao ridículo, com o intuito de degradá-lo publicamente, por referência à linha de base de igual dignidade, conforme se infere das palavras de Jónatas Machado¹⁷¹), calúnia (atribuição falsa de ato criminoso a outrem) e injúria (atribuição de qualidades ofensivas à honra). A tipificação desses crimes devem ser balizadas pela premissa de que, pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deve se ocupar dos casos mais graves e danosos para a ordem social.

As lesões ilícitas configuram hipóteses de restringibilidade, porém ainda não são suficientes. Em primeiro lugar, a comprovação da ilicitude requer a valoração de elementos psicológicos não determinados no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, as ilicitudes no plano infra-constitucional são mencionadas apenas no ponto de vista formal, e, para revestirem de sentido pleno, deve ser conduzidas por valores materialmente mais relevantes que transbordam no leito constitucional.

A segunda característica que fundamenta restringibilidade é o *teor da veracidade* das informações. É imperioso realizar, nesse contexto, a distinção entre juízos de valor e afirmações de fato, uma vez que o controle judicial é diferenciado em cada uma dessas hipóteses. Cumpre, de início, destacar que a distinção de ambas não correspondem a modelos estanques na realidade, de tal modo que as afirmações de fato sempre carregam em si juízos de valor, e, de modo análogo, ao juízos de valor têm sempre algum fulcro em afirmações de fato.

As afirmações de fato tendem para o controle binário que avalia se a conduta ocorreu ou não. Caso a conduta tenha ocorrido, há um aspecto favorável na proteção da liberdade de expressão, incluindo a possibilidade inequívoca em alguns casos de afastar qualquer chance para restrições, conforme se verá. Caso a conduta não tenha ocorrido, há um aspecto que facilita a sua restringibilidade.

No caso de notícias falsas, a prova de que o noticiante fez um esforço razoável de objetividade que concretamente lhe era exigível, pode ser um argumento utilizado para ponderar favoravelmente à liberdade de expressão, configurando essa via um meio

¹⁷¹Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802..

de preservar margem razoável para erros honestos e de boa-fé, conforme se infere das lições de Jónatas Machado¹⁷².

Os juízos de valor necessitam de uma ponderação mais complexa no caso concreto. Nesse sentido, deve ser ponderado em consideração com o *animus injuriandi ou difamandi* combinado com o estudo dos efeitos no caso concreto da notícia que provocou dano à imagem, avaliando os impactos negativos das declarações proferidas, e o impacto positivo na transparência e na verdade das relações humanas.

Cumprido destacar que, se o emissor divulgar um fato que prejudique uma reputação injustamente merecida, não há de se invocar, pelo ofendido, a existência de um direito de personalidade de honra a ser compensado por esse tipo de reputação.

Ademais, Jónatas Machado enfatiza que em algumas situações os juízos de valor gozam de proteção, quando eles se afastam da descrição substantiva, para realizar a apreciação adjetiva, no sentido de que não há necessidade de averiguar sua veracidade, salvo em casos de manifesta má-fé e brutalmente contra evidências empíricas¹⁷³.

A terceira característica que fundamenta a restringibilidade é o *teor da privacidade das informações colhidas*. Para avaliar tal aspecto, é preciso invocar a teoria das esferas, aplicável aos direitos individuais.

Jónatas Machado divide o direito de privacidade em quatro esferas de proteção, da mais externa para a mais interna: a esfera de publicidade (alheia ao suporte fático do direito de privacidade), a esfera pessoal (correspondente à relação que o sujeito estabelece com o meio social envolvente, como, por exemplo, a profissão e o tipo de lazer...), a esfera privada (correspondente aos afetos e relações que marcam os momentos do indivíduos, como por exemplo, fatos passados, amigos, família, convicções, crenças de religiosas) e a esfera íntima (correspondente ao mundo dos sentimentos, emoções, sexualidade, existência biopsíquica, como, por exemplo, orações, doenças, hábitos íntimos, comportamento sexual...) ¹⁷⁴.

A proteção à esfera privada e íntima se justifica, pois estas correspondem a uma área de acesso limitado, ou a uma zona pessoal, sob reserva de decisão individual, em que não reveste de interesse coletivo a publicidade das informações, por ou independente de ser verdadeiras. Tais zonas são barreira ao totalitarismo estatal e tem

¹⁷²Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

¹⁷³Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 746-802.

¹⁷⁴Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 792-799.

fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de liberdade geral para o desenvolvimento da personalidade.

Destaca-se que é contraproducente delimitar barreiras rígidas para essas esferas, uma vez que elas são frutos de determinadas concepções histórico-culturais, além de que variam conforme o indivíduo, devendo o Poder Judiciário ter sensibilidade para as tendências intersubjetivas dos conceitos.

O quarto aspecto que se destaca é a *fama do ofendido*, que impõe mais rigor no trato da divulgação da informação. No entanto, em favor ao jornalista que divulga notícias inconveniente de agentes políticos se encontra o fato do agente do cargo público agir no *exercício de suas funções*, responsável por um *serviço público*. Assim, em face da impessoalidade que os agentes devem ter; são impedidos de desviar de princípios, o que configuraria uma proteção favorável à atuação do jornalista no caso concreto.

Assim esses aspectos podem ser reduzidos basicamente para: (a) veracidade da informação, (b) diligência do jornalista, (c) publicidade da notícia, (d) fama do ofendido, (e) caráter privado ou íntimo da informação, (f) ilicitude da informação. A restrição só configura razoável quando a maioria deles for desfavorável para o emissor da mensagem.

Todos esses aspectos devem ser ponderados para se atingir uma decisão judicial proporcional, que pode incluir desde indenização e obrigação de fazer, passando por obrigação de se retratar, a tirar exemplares do mercado, até em casos extremos a censura judicial *ex post*.

4.5. RESTRIÇÕES POR QUESTÕES DE MORAL PÚBLICA E BONS COSTUMES

As restrições anteriormente mencionadas são associadas a conflitos entre modalidades de direitos individuais. Nessas condições, a comprovação do dano causado é o ponto fundamental para realizar o sopesamento entre os direitos antinômicos.

No caso, das restrições por questões de moral pública, bons costumes e ordem pública, a problemática adquire contornos mais complexos. Em primeiro lugar, isso ocorre porque é mais difícil avaliar os danos provocados aos bens que integram o patrimônio jurídico de uma pessoa coletiva, uma vez que, não obstante a complexidade de auferir a intensidade desse ano, a extensão é completamente desconhecida pelo intérprete do Direito, o que não raro obrigaria ele a realizar um sistema de presunções,

com altas probabilidades de falibilidade quanto à execução dos seus fins. No entanto, o impacto do dano causado e, por consequência, os fundamentos da restringibilidade ganham mais peso quando é conjugado com outros direitos fundamentais de teor mais claro.

Em segundo lugar, a Constituição Federal é silente quanto a esse tipo de restrição, excepcionando apenas a hipótese de decretação de estado de defesa, que é uma circunstância político-jurídica excepcionalíssima. Assim, os fundamentos jurídico-constitucionais dessas restrições consistiram numa interpretação sistemática e teleológica, dos seguintes dispositivos constitucionais, concatenados aos direito de segurança¹⁷⁵:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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

Em terceiro lugar, os conceitos desses institutos são difíceis de precisar. Jónatas Machado investiga os conceitos de moral pública e bons costumes nos seguintes termos¹⁷⁶:

¹⁷⁵BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

Os conceitos de moral pública e bons costumes surgiam, assim, como instrumentos de racionalização autoritária da imposição heterônoma de uma determinada concepção do bem, através do *monopólio da coação legítima*. O primeiro, em nome principalmente das repercussões públicas de uma determinada conduta. O segundo, a partir da referência a uma ideia de bondade objetiva da mesma.

Em face dessas três situações problemáticas, as hipóteses em que as restrições se justificam em face da Constituição são excepcionalíssimas, mas até que as restrições nos casos de conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade. Assim, a definição proposta por Alexy, as referidas restrições consistem em princípios, de baixa densidade valorativa¹⁷⁷.

Tais institutos tem a vantagem de proporcionar a abertura do sistema jurídico a sistemas de natureza moral e religiosa. No entanto, a abertura evidentemente é limitada.

A moral pública, no contexto regido pela Carta Magna, é um conceito difuso em que se consideram relevantes questões do âmbito da Moral, relevantes para garantir o mínimo ético e condutas razoavelmente adequadas para um convívio social pacífico. Os bons costumes equivalem a um costume de práticas, que, pela experiência histórica, configuram condutas virtuosas.

Conforme enfatiza Jónatas Machado, esses institutos não podem ser utilizados para invocar sistemas de comunicação fechado, regidos por verdades teológicas fechadas ou discursos ideológicos autoritários unilaterais¹⁷⁸.

No entanto, as diretrizes morais provenientes das instituições religiosas podem ser invocadas eventual e excepcionalmente para fundamentar as restrições, uma vez que elas podem configurar normas de integração jurídica na hipótese de lacunas na lei, uma vez que balizam os costumes e os valores morais da sociedade nos termos do art. 4º, do Decreto-Lei nº 4.707, de 1942, a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, que dispõe: “ *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito* ”¹⁷⁹.

¹⁷⁶Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 849.

¹⁷⁷Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-144.

¹⁷⁸Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 849-859.

¹⁷⁹BRASIL. Decreto-Lei nº 4.707, de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. DF: Senado, 1942.

No que concerne à liberdade de expressão, as principais restrições que invocam esses institutos residem na divulgação de conteúdo pornográfico. Basicamente, conforme expõe Jónatas Machado, essas restrições residiriam mais nas circunstâncias, do que nos meios, que são, em suma, os mesmos de qualquer meio de expressão¹⁸⁰. No ordenamento jurídico brasileiro, exemplo de crime que restringe a liberdade de expressão com base nessas diretrizes morais é o atentado ao pudor.

As ressalvas de Gonet Branco de que o direito de liberdade de expressão não abrange o exercício de violência, nem coação física, tendo apenas como alvo algum impacto espiritual são pertinentes¹⁸¹. Assim, conforme defende Jónatas Machado, restrições que visam combater violência gratuita são justificáveis, desde que flagrante a eficácia em combater as externalidades sociais negativas¹⁸².

As restrições de ordem moral ganham mais importância nas situações dos concessionários de serviço público, a saber: os meios televisivos e as rádios. Em virtude de exercerem um serviço público, a Constituição impõe mais restrições específicas. Elas se justificam, ainda, pela constante exposição do conteúdo informativo desses meios à sociedade, que se encontra em posição de vulnerabilidade. As restrições de caráter principiológico de fulcro constitucional estão expressas no art. 221, *in verbis*¹⁸³:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

¹⁸⁰Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 849-859.

¹⁸¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 452.

¹⁸²Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 849-859.

¹⁸³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

As restrições acima elencadas fundamentam a restringibilidade do sistema infraconstitucional, não sendo recomendável interpretação extensiva desses dispositivos, devendo, portanto, limitar a concretizá-los em normas de conformação adequadas.

Por fim, destaca-se que a regulação infralegal é constitucional, uma vez que normas técnicas e possibilidade do uso excepcionalíssimo do poder de polícia são competências que os órgãos da Administração podem exercer com maior presteza e competência, desde que respeitado o princípio da legalidade, garantidas a autorização específica por lei, respeitada a sua precedência e prevalência hierárquica.

4.6. PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A proteção à infância, à adolescência e à juventude é um dever do Estado. O art. 227 da Constituição não só os protege de danos à formação da personalidade, mas também garante prioridade no que concerne à concretização de direitos fundamentais. No que concerne aos fundamentos da restringibilidade, grifou-se os dispositivos que lhes apontam diretrizes, *in verbis*¹⁸⁴.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de **negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**.
(grifos nossos)

As restrições no que concernem à proteção da infância e da adolescência é um caso específico das restrições por questões de moral pública e dos bons costumes. São, portanto, princípios de baixa densidade normativa que podem flexibilizar o direito de liberdade de expressão em situações excepcionais.

Não obstante a fragilidade em fundamentar as restrições pelas questões de ordem moral pública e dos bons costumes, a proteção à infância e adolescência encontra obstáculos teóricos adicionais.

O princípio da proporcionalidade baliza a restringibilidade do direito nessa questão. No entanto, na análise dos seus subprincípios já se encontram alguns óbices.

¹⁸⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

Os meios restritivos para os fins perseguidos têm nexos causais frágeis, em alguns casos, inclusive, são ilegítimos. Conforme evidencia Jónatas Machado, as Ciências Sociais que estudam o desenvolvimento da criança e a influência pelo meio externo não atingem consensos satisfatórios de tal modo que as correlações formuladas por extrapolação empírica já contem altos índices de falibilidade¹⁸⁵.

Ademais, diante da precariedade desses meios científicos, é prudente se esquivar de riscos hipotéticos remotos, que inclusive podem nem ter o efeito pretendido. Assim, a máxima *in dubio pro libertatis* pode ser invocada para proteger a liberdade de expressão.

As restrições se concentram basicamente nas seguintes matérias: proibição de ostensividade de fatos obscenos, pornográficos e violentos. Assim, a liberdade de expressão, representada pela liberdade de publicidade, tem maior destaque nesse aspecto. No entanto, em face do caráter excepcional, a restrição não pode ser tão ambiciosa a ponto de intentar evitar o contato do menor, de todas as formas, com determinadas temáticas.

Nesse sentido, as restrições estritamente necessárias se concentram com mais notoriedade nos meios de radiofusão e televisão, que devem seguir a principiologia elencada no art. 221 da Constituição Federal, conforme enfatizado nas restrições por questões de valores morais da família e da sociedade.

4.7. RESTRIÇÕES POR QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA NACIONAL

No que concerne ao bom funcionamento da ordem pública, poucas restrições são contempláveis. Os fundamentos jurídico-constitucionais são inspirados nos mesmos dispositivos das restrições por questões de moral pública e bons costumes, com a ressalva de que a soberania nacional, insculpido como fundamento da República federativa do Brasil, no art. 1º, inciso I da Constituição Federal.

Enquanto a moral pública e os bons costumes afetam diretamente a sociedade, a ordem pública e a segurança nacional afetam diretamente o Estado e ordenamento jurídico, com efeitos indiretos na sociedade, com a ressalva de que as questões de ordem pública podem também ter efeito direto na sociedade em algumas situações.

¹⁸⁵Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 829-838.

Mais do que oriundo de um direito fundamental à segurança, a manutenção dessa ordem corresponde à possibilidade concreta, garantida pelos órgãos estatais, de as pessoas que estiverem no país gozarem de seus direitos constitucionais sem quaisquer interferências ilegítimas de terceiros, no pleno respeito pelos direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Em face dessas diretrizes, justificam-se em face da Carta Magna os crimes de incitação de desobediência a leis de ordem pública e apologia ao crime, desde que o perigo seja claro e iminente, não podendo apenas ser pressuposto. Vale salientar que Simples “palavras de luta” são protegidas pelo direito de liberdade de expressão.

Ainda que de forma controversa, essas diretrizes podem fundamentar a proibição de armas para cidadãos enquanto transitam em espaços públicos.

Jónatas Machado enfatiza que tais restrições correspondem a comportamentos expressivos que equivalem “*ao desafio à legitimidade da ordem estabelecida, no incitamento à guerra civil, à alteração violenta do Estado de Direito, à luta política pela violência ou à desobediência colectiva*”¹⁸⁶.

As restrições com fulcro na segurança nacional tem por objetivo a garantia da ordem jurídica e social. Para esses fins, é necessária a organização dos órgãos policiais e militares num hierarquia com graus variáveis de rigidez e disciplina. Logo, as restrições que visam manter a disciplina no exército e prolongar a confiança na rede que integra o aparato burocrático-administrativo são constitucionalmente justificáveis. Jónatas Machado ressalta, ainda, que a condução dos aspectos mais sensíveis da política externa restringe mais particularmente as liberdades de informação¹⁸⁷.

Além de proteger a segurança nacional, as restrições podem também proteger a esfera de segredo do Estado. O âmbito dessa esfera é nebuloso. Ele integra, em suma, qualquer informação que provoca danos, ainda que em potência, imediatos e irreparáveis ao Estado e ao organismo político. É, pois, excluído dessa esfera as informações que causem embaraços a políticos e burocratas, ou em áreas absolutamente impertinentes com a segurança nacional, seja nos domínios político, administrativo, econômico e cultural.

As orientações hermenêuticas que balizam as restrições de proteção ao sigilo estatal devem ser dispostas cautelosamente em leis, uma vez que uma orientação

¹⁸⁶Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 865.

¹⁸⁷Cf. MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p 859-867.

hermenêutica muita ampla, além dos inconvenientes atinentes a toda norma que protege interesses transindividuais, pode provocar a degeneração desse instituto para proteger interesses obscuros dos agentes estatais.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão como direito fundamental é uma das mais valiosas conquistas da humanidade. O povo que tem tal direito concretizado encontra um estado ímpar de felicidade, uma vez que, ao longo de milênios, a maioria das civilizações foi obrigada a se submeter ao poder de uma elite dirigente, que impedia que a verdade inconveniente fosse revelada.

Consiste num dos mais antigos direitos fundamentais. Integra a primeira dimensão de direitos fundamentais, que é constituída pelos direitos individuais. Esta categoria de direitos implica numa *atuação negativa* do Estado, ao mesmo tempo em que é considerado um direito de *abstenção do Estado*, exercido contra o Poder Público. No entanto, tal direito deve ser interpretado numa ordem jurídica que concilia o *valor-liberdade* com valores de ordem socializante e comunitária.

Em face dessa ordem, o direito não pode ser interpretado como um fim em si, mas um meio para concretizar finalidades substantivas intrínsecas, intermediadas por valores extrínsecos a ser direito, mas que fluem no leito constitucional. Tais finalidades balizam tanto o sistema de proteção desse direito a outras normas antinômicas, quanto, se ausentes no caso concreto de um exercício do direito fundamental podem conceder fundamentos jurídicos para a restringibilidade.

Ainda que pese tal problema, é quase consenso que, assim como qualquer direito fundamental, a liberdade de expressão não tem caráter absoluto. Assim, tal direito não é

protegido em toda situação. Nessas situações, temos nítido o âmbito das “restrições aos direitos fundamentais.” Porém, há de se convir que tais restrições têm caráter fortemente excepcional, mais marcante até que outra liberdade fundamental.

A susceptibilidade de restrição se justifica em face do caráter principiológico que reveste o direito de liberdade de expressão. Por ser uma norma-princípio, configura um mandamento de otimização. Na antinomia desse direito com outra norma-princípio, um não exclui os outros *a priori*, mas somente *a posteriori* a partir da análise dos aspectos do caso concreto. Em outras palavras, a força normativa desses princípios só é definida, no caso concreto, em que um conjunto de *valores* concederá *pesos* diferenciados a cada princípio, de modo que o mais *pesado* deve prevalecer, podendo restringir ou mesmo afastar a incidência do princípio que, *in casu*, apresentar menor densidade valorativa. Os princípios têm, portanto, um caráter *prima facie*.

Nesse contexto, o tema da restrição à liberdade de expressão gera debates acalorados nos espaços públicos brasileiros. De um lado, os órgãos de imprensa defendem um *laissez-faire* quanto à matéria. Por outro, setores governistas defendem um marco regulatório para a mídia, em substituição à antiga Lei de Imprensa nº: 5.250/67, que vigorou até 30 de abril de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma arguição de descumprimento de preceitos fundamentais decidiu pela sua não-recepção pelo ordenamento constitucional vigente.

Não obstante tais conflitos, há de se reconhecer a importância de estabelecer o papel do Poder Judiciário e reconhecer quais são as suas balizas de atuação, que, não raro, tem uma postura ativista. Se, portanto, não forem adotados parâmetros para a sua atuação, a sociedade pode ficar a mercê de inseguranças jurídicas, e abrir portas para uma indesejável interferência nas decisões judiciais, por oscilar ao calor dos debates e da pressão de órgãos políticos, burocratas da Administração Pública e de grandes setores da imprensa.

Tal impasse, quanto aos *lobbys* políticos em conflito e quanto à adequada postura do Poder Judiciário, evidentemente, enseja uma solução normativa, à luz da Carta Magna e da jurisprudência vigente, que releve dois aspectos conflitantes.

Assim, a restrição ao direito de liberdade de expressão deve configurar como exceção devendo ser circunstancialmente circunscritas e fundamentadas, nos termos da principiológica específica, observado um processo legislativo devido que compreenda um elenco apertado de requisitos formais e materiais.

Em face dessa principiologia, no que concerne à extensão somente as restrições, seja diretamente constitucional, seja realizada por norma infraconstitucional, a partir autorização pela Constituição são justificadas pela colisão por três tipos de normas: na tutela dos direitos de personalidade, na tutela dos interesses culturais da comunidade, e na tutela da ordem jurídica estatal.

Nesse contexto configuram restrições em espécie: a vedação ao anonimato, a exigência de direito de resposta, eventualmente a vedação aos oligopólios e monopólios nos meios de comunicação, os conflitos com os direitos de personalidade de caráter principiológico, os conflitos pertinentes à moral pública e os bons costumes, as normas de proteção à criança e adolescente e os conflitos pertinentes á garantia da ordem estatal e da segurança nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Cleveland e New York: Meridian Books, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009,

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Ediuuro, 1997.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Organização Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: IDP, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 4.707, de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. DF: Senado, 1942.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, 15.08.2002, DJ, 08.08.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.969-4/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 05.03.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº130/09, Rel. Min. Carlos Brito, DJ, 06.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 102041/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 20.08.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13.11.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPANEMA, Walter Aranha. *O direito ao anonimato: uma nova interpretação do art. 5º, IV, CF*. Disponível em < <http://waltercapanema.com.br/wordpress/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/O%20direito%20ao%20anonimato.pdf>> Acesso em 25 jul 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). *A Constituição dos Estados Unidos da América*.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA. Constituição (1791). *Constituição Francesa de 1791*.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. *Direito de Resposta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico ou Civil*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* São Paulo: Kairós, 1985.

MACHADO, Jónatas E. M.. *Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. 5 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: Leituras jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILTON, John. *Areopagitica: A Speech For The Liberty Of Unlicensed Printing To The Parliament Of England*. Project Gutenberg EBook: 2006.

MIRAGEM, Bruno. E. M.. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Martin Claret: São Paulo, 2009.

MORAES, Paulo Francisco Cardoso de. *A vedação constitucional do anonimato aplicada à internet. O papel do estado brasileiro na identificação dos usuários e responsabilização dos provedores*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9964>. Acesso em 27 jul 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1945)*.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. Minas Gerais: Virtual Books Online M&M Editores, 2000.

REALE, Miguel. *Conferência proferida, no Rio de Janeiro, a 9 de julho de 1991, na instalação da VI Semana Internacional de Filosofia, promovida pela Sociedade Brasileira de Filósofos Católicos, que assim prestou homenagem ao autor no ensejo de seu octogésimo aniversário.* Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a08.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013

_____. *Filosofia do Direito*. 19. ed São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Variações sobre a Estrutura do Direito*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. *Variações sobre a Normatividade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2013. Cf.

SILVA, Júlio César Lopes da. Liberdade de expressão dos policiais e bombeiros militares. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8797. Acesso em 15 de jul. de 2013.

SMITH. Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.