

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

***FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS LIMITS IN THE JURISPRUDENCE
OF THE FEDERAL SUPREME COURT***

Marcelo Garcia da Cunha¹

Resumo: O estudo tem por conteúdo a análise da problemática que envolve os limites à liberdade de expressão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O objetivo almejado situa-se na identificação dos critérios decisórios aplicados pelo Tribunal nos casos em que houve discussão acerca da amplitude do direito de liberdade de expressão, direito fundamental no âmbito do constitucionalismo estruturante do Estado, especificamente os limites entre o exercício legítimo e o exercício abusivo desse direito. A metodologia aplicada envolve a abordagem da jurisprudência constitucional contemporânea acerca do assunto, consolidada a partir da vigência da atual Constituição Federal. Os julgados analisados permitem concluir que o direito à liberdade de expressão não é um direito cujo exercício seja ilimitado e incondicionado, porquanto deve ser exercido nos limites traçados pela própria Constituição Federal, que garante sua efetividade, mas ao mesmo tempo restringe e relativiza seu alcance em face de outros direitos de mesma estatura jurídica.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Limites. Democracia. Direitos fundamentais. Jurisprudência constitucional.

Abstract: The content of the study is the analysis of the issues surrounding the limits to freedom of expression within the scope of the jurisprudence of the Supreme Court. The desired objective is to identify the decision-making criteria applied by the Court in cases in which there was discussion about the scope of the right to freedom of expression, fundamental right within the scope of the structuring constitutionalism of the State, specifically the limits between the legitimate exercise and the abusive exercise of this right. The methodology applied involves the approach of contemporary constitutional jurisprudence on the subject, consolidated from the validity of the current Federal Constitution. The judgments analyzed allow us to conclude that the right to freedom of expression is not a right whose exercise is unlimited and unconditional, as it must be exercised within the limits outlined by the Federal Constitution itself, which guarantees its effectiveness, but at the same time restricts and relativizes its scope in compared to other rights of the same legal status.

Keywords: Freedom of expression. Limits. Democracy. Fundamental rights. Constitutional jurisprudence

¹ Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela.

1 INTRODUÇÃO

Este texto parte da concepção de que a liberdade de expressão constitui direito fundamental no âmbito do constitucionalismo estruturante do Estado, visto que permite ao cidadão expor suas ideias e opiniões e, com isso, atuar de modo eficaz e transformador no processo democrático.

A liberdade de expressão pressupõe, por outro lado, um direito à informação, não em sua vertente meramente formalística, mas como direito ao conhecimento irrestrito de elementos necessários ao pleno desenvolvimento do sujeito, seja na sua qualidade de cidadão, no âmbito da coletividade em que vive, seja como indivíduo, dotado de personalidade.

Diante desse cenário, torna-se desafiador o equacionamento das tensões jurídico-sociais decorrentes do abuso no exercício desse direito, não apenas no que diz respeito à sua vertente mais grave, que se concretiza pelo famigerado discurso de ódio, mas também pelos excessos cometidos no âmbito da sociedade contemporânea, onde os meios de expressão são redimensionados pela tecnologia.

Na condição de um dos mais prestigiados direitos das sociedades democráticas, a liberdade de expressão encontra tutela na Constituição Federal, cujo art. 5º, inciso IV, dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

O objetivo, aqui, é identificar os critérios decisórios aplicados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos em que houve discussão acerca da amplitude do direito de liberdade de expressão. Mais especificamente, pretende-se verificar, na jurisprudência constitucional, os limites entre o exercício legítimo e o exercício abusivo da liberdade de expressão.

A metodologia aplicada envolve a abordagem da jurisprudência constitucional contemporânea acerca do assunto.

Para alcançar os propósitos almejados, inicialmente se faz necessária uma análise das características da sociedade pós-moderna e dos paradigmas jurídicos nela imperantes.

Na sequência, são analisadas as tensões conflitivas que se sucedem no âmbito do constitucionalismo contemporâneo e a forma como são solucionadas.

Os limites admitidos ao exercício legítimo da liberdade de expressão estão aglutinados em tópico específico, no qual é analisada a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, consolidada a partir da vigência da Constituição Federal de 1988.

2 A SOCIEDADE PÓS-MODERNA E SEUS PARADIGMAS JURÍDICOS

A história da convivência social demonstra o desígnio inexorável da humanidade à evolução. Ainda que nesse trajeto de transformação gradual e progressiva se constate, com frequência, acidentes de percurso com o recurso à barbárie e à violência de toda ordem, abarcando desde as formas mais rudimentares até aquelas notadamente mais engenhosas, o destino do homem tem se revelado admirável.

Através do emprego da técnica, que retrata um dos variados traços da sua capacidade intelectual, aspecto que o singulariza frente às demais espécies, o homem promoveu saltos evolutivos que permitiram o aprimoramento qualitativo de sua existência.

A industrialização promoveu profundas modificações na vida social, antes atomizada e agora massificada, consolidando alguns paradigmas estruturantes da chamada modernidade. No campo jurídico, a certeza, a segurança e a visão totalizante da lei pautaram a formatação do direito dos Estados modernos.

A ideia pressuposta às grandes codificações surgidas no limiar do século oitocentista impunha a absoluta clareza e precisão da lei, não oportunizando espaço para elaborações semântico-ideológicas por parte do intérprete e aplicador da regra jurídica. A estabilidade social, algo essencial para a assimilação dos princípios iluministas pós-revolução e para assegurar as bases do novo regime político-social, como a proteção da propriedade privada, a garantia do cumprimento dos contratos e a preservação da ordem interna (Hunt; Sherman, 2005, p. 67), era garantida pela segurança jurídica, visto que a norma codificada, destinada a incidir sobre relações perenes, regulava os atos da vida civil do cidadão e prescrevia suas respectivas consequências.

O código, sob a ilusão de uma inatingível plenitude, integralizava todas as formas possíveis de relações jurídicas, sendo vedado ao juiz solucionar o caso concreto com regra inexistente na normatização codificada. Somente ao legislador era permitido criar, extinguir ou modificar a estrutura normativa do Estado.

A revolução tecnológica, que ainda se encontra em desenvolvimento e que alcança gerações recentes e contemporâneas, veio descortinar infinitas possibilidades no que se refere ao processo evolutivo da humanidade. Nesse contexto, ressaltam os mecanismos informacionais que permitem a conexão em rede, facilitando a comunicação em tempo real, e o “encurtamento”

das distâncias, impelido por deslocamentos facilitados.

As linhas territoriais já não se revelam tão nítidas. Zygmunt Bauman (1999, p. 19), nesse sentido, realça que a ideia de fronteira geográfica é cada vez mais difícil de ser sustentada no mundo contemporâneo. As divisões dos continentes e do globo decorreram das distâncias, outrora impositivamente reais em razão dos meios de transporte primitivos e das dificuldades de locomoção.

É verdade que o terrorismo acentuado a partir da virada do século promoveu um revés nesse cenário, visto que os Estados adotaram, e têm adotado cada vez com mais ênfase, medidas de maior restrição ao trânsito ampliado de pessoas. Isso, contudo, constitui apenas um aspecto no âmbito de um fenômeno de maior envergadura, que se revela mundialmente contextualizado.

Na chamada pós-modernidade, os paradigmas jurídicos que caracterizavam a modernidade se inverteram.

O constitucionalismo principiológico, com suas normas abertas a maior ingerência do intérprete, ao assumir posição nuclear nos sistemas jurídicos democráticos, rompeu o atributo da certeza, que, como visto, delineava as grandes codificações. Na resolução dos conflitos, que adquiriram maior complexidade devido aos múltiplos fatores que compõem as relações jurídicas atuais (difusas, coletivizadas e homogeneizadas) não mais se recorre, apenas e somente, aos simplórios silogismos que tipificaram o fazer jurídico na modernidade. A Constituição, muito mais atrelada à razão ética que a razão técnica, impõe ponderações que não se coadunam com raciocínios elementares. A partir do momento em que os princípios constitucionais guiam a argumentação e fundamentação jurídicas o equacionamento dos litígios já não se mostra algo indubitável e imune à hesitação. A certeza, hoje, cede espaço à probabilidade (Ortiz, 2004, p. 296).

Por outro lado, a segurança jurídica, no cenário pós-moderno, de aceleração das relações sociais, impelidas pela troca simultânea de dados e informações, perde a centralidade de outrora, porque tais relações, menos perenes, se afiguram muito mais instáveis e maleáveis.

As codificações da atualidade, em consequência, não apresentam pretensão exaustiva e exauriente, algo perfeitamente perceptível pela redação normativa mais aberta, mediante o emprego de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados (boa-fé, interesse público, bem comum, função social do contrato), oferecendo maior espaço a soluções condizentes com as peculiaridades do caso concreto.

O emprego de preceitos mais fluidos revela-se, ademais, adequado às constantes transformações das relações jurídicas, algo infactível ao modelo de normatização inflexível à atuação ativa do intérprete. Isso não se traduz, entretanto, em um poder discricionário absoluto para a escolha da resposta à questão jurídica, pois tal possibilidade levaria a uma justiça subjetivista e arbitrária. Embora a percepção pessoal seja critério inerente ao processo cognitivo, mas não o único, a norma deve ser aplicada de acordo com as concepções e os valores éticos vigentes no meio onde deve produzir seus efeitos (Engisch, 2008, p. 239).

A rearticulação ontológica dos sistemas jurídicos na contemporaneidade resulta na sua melhor adaptação aos desafios que se impõem numa sociedade multicultural.

O pluralismo, no âmbito do Estado Constitucional, implica, em contrapartida, respeito à alteridade, sob pena de perder sua própria característica de referencial sociológico. A diversidade somente se sustenta quando há a aceitação do outro, na sua condição personalíssima e/ou como integrante de certa coletividade, independentemente de qualquer traço racial, étnico, de gênero, de origem, etário, estético² e social que module sua dignidade.

Obviamente que tal afirmação está fundada em pressupostos de certa forma idealizadores da convivência humana. A realidade do mundo fático infelizmente não se apresenta com tamanha tranquilidade. Há tensionamentos sociais que desafiam os alicerces democráticos do Estado Constitucional, aspecto que será objeto de abordagem no tópico que segue.

3 AS TENSÕES SOCIAIS NO ÂMBITO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Jean Jacques Rousseau (2000, p. 39), ao combater o regime monárquico parasitário, defendeu a ideia de que a base para a convivência entre seres humanos são as convenções. Pelo contrato social, o homem deixa seu estado de natureza e assume seu estado civil, convivendo sob as regras ditas por um corpo moral e coletivo (Estado). Essa condição de sociabilidade impõe-lhe a abstenção de seus impulsos físicos e a sujeição à razão, sedimentada na lei, expressão da vontade geral.

Não há ilimitada liberdade no âmbito do contrato social. Seus limites, consignados em normas de conduta, são traçados a partir da necessidade de recíproca respeitabilidade entre os

² O referencial estético é recorrente fator de repulsa no convívio social. Quasímodo, de Victor Hugo, era odiado e ridicularizado por todos não por seu caráter, mas tão somente em razão do seu aspecto físico.

cidadãos. No regime absolutista, ao contrário, não havia espaço admissível a divergências quanto ao poder supremo e divinizado do monarca, que concentrava em suas mãos todos os atributos decisórios.

Conforme se confere no quadro comparativo elaborado por Roberto L. Blanco Valdés (2010, p. 41), as Revoluções Norte-Americana e Francesa alçaram novos princípios em contraposição a aqueles que estruturavam a antiga sociedade estamental: a concentração de poder nas mãos do monarca deu lugar à separação de poderes; o poder divino dos reis cedeu espaço ao princípio humano da representação; a sujeição à arbitrariedade foi substituída pela ideia de sujeição à lei; à restrição de direitos dos súditos se sobrepôs o reconhecimento de direitos dos cidadãos; privilégios foram proscritos em face da igualdade diante da lei; a liberdade dos antigos foi suprimida pela igualdade dos modernos. As Revoluções romperam o teocentrismo e suas verdades impostas, característicos da Idade Média, e despertaram o homem à sua própria razão, antes oprimida pela hegemonia religiosa. A história, nesse contexto, passa a ser escrita por uma visão antropocêntrica, tendo o homem (e suas leis) como protagonista (Sbarbaro, 2006, p. 47).

Com a emergência do Estado Democrático e da sociedade liberal, no âmbito da qual toda forma de poder resulta da própria vontade do povo, por meio de sua estrutura representativa, ressaltam correlações de forças de matizes muito variadas, envolvendo indivíduos e grupos sociais.

Esses tensionamentos são potencializados pela própria matriz constitucional dos regimes democráticos, pois o reconhecimento de direitos fundamentais ao cidadão implica, em contrapartida, deveres correspondentes, sejam eles em um nível vertical, que se projeta na relação entre o Estado prestacional e o particular, ou numa posição horizontal, abarcando as relações entre sujeitos privados, aspecto que, segundo Pablo Contreras (2009, p. 29), é um dos pilares do chamado neoconstitucionalismo.

Parece um paradoxo que a Constituição potencialize situações conflitivas entre sujeitos sociais, pois antes deveria, pela sua normatização hierarquicamente superior, neutralizá-los. No entanto, embora o texto constitucional tenha como pressuposto uma composição formal e material entre os diversos atores sociais³ envolvidos no processo dialógico que levou à redação

³ Ferdinand Lassale (2001, p. 11) designa esses atores sociais de “fatores reais de poder”. Em contraposição à

das normas constitucionais, isso não elimina a possibilidade de rompimentos posteriores, além das divergências que se sucedem no âmbito das relações individualizadas na sociedade.

Pérez Luño (2001, p. 52-53), ao abordar os direitos fundamentais na Constituição Espanhola de 1978, lembra que as forças políticas que mais diretamente concorreram para a redação do respectivo texto alcançaram um consenso ou compromisso sobre a necessidade de atribuir aos direitos fundamentais um protagonismo no sistema jurídico-político, mas sem que isso implicasse um acordo sobre o conteúdo e função desses direitos. Para setores conservadores, segundo o autor, a Constituição foi uma meta de chegada do processo de transição, mas para as forças progressistas significou o ponto de partida de um amplo programa de renovação.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 igualmente resultou de uma momentânea composição entre grupos conservadores, ligados ao regime militar, e setores progressistas, que se opunham à aquele regime. A partir da promulgação da Constituição, ambos os lados vêm se debatendo na interpretação e nas iniciativas de modificação do seu texto, gerando sucessivas emendas à redação original.

O extenso elenco de direitos fundamentais das Constituições contemporâneas dá margem a situações em que esses direitos se colocam em rota de colisão.

O direito à informação e o direito à privacidade, o direito de greve e o direito da população à continuidade dos serviços públicos, o direito de manifestação pública e o direito de livre circulação, o direito de fruição da propriedade e a função social da propriedade, o direito à livre iniciativa e o direito a um ambiente ecologicamente sustentável, todos ilustram hipóteses de confronto entre polos de interesses que, a depender dos elementos circunstanciais, revelam alto grau de oposição, solucionada à luz de juízos valorativos, com maior espaço à discricionariedade, e não através de juízos de validade, nos quais pouco sobra à discricção. A alternativa decisória, à base de uma ordem de prevalência, deve ser a menos restritiva possível aos direitos em colisão.

O posicionamento hierarquicamente equivalente de direitos principiológicos não admite a anulação de um em face de outro, mas, sim, a escolha daquele que deve preponderar à luz das circunstâncias concretas, diferentemente do que sucede nos casos em que a situação conflitiva

tese de Lassale, Konrad Hesse (1991, p. 24) defende que a Constituição é mais que um produto de forças sociais, pois ela própria converte-se em força ativa que modula a realidade política e social.

não se reveste de matriz principiológica, porque, despojados de fundamentalidade jurídica, se encontram em um nível ordinário da estrutura normativa. Direitos amparados em regras seguem sistemática resolutive em que uma se impõe à outra.

Dworkin (2010, p. 39 e 42), sintetizando a distinção, assinala que as regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. A regra válida implica a aceitação de sua solução; se for inválida, nada contribui para a decisão. Em situações orientadas por regras, o juiz não pode decidir de modo diverso, salvo se a própria regra permitir. Direitos amparados em princípios, por outro lado, possuem uma dimensão de peso, em que se faz necessário mensurar a força relativa de cada princípio em colisão⁴.

Para Alexy (1993, p. 86-87), os princípios são mandamentos de otimização, pois são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as probabilidades jurídicas e reais existentes. O cumprimento dos princípios se dá com maior elasticidade dentro da sua área de incidência. Já as regras, segundo a ótica de Alexy, são normas que não possuem maior flexibilidade, haja vista que só admitem o seu estrito cumprimento ou não. Sendo válida a regra, cumpre observar-se exatamente o seu comando, nem mais nem menos.

A própria Constituição prevê mecanismos direcionados a distensionar os confrontos que se projetam sob suas bases normativas (princípios e regras têm caráter normativo, pois prescrevem condutas), tarefa levada a efeito predominantemente por órgãos jurisdicionais de cúpula, incumbidos de zelar pelo controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, bem como por juízos ordinários, encarregados de fazer o controle de maneira difusa e concreta, à vista das peculiaridades de cada caso.

O direito à liberdade de expressão inegavelmente constitui um dos pilares da cidadania no Estado Democrático, porque tal direito potencializa a circulação de ideias, algo imprescindível à democracia. A exteriorização da opinião é uma das formas pelas quais o indivíduo firma e afirma sua personalidade no meio onde vive. A liberdade de opinião, paradoxalmente, deve ser resguardada até mesmo àqueles que atacam, no debate político, o próprio sistema democrático. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Espanha já afirmou

⁴ Para Karl Engisch (2008, p. 319), em certos casos de contradição entre princípios, designadamente os princípios da justiça, da oportunidade prática e da segurança jurídica, um deles deve ser sacrificado total ou parcialmente a favor do outro.

que “A Constituição protege também aqueles que a negam”, conforme Sentença 235, proferida em 07 de novembro de 2007.

Firmadas as premissas acima, passa-se, na sequência, à análise dos critérios que vêm sendo empregados no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para estabelecer os limites ao exercício do direito da liberdade de expressão. Mais especificamente, importa averiguar como a Corte vem resolvendo as tensões jurídico-constitucionais envolvendo a concretização do referido direito, sobretudo a partir da vigência da atual Constituição Federal.

4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O direito à liberdade de expressão encontra amparo na Constituição Federal, numa dimensão genérica, mas inserido no catálogo dos direitos fundamentais, no seu art. 5º, inciso IV, que dispõe acerca da liberdade de manifestação do pensamento, e inciso IX, que assegura a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Em caráter mais específico, no tocante à comunicação social, o art. 220 da Constituição garante que a manifestação do pensamento, assim como a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, não poderá ser objeto de qualquer restrição, sendo vedada, ademais, nos termos do §2º do referido dispositivo, toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Em razão da sua estatura constitucional, certos conflitos que abarcam o direito à liberdade de expressão - recorrentemente hierarquizados e ponderados frente a outros direitos constitucionais, tais como os direitos de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas - têm sua solução submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição. Em vista disso, serão analisadas decisões da Corte Suprema proferidas a partir da vigência do atual texto constitucional.

Esse corte temporal na pesquisa jurisprudencial - a partir de 1988 -, como critério metodológico, é importante referir, permitirá uma melhor aferição do posicionamento

contemporâneo do Tribunal acerca da matéria⁵.

No Habeas Corpus 831257/DF, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, julgado em 16 de setembro de 2003, foi discutida denúncia penal do Ministério Público Militar contra o autor do livro “Feridas da Ditadura Militar”, no qual foram narrados fatos considerados ofensivos ao Exército pelo referido órgão ministerial, o que teria enquadramento no tipo penal contido no art. 219 do Código Penal Militar.

Embora o deferimento do pedido de habeas corpus tenha sido pautado em ponto de vista alheio ao direito de liberdade de expressão - portanto, sem adentrar no seu conteúdo e na sua abrangência jurídica -, notadamente na ausência de configuração fática do tipo contido no referido dispositivo penal, o ponto a destacar no voto condutor do julgado, considerando os objetivos deste trabalho, é que foi reafirmado o exercício da liberdade de expressão como direito imprescindível à própria existência do Estado Democrático de Direito, o que denota a amplitude da dimensão jurídica desse direito no contexto da Constituição de 1988.

A decisão proferida em 17 de setembro de 2003 no Habeas Corpus 824242/RS - que ficou conhecido como Caso Ellwanger - consolidou um dos mais emblemáticos julgados envolvendo os limites da liberdade de expressão na jurisprudência do STF. O caso concreto abarcava fato consistente na redação, edição e distribuição de livros com conteúdo antissemita, pautados num revisionismo negativista de fatos históricos incontroversos, em especial o holocausto, e fazendo apologia de ideias nazistas.

No extenso voto condutor do julgado, o Ministro Maurício Corrêa, exaurindo todos os aspectos históricos, jurídicos, sociológicos e políticos que a questão envolve, enfatizou, no tocante ao direito de liberdade de expressão, que não se trata de direito cujo exercício seja incondicionado, porquanto deve ser exercido nos limites traçados pela própria Constituição Federal, que garante sua efetividade, mas ao mesmo tempo restringe seu alcance em face de outros direitos de estatura constitucional.

Nesse sentido, a liberdade de expressão não assegura um suposto direito de incitação ao

⁵ Os limites do exercício da liberdade de expressão frente a outros direitos, que ainda se encontram pendentes de posicionamento específico por parte do STF, serão definidos, em sede de repercussão geral, no âmbito do Recurso Extraordinário 662055/SP, que é o recurso paradigma para o Tema 837, assim descrito: “Definição dos limites da liberdade de expressão em contraposição a outros direitos de igual hierarquia jurídica - como os da inviolabilidade da honra e da imagem - e estabelecimento de parâmetros para identificar hipóteses em que a publicação deve ser proibida e/ou o declarante condenado ao pagamento de danos morais, ou ainda a outras consequências jurídicas”.

racismo, pois a Constituição, tendo a dignidade da pessoa humana como um dos pilares fundamentais da República, veda a prática de atos discriminatórios de toda e qualquer natureza⁶.

Ademais, conforme decidido pelo STF, a liberdade de expressão não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam inclusive ilicitude penal.

O julgado proferido no Habeas Corpus 83.996-7/RJ, em 17 de agosto de 2004, envolvia denúncia que imputava ao paciente a prática de ato obsceno. O ato ocorrera ao término da apresentação do espetáculo *Tristão e Isolda*, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, onde o denunciado, inconformado com as vaias, teria simulado ato de masturbação e exibido as nádegas ao público que se encontrava no local.

Para o Ministro Gilmar Mendes, que foi o Relator do acórdão, a atitude do sujeito denunciado, ainda que tenha sido objeto de repulsa por parte dos presentes, se inseria integralmente no âmbito do exercício da liberdade de expressão, não sendo cabível a ele, portanto, a imputação de prática de crime.

Em outra oportunidade, na Ação Originária 1390/PB, julgada em 12 de maio de 2011, o Tribunal analisou a questão referente aos limites da liberdade de expressão. O caso envolveu críticas tecidas por político endereçadas ao presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba no contexto de processo eleitoral. Na sua defesa, o demandado alegou que teria atuado no exercício regular de um direito, por ser a liberdade de expressão garantida constitucionalmente.

O Ministro Dias Toffoli, Relator do julgado, refutou a tese de defesa, porque a liberdade de expressão não é ilimitada nem absoluta, devendo observar os demais direitos fundamentais, como a honra, a intimidade e a privacidade. Ademais, embora as pessoas públicas - no caso, o ofendido - estejam submetidas a críticas pelo desempenho de suas funções, essa sujeição não pode dar margem a acusações infundadas e ofensivas à reputação do destinatário.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF, cujo julgamento ocorreu em 15 de junho de 2011, sob o relato do Ministro Celso de Mello, foi discutida a possibilidade de ser conferida interpretação conforme à Constituição ao art. 287 do Código Penal, excluindo qualquer exegese que ensejasse a criminalização da defesa da legalização das

⁶ Em outro momento, em caso envolvendo discriminação religiosa, o STF decidiu que a liberdade de expressão não comporta atos de incitação à intolerância e ao ódio (Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146303/RS, Redator do acórdão Ministro Dias Toffoli, julgado em 06 de março de 2018).

drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos em espaços públicos.

Restou assentada, na ocasião, a relevância da função contramajoritária do STF, tendo em conta que, no caso em debate, o direito à propagação de ideias, por grupos minoritários, como a chamada “Marcha da Maconha”, ainda que sejam “desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares” - como realçado pelo Relator -, não pode ser oprimido pelas maiorias no âmbito do Estado Democrático⁷. Em outra perspectiva, a atuação contramajoritária ocorre quando o STF invalida atos do Legislativo ou Executivo, por violação à Constituição, cujos membros são eleitos pelo voto popular (BARROSO, 2019, p. 55).

Sob a perspectiva constitucional, segundo o referido julgado, revela-se legítima a realização de assembleia, reunião, passeata, marcha ou qualquer outro encontro no espaço público, com o objetivo de obter apoio para proposta de legalização do uso de drogas, de criticar o modelo penal de repressão e punição ao uso dessas substâncias, de propor alterações na legislação penal, de formular sugestões sobre o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e de promover atos em favor das posições sustentadas pelos manifestantes. Nesse sentido, ainda conforme decidido, a liberdade de expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções, embora não tenha caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico (a vedação à incitação ao ódio é um exemplo ilustrativo), não pode ser impedida pelo Poder Público, nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

Os limites da liberdade de expressão no âmbito do debate público foram objeto de análise da Suprema Corte no Recurso Extraordinário 600063/SP, em 25 de fevereiro de 2015, tendo como Redator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Os fatos envolveram vereador que, em sessão da câmara municipal, portanto no exercício do mandato, teria se manifestado de forma a ofender um ex-vereador.

O voto condutor da decisão enfatizou que, embora indesejáveis⁸, as ofensas pessoais

⁷ Em outra oportunidade, em caso no qual foi discutida a exclusão de candidato portador de tatuagem em concurso público para o preenchimento de vagas de soldado em polícia militar, a função contramajoritária do STF foi reafirmada no sentido de a liberdade de expressão ser assegurada às minorias, para que possam se manifestar livremente (Recurso Extraordinário 898450/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 17 de agosto de 2016).

⁸ No voto proferido na Petição 4979/PE, julgada em 23 de junho de 2015, na qual estavam em discussão os limites das críticas toleráveis no âmbito do debate político, o Ministro Marco Aurélio assinalou que aquele que ingressa “numa disputa eleitoral não pode ter suscetibilidades maiores”. Em outra decisão (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439, Redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgada em 27 de setembro de 2017), restou assentado que a liberdade de expressão compreende não apenas as informações consideradas

proferidas no âmbito da discussão política, não são passíveis de reprimenda judicial, desde que sejam respeitados os limites previstos na Constituição Federal⁹. Dessa forma, a imunidade parlamentar albergada pelo art. 29, inciso VIII, da Constituição, que garante a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato na circunscrição municipal, se configura como uma proteção adicional à liberdade de expressão, como forma de resguardar o fluxo do debate público e, em última análise, a própria democracia. Nesse sentido, Owen Fiss (1999, p. 61) adverte que o debate público não pode ser empobrecido de modo a desfavorecer certos pontos de vista que o público necessita conhecer para seu próprio governo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF, decidida em 10 de junho de 2015, a questão discutida envolveu o disposto nos arts. 20 e 21 do Código Civil, referentemente à necessidade de autorização prévia, para divulgação de obras biográficas literárias ou audiovisuais, das pessoas biografadas e das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou familiares, em caso de pessoas falecidas).

No seu voto, em sentido da procedência da ação, para dar interpretação conforme à Constituição da República aos dispositivos do Código Civil questionados, a Ministra Carmen Lúcia considerou, à luz dos preceitos constitucionais - que garantem amplamente as liberdades - inexigível o consentimento de pessoa biografada ou coadjuvantes.

A Ministra enfatizou que o exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado, nem pelo particular - considerando, neste aspecto, o viés horizontal dos direitos fundamentais. Para a Relatora, a “autorização prévia constitui censura prévia particular”. Em face da inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade da pessoa biografada há normas, embora não proibitivas do direito de expressão, pelas quais é assegurada, em caráter reparatório - portanto, em momento posterior¹⁰ -, a responsabilidade dos autores da ação indevida.

inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que possam ser causa de transtornos, resistência e inquietude das pessoas, tendo em vista os imperativos de se viver numa sociedade democrática.

⁹ No mesmo sentido, vide a decisão proferida nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário 43953, julgados em 19 de junho de 2017, cujo Relator foi o Ministro Luís Roberto Barroso.

¹⁰ Acerca do momento em que deve haver a atuação estatal em face do abuso da liberdade de expressão, o STF assentou que não é admissível a censura prévia, tendo em vista que o livre trânsito de ideias constitui elemento essencial à democracia. Nada impede, contudo, o controle posterior, pelo Judiciário, de excessos eventualmente cometidos em face de outros direitos constitucionais de igual relevância, como a inviolabilidade da vida privada e da honra dos indivíduos (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1361518/MG, julgado em Sessão Virtual de 13 a 20 de maio de 2022, Relator Ministro Gilmar Mendes).

Importante realçar as ponderações do Ministro Luís Roberto Barroso no sentido de que a liberdade de expressão, na democracia brasileira, deve ser tratada como uma liberdade preferencial, o que implica uma transferência de ônus argumentativo, pois aquele que pretender afastar a liberdade de expressão tem o dever de demonstrar por quais motivos deve prevalecer sua pretensão.

Além disso, tal como enfatizado pelo Ministro Barroso no julgamento, essa preferencialidade jurídica decorre do fato de que não há plenitude de outros direitos fundamentais sem a livre circulação de fatos, opiniões e ideias, o que é potencializado pela liberdade de expressão. Ademais, no Brasil, como liberdade preferencial, a liberdade de expressão é algo imprescindível para o conhecimento da história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional.

Em caso mais recente, pela Reclamação 38782/RJ, julgada em 03 de novembro de 2020, a Corte Suprema afastou restrições judiciais à exibição da obra Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo.

Nessa decisão, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, foi assinalada a importância da livre circulação de ideias em um Estado Democrático. E isso significa que a vedação à divulgação de determinado conteúdo deve ocorrer apenas em casos excepcionalíssimos, quando configurar prática ilícita, incitação à violência ou à discriminação, bem como propagação de discurso de ódio.

5 CONCLUSÃO

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, os raciocínios silogísticos, voltados à resolução de conflitos, perdem espaço no campo jurídico, que se rearticula, agora, acentuadamente através de ponderações sobre bases princípio lógicas consolidadas em direitos fundamentais.

O direito à liberdade de expressão, que possui destacada função na concretização do Estado Democrático, em muitas situações se revela em rota de colisão com outros direitos de mesma hierarquia constitucional, principalmente quando está em jogo a delimitação da sua amplitude.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal, acima mencionados, evidenciam que o direito à liberdade de expressão não é um direito cujo exercício seja ilimitado e incondicionado - algo inerente, ademais, a todo e qualquer direito fundamental no âmbito da ordem constitucional brasileira -, porquanto deve ser exercido nos limites traçados pela própria Constituição Federal, que garante sua efetividade, mas ao mesmo tempo restringe e relativiza seu alcance em face de outros direitos de mesma estatura jurídica.

Esses limites vêm sendo construídos pela jurisprudência constitucional de forma a não mitigar ou atenuar a plena juridicidade do direito à liberdade de expressão, considerando-o legítimo - e nisso é importante a proteção contramajoritária do STF - até mesmo quando seu conteúdo causar repulsa ou inquietude, ou quando veicular ideias consideradas pela maioria como desagradáveis, insuportáveis ou chocantes. Trata-se, como ressalta das decisões analisadas, de um imperativo do convívio social no âmbito de uma sociedade democrática.

Para a Corte Suprema, como visto, as linhas que autorizam restrições ao exercício da liberdade de expressão são bastante estreitas. Nesse contexto, o Tribunal não tem admitido proteção à liberdade de expressão em atos de incitação ao ódio, à intolerância e à violência, assim como tem vedado - para além do campo jurídico - manifestações que denotem conteúdo imoral, devendo, ainda, tal liberdade ser pautada pelo resguardo de outros direitos fundamentais, como a honra, a intimidade e a privacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo democrático: a ideologia vitoriosa do século XX**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CONTRERAS, Pablo. **Poder privado y derechos**. Santiago do Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes,

2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FISS, Owen M. **La ironía de la libertad de expresión**. Barcelona: Gedisa, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUNT, E. K. e SHERMAN, Howard. **História do pensamento econômico**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ORTIZ, Xavier Garaicoa. **Tendencias para el derecho en la post-modernidad**. Anuario Parlamento y Constitución, n. 08, 2004, p. 289-302.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Décima edición. Madrid: Tecnos, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000.

SBARBARO, Orfídia Fernández e SICARDI, Graciela Porta. **Evolución de las instituciones jurídicas**. Vol. I. Montevideo: Byblos, 2006.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **La construcción de la libertad: apuntes para una historia del constitucionalismo europeo**. Madrid: Alianza Editorial, 2010.