Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume12| n. 1 | 2017 | seer.ufrgs.br/ppgdir

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: AS JUSTIFICATIVAS INSTRUMENTAL E CONSTITUTIVA PARA A INCLUSÃO NO CATÁLOGO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE FUNDAMENTALITY RIGHT OF FREEDOM OF EXPRESSION: INSTRUMENTAL AND CONSTITUTIVE JUSTIFICATIONS FOR INCLUSION ON THE LIST OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

José Luiz de Almeida Simao[*]

Thiago Rodovalho[**]

RESUMO: O artigo analisa os principais argumentos doutrinários para a catalogação das liberdades de expressão e de imprensa como direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. O propósito do estudo é apresentar as justificativas teóricas que levaram os constituintes brasileiros a incluir as liberdades públicas como direitos fundamentais na ordem constitucional. A abordagem privilegiou o aspecto teórico-dogmático e se baseou na revisão das doutrinas nacional e estrangeira especializada que influenciaram o estudo das liberdades comunicativas no Brasil, tendo as justificativas sido divididas em instrumental e constitutiva. O texto concluiu que há necessidade de proteção especial das liberdades de expressão e de imprensa quando as justificativas constitucionais estiverem presentes, pois o respeito aos seus pressupostos mostra o grau de consolidação da democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão. Justificativas Constitucionais.

ABSTRACT: *The article analyzes the main doctrinal arguments for the cataloging of freedom of expression and press as rights and fundamentals guarantees in the Federal Constitution of 1988. The purpose of the study is to present the theoretical justifications that led the Brazilian constituents to include the freedoms of expression and of the press as fundamental rights in the constitutional order. The approach privileges the theoretical-dogmatic aspect and was based on the revision of the specialized national and foreign doctrines that influenced the study of communicative freedoms in Brazil, and the justifications being divided into instrumental and constitutive. The text concluded that there is a need for special protection of the freedoms of expression and of the press when the constitutional justifications are present, because the respect to these presuppositions shows the degree of consolidation of the Brazilian democracy.*

KEYWORDS: *Fundamental Rights. Freedom of Expression. Constitutional Justifications.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceito de Liberdade de Expressão. 2 Justificativas Constitucionais da Liberdade de Expressão como Direito Fundamental. 2.1 Justificativas Instrumentais. 2.2 Justificativa Constitutiva. Conclusão. Referências.

[*] Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP), São Paulo. Defensor Público do Estado de São Paulo.

[**] Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em Hamburg, Alemanha. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 catalogou a liberdade de expressão como direito fundamental e impôs ao Estado e aos particulares a obrigação de protegê-la e promovê-la em favor da democracia e do progresso social.

A liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 e seu parágrafo 1º (liberdade de informação).

A ordem constitucional brasileira, nesse aspecto, seguiu os parâmetros jurídicos traçados pela comunidade internacional. Importantes cartas de direitos protegem expressamente o direito à liberdade de expressão, como pode ser visto no Artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948,[1] no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[2] e no Artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.[3]

Embora a liberdade de expressão encontre ampla proteção jurídica, especialmente nos países ocidentais, constantemente presenciamos situações que parecem confrontar com essa importante franquia constitucional.

Nesse sentido, no dia 15 de dezembro de 2015, evento organizado em um café na cidade de Copenhague, Dinamarca, para debater o tema da liberdade de expressão frente à

[1] ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Artigo XIX. *Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*.

[2] ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966. Artigo 19. 1. *ninguém poderá ser molestado por suas opiniões*. 2. *Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha*. 3. *O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para*: a) *assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas*; b) *proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas*.

[3] OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. Artigo 13.1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha*.

crescente intolerância religiosa, foi interrompido brutalmente por um homem que atirou contra os participantes e matou o idealizador do evento, Finn Noergaard.[4]

Um mês antes, a revista satírica francesa *Charlie Hebdo* havia sido alvo de ataque terrorista perpetrado por fanáticos que invadiram a sede do periódico e mataram oito cartunistas e jornalistas, oito policiais e mais duas pessoas.

Esses crimes ilustram bem o ódio professado à liberdade de expressão e de imprensa.

As liberdades comunicativas não são mutiladas apenas por ataques isolados de grupos terroristas; muitas vezes ações que importam em evidente desprezo à liberdade de expressão partem de agentes do próprio Estado, teoricamente incumbido de sua promoção.

Países como Arábia Saudita, Belarus, Burma, Cuba, Egito, Etiópia, Irã, Coreia do Norte, Síria, Tunísia, Turcomenistão, Uzbequistão, Vietnã, Zimbábue, China, Israel, Turquia e Rússia restringem o acesso da população a conteúdo na internet, sendo que algumas dessas nações têm como política de Estado a restrição sistemática à rede mundial de computadores para que seus cidadãos não tenham acesso a informações indesejáveis.[5]

Até mesmo no Reino Unido, bastião das liberdades públicas desde a Magna Carta de 1215,[6] várias leis foram editadas com o propósito de limitar a liberdade de expressão por meio da criminalização da palavra.

A Lei das Comunicações de 2003 decreta ser crime enviar mensagens através da internet que seja ofensiva ou tenha teor indecente, obsceno ou ameaçador. A Lei do Ódio Religioso e Racial, de 2006, modificou a LOP para punir com até sete anos de prisão o uso de palavras ou comportamentos ameaçadores que visem a incitar o ódio religioso.

---

[4] HUME, Mick. *Direito a ofender*: a liberdade de expressão e o politicamente correto. Tradução de Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta da China, 2016, p. 13. E há inúmeros outros exemplos mundo afora. Em Portugal, o cancelamento, por pressão de um grupo de alunos, da palestra que o politólogo Jaime Nogueira Pinto preferiria na Universidade Nova de Lisboa, intitulada "Populismo ou Democracia? O Brexit, Trump e Le Pen em debate", reacendeu a discussão naquele país sobre a liberdade de expressão. CRUZ, Mario. *Reitoria da Universidade Nova rejeita ameaça à liberdade de expressão*. Disponível em: <http://observador.pt/2017/03/08/reitoria-da-universidade-nova-rejeita-ameaca-a-liberdade-deexpressao/>. Acesso em: 02 fev. 2017. De igual sorte, nos EUA, o cancelamento da palestra que seria proferida por Ann Coulter na Universidade de Berkeley, também motivada por protestos de alunos, demonstra a atualidade (e perenidade) da discussão em torno da 1.ª emenda, que consagra naquele país a liberdade de expressão. ALMASY, Steve. *Ann Couter's Berkeley speech off; police still plan for protesters*. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2017/04/26/us/ann-coulter-berkeley-speech-canceled/>. Acesso em: 02 fev. 2017.

[5] Informações disponíveis em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/52528-conheca-os-paises-considerados-inimigos-da-internet-.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

[6] A esse respeito, vide RODOVALHO, Thiago. *Magna Carta ainda continua a inspirar liberdades contra o Estado arbitrário*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/thiago-rodovalho-magna-carta-continua-inspirar-liberdades>. Acesso em: 22 jul.17.

Mais recentemente a Lei do Terrorismo do ano de 2006 criminalizou o incitamento ao terrorismo com prisão de até sete anos, sem definir, porém, o que se entende por "incitar", permitindo, diante da amplitude do termo, a criminalização de pessoas que, por exemplo, tanto glorifiquem quanto repudiem o Estado Islâmico.[7]

Embora o Brasil não seja palco de ameaças terroristas contra a liberdade de expressão nos moldes das ocorridas em alguns países europeus, e inexista uma política oficial de restrição ao acesso ao conteúdo da internet, é certo que a precária situação da segurança pública facilita a ocorrência de casos de violência contra profissionais e veículos de imprensa que, direta ou indiretamente, afetam o direito fundamental em questão.

Segundo o Relatório de Violência contra Jornalistas e Liberdade de Imprensa no Brasil de 2016, elaborado pela Federação Nacional dos Jornalistas,[8] os profissionais de imprensa no Brasil foram vítimas de 161 (cento e sessenta e um) casos de violência no ano de 2016, sendo dois casos de homicídio de jornalistas e cinco de outros comunicadores e 58 (cinquenta e oito) registros de agressões físicas, a maioria ocorrida na cobertura de manifestações de rua.

O estudo traz, ainda, 26 (vinte e seis) casos de agressões verbais, 24 (vinte e quatro) de ameaças/intimações, 5 (cinco) de atentados, 3 (três) de censura, 18 (dezoito) cerceamentos à liberdade de imprensa por meio de ações judiciais, 13 (treze) impedimentos ao exercício profissional, 10 (dez) casos de prisões, detenções ou cárcere privado e duas situações de violência contra a organização sindical da categoria.

Riscos advêm também no âmbito do processo legislativo nacional. Três projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados apresentam potencial risco para a liberdade de expressão.

O Projeto de Lei (PL) 215/2015 pretende modificar o Código Penal para permitir a punição aos crimes contra a honra praticados nas redes sociais, com a possibilidade de a pena imposta ser acrescida de um terço só pelo fato de ter sido cometido por via digital.

Por sua vez o PL 1676/2015 tipifica penalmente o ato de fotografar, filmar ou captar a voz sem autorização prévia da pessoa e introduz expressamente no ordenamento jurídico nacional o direito ao esquecimento, conceituando-o como "expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da

[7] HUME, Mick. *op. cit.*, 2016, p. 65-66.
[8] FEDERAÇÃO Nacional dos Jornalistas. *Relatório da violência contra jornalistas e liberdade de imprensa 2016*. Rio de Janeiro, 2016.

personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público".

O projeto de lei estipula ainda que os titulares do direito ao esquecimento podem exigir dos meios de comunicação social, provedores de conteúdo e sítios de busca na internet, a retirada de material ou referências a atos que comprometam sua honra, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, devendo as empresas criarem departamentos para tratar especificamente do direito ao esquecimento.

Por fim, o PL 5203/2016 impõe aos provedores de conteúdo na rede mundial de computadores a obrigação de indisponibilizarem material idêntico ao reputado como ilegal por ordem judicial emanada em processo anterior. Para apagar definitivamente uma mensagem da internet, basta que o prejudicado emita uma simples notificação ao provedor que, dentro de quarenta e oito horas, deverá remover o conteúdo definitivamente.

O cenário se mostra ainda mais preocupante quando voltamos atenção para o trabalho do Poder Judiciário em casos litigiosos envolvendo a liberdade de expressão e de imprensa e que trazem risco potencial à democracia.[9]

Apesar das liberdades comunicativas gozarem de ampla proteção jurídica, frequentemente a prática judiciária nacional fornece exemplos de decisões que embaralham a exata compreensão do conteúdo desses direitos fundamentais e que parecem, à primeira vista, completamente inadequadas ao modelo constitucional brasileiro.

No ano de 2012 uma decisão judicial fez com que a maior emissora de radiodifusão do Brasil cancelasse debate político com os principais candidatos à Prefeitura da Cidade de São Paulo após um dos postulantes ao cargo obter pronunciamento judicial que determinava sua

[9] Não é sem razão que o Ministro Marco AurélioO certa vez, externou, em entrevista, sua preocupação com os atentados contra a liberdade de imprensa: o quadro é preocupante e caracteriza uma *"verdadeira loteria esportiva"*. De acordo com ele, sem a imprensa livre não se pode cogitar a palavra democracia. A esse mesmo respeito, também se manifestou a Ministra Ellen Gracie, afirmando que o Judiciário não restringe o livre exercício do bom jornalismo. Segundo ela, *"apenas manifestações dolosamente aberrantes do dever de bem informar tem merecido o repúdio dos tribunais*". DINIZ, Laura; CHAER, Márcio. *Dobra número de processo contra imprensa e jornalistas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-set-30/dobra_numero_processos_imprensa_jornalistas>. Acesso em: 02 fev. 2017. A esse respeito, vale lembrar a advertência feita pelo *Justice Black*, no julgamento New York Times Co. v. Sullivan 376 U.S. 254, 1964: "*This Nation, I suspect, can live in peace without libel suits based on public discussions of public affairs and public officials. But I doubt that a country can live in freedom where its people can be made to suffer physically or financially for criticizing their government, its actions, or its officials*" (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964).

presença no evento. O candidato fora preterido pela empresa jornalística por conta de ínfima intenção de voto demonstrada por pesquisas eleitorais.[10]

Ademais, inúmeras são as decisões judiciais que determinam a restrição de veiculação de notícias em mídia impressa ou digital, proibindo comentários em redes sociais e blogs sobre candidatos a cargos majoritários ou proporcionais sob a justificativa de lisura da campanha eleitoral.

Há que se mencionar decisão judicial que impediu a veiculação de notícia a respeito de investigação criminal em andamento que apurava desvio de conduta do então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. A justificativa foi a de que a informação poderia comprometer a honra do político.[11]

Em outro caso que demonstra ser extremamente perigosa a flexibilização da liberdade de expressão feita pelo Poder Judiciário, um juiz do Estado da Paraíba determinou a prisão do diretor financeiro de um popular site de buscas como resposta ao fato de não ter retirado da internet vídeo humorístico, supostamente ofensivo à reputação de um político.[12]

Não se pode olvidar as várias decisões de juízes de primeira instância de diferentes Estados brasileiros que determinaram o bloqueio de um popular aplicativo de troca de mensagens e vídeos chamado *WhatsApp* por não informar o conteúdo das conversas de usuários investigados pelas autoridades policiais.[13]

Mencione-se, ainda, a celeuma travada no âmbito do julgamento da ADI 4815 pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da necessidade de autorização prévia para publicação de biografias de personagens de interesse público.

---

[10] No ano de 2008 a mesma emissora de televisão optou por não realizar debates entre os candidatos, também ao cargo de Prefeito de São Paulo, pelo mesmo motivo, ou seja, em razão de interferência judicial na composição do programa. Estima-se que, ao todo, cerca de 1.488.000,00 (um milhão, quatrocentos e oitenta e oito mil) pessoas deixaram de acompanhar o embate de propostas políticas a poucas semanas do dia das eleições.

[11] RECIFE. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Processo nº. 0072593-25.2013.8.17.0001. Decisão liminar. DJEPE 10.09.2013. Importante lembrar ainda o emblemático caso da ação movida por Fernando Sarney contra o Jornal Estado de São Paulo, que desde 2009 encontra-se impedido de publicar notícias relativas à Operação Boi Barrica (vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9428, de 10 de dezembro de 2009).

[12] PARAÍBA. Autos da Representação n. 60-76.2012.6.15.0017. 17ª Zona Eleitoral. Matéria veiculada em SANTOS, Adelson Barbosa dos. *Juiz da PB manda PF prender diretor do Google no Brasil*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juiz-da-pb-manda-pf-prender-diretor-do-google-no-Brasil,930713,0.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

[13] Sobre o tema, vide RODOVALHO, Thiago. *Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodovalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>. Acesso em: 22 jul.17.

A Corte entendeu serem inconstitucionais artigos do Código Civil que conferiam ao biografado ou familiares a prerrogativa de impedir a publicação de obra literária, ou, depois de publicada, sua retirada de circulação.

A existência de decisões judiciais aparentemente contrárias ao direito fundamental à liberdade de expressão que, à primeira vista, podem parecer colidir com os fundamentos político-jurídicos de um país democrático, mostra que o tema é extremamente polêmico e possui manifesto interesse teórico e prático.

É nesse contexto que o tema ganha relevância social, política e jurídica e este estudo pretende contribuir com o debate ao procurar responder ao seguinte questionamento: o que justifica a inclusão da liberdade de expressão no catálogo dos direitos e garantias constitucionais?

Nas próximas seções, apresentaremos os argumentos teóricos expostos por autores nacionais e estrangeiros que tentam explicar por que uma sociedade democrática e plural tem o dever de proteger e promover a liberdade de expressão, e que, em última análise, essa proteção reverte em favor do desenvolvimento da própria sociedade.

1 CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito geral à liberdade[14] e pode ser conceituada como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meio dos quais a expressão é manifestada, tais como a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.[15]

Protegido pela disposição constitucional da liberdade de expressão, com *status* de cláusula pétrea, ao indivíduo é conferida a prerrogativa de pensar e acolher as ideias que lhe pareçam corretas, sem sofrer interferência do Poder Público ou da sociedade.

[14] NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988, p. 30: "*O poder da força é transitório. O que sempre prevalece é o destino livre do homem e sua vocação para a liberdade*".
[15] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35.

A liberdade de expressão se consubstancia em pedra angular do Estado Democrático de Direito, de tal modo que, sem ela, não se concebe um regime democrático.[16] Desse modo, não é possível falar-se em democracia sem que seja assegurada a plenitude da liberdade de expressão, como bem pontua Ronald Dworkin.[17]

A liberdade de expressão compreende o "direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como portador de mensagens (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador)",[18] abrangendo a comunicação em torno de informações, opiniões, sentimentos, propostas, por meio do uso da linguagem, gestos, imagens ou mesmo o silêncio, e sob os mais variados temas (religião, moral, política, ciência, história etc).

Owen Fiss estende o conceito de discurso protegido pela cláusula da liberdade de expressão para incluir os discursos incitadores do ódio, a pornografia e o gasto privado de dinheiro em campanhas eleitorais, assim como o ato de escrever livros e os recursos e instituições destinados a sua distribuição ao público.[19]

O regime jurídico da liberdade de expressão admite uma dualidade quanto ao seu conteúdo. Nele estão incluídas a liberdade de expressão propriamente dita, ou em sentido estrito, e a liberdade de informação, sendo esta uma espécie da primeira e englobada por aquela.

Enquanto a liberdade de expressão propriamente dita consiste no direito de participar de relações comunicativas exprimindo suas convicções, a liberdade de informação assegura ao indivíduo o direito de ser informado[20] e de ter acesso a dados e notícias sem sofrer ameaças

[16] Sobre a importância da liberdade de imprensa para o Estado Democrático de Direito, cfr. NERY JUNIOR, Nelson. Direito de informação – saúde do consumidor. In: JUNIOR, Nelson. *Soluções Práticas de Direito*. v. I. Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 22, item 4, p. 832 *et seq*.

[17] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 503/504: "*A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritarista. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem*".

[18] MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão.* Florianópolis: Insular, 2008, p. 27.

[19] FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 44-45, com a ressalva de que o autor entende legítima a regulação do discurso do ódio, da pornografia e do financiamento de campanhas a fim de preservar a própria liberdade de expressão (FISS, Owen M. *op. cit.*, p. 46).

[20] A liberdade de expressão assegura não apenas o direito de informar, mas também o direito de ser informado. A sociedade tem o direito de ser informada (a esse respeito, vide KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. *The first*

ou impedimentos, totais ou parciais, por parte do Estado ou da sociedade.[21] Assim também aos meios de comunicação são assegurados os direitos de produzir notícias (conteúdo) e adotar a linha editorial que entender pertinente para a emissão da opinião.[22]

Fácil notar, portanto, que a liberdade de expressão do pensamento completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da ideia de democracia. É um direito tão caro à cidadania que no Brasil somente se afigura viável sua suspensão na vigência do Estado de Sítio, decretado nas hipóteses previstas na Constituição Federal.

A cisão entre liberdade de expressão e de informação tem um importante efeito prático relacionado aos requisitos necessários para a proteção e limitação de cada direito.

A garantia da liberdade de expressão não está condicionada à prova da veracidade da opinião veiculada, exigência feita apenas para a liberdade de informação. Como a liberdade de informação se refere a fatos, a divulgação destes deve vir precedida de um trabalho de apuração sobre sua veracidade,[23] mesmo que nem sempre realizado com a profundidade necessária e sempre condicionado pelas circunstâncias objetivas do caso, premido pela velocidade que marca o mundo atual.

A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias e opiniões, não está atrelada à verdade, ao passo que a liberdade de informação, ao contrário, possui a verdade

---

amendment in cross-cultural perspective – a comparative legal analysis of the freedom of speech. New York: New York University Press, 2006, p. 15 *et seq*). Nesse mesmo sentido, como há muito pontuava FREITAS NOBRE, na tese com que concorreu à livre-docência, a "*própria liberdade de informação encontra um direito à informação que não é pessoal, mas coletivo, porque inclui o direito de o povo ser bem-informado*" (NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988, p. 33). Daí falar-se em *função social* da imprensa (NOBRE, Freitas. *Comentários à lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 9-2-1967)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 11). Assim, a imprensa se traduz, como pontuou Rui Barbosa, na "*vista da Nação*" (BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004, p. 32/33: "*A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça*").

[21] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*, 2009, p. 42.

[22] SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205.

[23] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12. Vale lembrar a máxima de Francis Lieber, marcada em seu lar com as seguintes palavras: "*Patria Cara - Carior Libertas - Veritas Carissima*" (vide THAYER, Russell. *Biographical discourse*. In: LIEBER, Francis. *The miscellaneous writings – reminiscences, addresses, and essays*. v. I. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1880, p. 42).

como limite (interno ou externo), uma vez que se destina a dar ciência da realidade ao público.[24]

Nesse ponto é importante esclarecer que, ao se falar na verdade como limite à liberdade de expressão, não se faz referência a um conceito absoluto de verdade, este impossível de ser alcançado. Como a definição de verdade varia historicamente, a época atual possui uma visão particular do que pode ser considerado verdadeiro.[25]

A verdade deve ser entendida menos como um padrão objetivo de comportamento superiormente válido, fora do qual tudo deve ser reprimido, e mais como um juízo relativo à questão da dupla contingência, que valoriza a plausibilidade e o ponto de observação de outros participantes, tornando-se, pois, o conhecimento produto da interpretação e da intersubjetividade.[26]

Nesse contexto, Habermas enfatiza que:

> Visto que todos os discursos reais, que se desenrolam no tempo, são provincianos, não podemos saber se os enunciados que hoje, mesmo em condições aproximadamente ideais, são racionalmente aceitáveis se afirmarão também no futuro contra tentativas de refutação.[27]

Esse conceito de verdade justifica que a publicação de uma matéria jornalística, posteriormente tida como falsa, não conduzirá inexoravelmente a uma condenação do veículo de comunicação.

Caso os profissionais tenham sido razoavelmente diligentes antes da publicação da notícia, lançando mão de averiguações a respeito da origem do fato que chega a seu conhecimento, estarão isentos de responsabilidade, desde que a matéria não seja uma invenção ou um mero rumor.[28]

---

[24] BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan./mar. 2004, p. 19 e 23.

[25] Não estamos nos perfilhando ao conceito de "pós-verdade", expressão eleita pelo Dicionário Oxford como a palavra do ano de 2016, e conceituada como um adjetivo que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais.

[26] CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2012, p. 130; BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 176-202; BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, 2004.

[27] HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 255.

[28] ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del tribunal constitucional em materia de libertad de expresion. *Revista de estudios políticos (Nueva Epoca)*, n. 77, jul./sep. 1992, p. 245.

Independentemente da diferenciação que se faz entre a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, é certo que ambas são espécies do gênero direito à liberdade de expressão, consagrado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

2 JUSTIFICATIVAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os termos abstratos com que vazada a liberdade de expressão na atual Constituição Federal exige que se questionem os objetivos para a proteção desse direito, questão de considerável importância para a interpretação e aplicação das suas disposições aos casos controversos.

Nesse ponto, é possível arrolar duas justificativas gerais para a catalogação da liberdade de expressão como direito fundamental: uma de natureza instrumental e outra constitutiva (moral).

O objetivo instrumental para a proteção da liberdade de expressão faz alusão aos benefícios de que goza a sociedade com a permissão que as pessoas têm de poder falar o que bem entenderem.

Essa explicação para a liberdade de expressão "se baseia na adoção de uma estratégia especial [...] uma espécie de aposta coletiva na idéia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal."[29]

A justificativa constitutiva, por sua vez, agrega um valor intrínseco à liberdade de expressão. Ela é importante não apenas por causa das consequências que provoca, mas fundamentalmente porque obriga o Estado e grupos privados a tratarem os cidadãos adultos e capazes como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial de uma sociedade política justa.

As duas justificativas gerais sobre a fundamentalidade da liberdade de expressão, porém, não respondem de forma adequada à pergunta sobre os motivos que levaram a considerá-la como direito fundamental. É preciso desdobrar cada um dos objetivos gerais em outros mais específicos.

[29] DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

É o que se fará nos tópicos seguintes.

2.1 Justificativas Instrumentais

O fundamento instrumental para a fundamentalidade da liberdade de expressão pode ser dividido em três: (i) ela contribui para o avanço do conhecimento e obtenção da verdade, (ii) ela representa uma forma de garantir a democracia, e (iii) ela ajuda a manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

A defesa da liberdade de expressão como instrumento para o avanço do conhecimento e descoberta da verdade está ancorada na ideia de que num contexto de debate livre entre pontos de vista divergentes, os melhores argumentos prevalecerão por sua qualidade intrínseca, gerando um clima de busca da verdade e de críticas ao governo, que resulta no incremento da participação política dos cidadãos.[30]

Nesse sentido, a melhor prova da verdade de uma ideia é ela ser aceita pela comunidade após exposta ao debate público, no que se convencionou chamar de "teoria do livre mercado de ideias".[31]

Assim, a teoria do livre mercado de ideias propugna a busca da verdade do conteúdo de uma afirmação por meio da competição entre dois ou mais pontos de vista muitas vezes opostos uns aos outros, porém travada dentro de um ambiente plural e livre de interferências e constrangimentos.[32]

[30] SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234.

[31] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *op. cit.*, 2009, p. 132. Essa função instrumental da liberdade de expressão teve origem a partir do voto dissidente proferido pelo juiz Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Abrahms vs. United States*, em 1919. Segue trecho do voto de Holmes: "Quando os homens perceberam que o tempo mudou muitas das concepções pelas quais eles lutaram, eles passaram a acreditar que o verdadeiro bem é melhor alcançado pela livre troca de idéias – que o melhor teste para a verdade é o poder de uma tese ser aceita na dura competição do mercado e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos podem ser realizados. Essa é sobre qualquer medida a teoria da nossa Constituição. É um experimento, como toda a vida é um experimento. Enquanto esse experimento for parte do nosso sistema eu creio que devemos ser eternamente vigilantes para impedir tentativas de acabar com opiniões que odiemos, ao menos que elas representem uma ameaça imediata ao direito e aos objetivos mais urgentes da lei, requeridos para salvar o país." 250 U.S. 616 (1919), apud SANKIEVICZ, Alexandre. *op. cit.*, 2011, p. 27, nota de rodapé 41.

[32] Entendendo que a teoria do livre mercado de ideias é apanágio da visão neoliberal marcada pela tendência a integração economia e política, ver MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 250.

Exige-se que a maior quantidade possível de informação tenha sido disponibilizada ao público ao menos uma vez. Essa postura limita consideravelmente o Poder Estatal, aceitando-se o "risco inerente à expressão e respeito pela autonomia individual".[33]

A ideia subjacente é a de que não há assunto cuja discussão deva ser interditada. Segundo Ingo Sarlet e Carlos Molinaro:

> Sabemos que muitas questões submetidas ao debate público podem constituir-se em perigosas ou mesmo perversas armadilhas para a vida sociopolítica, mas ainda assim não podem ou devem ser evitadas, ou, o que é pior, invisibilizadas. Com efeito, há palavras que, a despeito dos significados que carregam, devem poder ser pronunciadas, seja para o bem, seja para o mal, sem que aqui se esteja a incentivar um maniqueísmo irracional e destrutivo. Aliás, importa frisar que o eventual benefício ou prejuízo advindo de determinada manifestação revela-se, em geral, apenas mediante diferenças de grau do sentido que lhes dá o intérprete. Além disso, não se negligenciam os limites que dizem com a responsabilização dos que utilizam a liberdade de expressão como instrumento de incitação ao ódio, para o ultraje à honra, ou mesmo para insultar os sentimentos e as crenças de uma dada coletividade, pois, se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a própria afronta aos princípios fundamentais e democráticos do Estado Democrático, justamente os princípios que asseguram e legitimam o caráter fundamental da liberdade de expressão. [...] O mais importante aí é a garantia de liberdade para a produção do debate, bem como a afirmação da atribuição de responsabilidade aos atores sociais envolvidos.[34]

A teoria foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em diversos julgados[35] e especialmente utilizada no famoso e polêmico caso "Documentos do Pentágono" (*New York Times vs. United States*), tido como "um dos maiores conflitos sobre a liberdade de imprensa" da história americana.[36]

A teoria do livre mercado de ideias, por outro lado, proíbe que a autoridade pública intervenha para impedir previamente a difusão da informação, mesmo que a publicação possa

[33] TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.
[34] SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [Superando os limites do "politicamente incorreto"]. *Revista da Ajuris*, a. XXXIX, n. 126, v. 39, jun. 2012, p. 42-43.
[35] Segundo Anthony Lewis, o posicionamento da Suprema Corte em favor da liberdade de expressão começou a mudar no ano de 1931 com a apreciação do caso *Stromberg vs. Califórnia*, em que uma lei do Estado da Califórnia que proibia a exibição de uma bandeira vermelha como sinal de oposição ao governo foi declarada inconstitucional, sob a influência dos votos dissidentes dos juízes Holmes e Brandeis em *Abrahms vs United States*, *Whitney vs. Califórnia* e *United States vs. Schwimmer* (LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011, p. 52-57).
[36] LEWIS, Anthony. *op.cit.*, 2011, p. 65. Nesse julgado, o presidente americano em exercício, Richard Nixon, afirmou que a conduta do jornal New York Times, de publicar documentos secretos pertencentes ao governo sobre a realidade da Guerra do Vietnã, ameaçava a segurança nacional. Por maioria de seis votos a três, a Suprema Corte decidiu que era lícito ao veículo publicar os documentos, já que o órgão de imprensa tem o direito de colocar em circulação informações ao menos uma vez.

representar dano a direito fundamental de um indivíduo, sob o risco da institucionalização do mecanismo da censura prévia.

A repressão à liberdade de expressão é entendida como um castigo que atinge a sociedade como um todo, punindo aqueles que apostam no progresso geral da humanidade. Na esteira da lição de Stuart Mill:

> Fosse a opinião apenas um objeto pessoal, sem nenhum valor exceto para o seu proprietário, e se o impedimento do usufruto dela fosse apenas um dano privado, então poderia fazer alguma diferença se esse dano atingisse apenas algumas pessoas ou muitas. Mas o prejuízo característico de silenciar uma opinião reside no fato de que isto é roubar a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual, tanto aqueles que discordam da opinião quanto aqueles que a sustentam, e esses ainda mais que os primeiros. Pois, se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro.[37]

O fundamento da busca da verdade não protege apenas as expressões carregadas de componente político. Serve para uma variedade imensa de temas (história, cinema, esportes, artes, música, ciência, religião, ensino etc.) e para valorações puramente morais.

Nesse sentido, a precisa advertência de Larry Alexander, de que a justificação da importância da liberdade de expressão com base unicamente na ideia de busca da verdade é perigosa em decorrência da inexistência, em termos filosóficos, de uma verdade acima das demais, sendo certo, por outro lado, que adotar esse posicionamento como argumento para admitir a supressão da circulação da informação conferiria um expressivo poder às autoridades estatais de determinar o conteúdo das mensagens que podem ou não fazer parte da esfera pública, acarretando no empobrecimento da qualidade do debate e, em última instância, da própria democracia.[38]

Sustenta-se, ademais, que a liberdade de expressão é um direito fundamental por representar uma forma valiosa de garantir o funcionamento da democracia e educar para a tolerância.

A democracia repousa sob os fundamentos da soberania popular e da proteção dos direitos fundamentais, estes garantidos na Constituição contra eventual modificação patrocinada pela maioria política de ocasião.

---

[37] MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras. 2010, p. 60.
[38] ALEXANDER, Larry. *Is there a right of freedom of expression?* New York: Cambridge University Press, 2005, p. 128-129.

Tal significa que as decisões políticas vinculantes da comunidade são tomadas pelos cidadãos, diretamente ou por meio de representantes. No entanto, essas escolhas possuem legitimidade, embora tomadas pela maioria da população, somente se mantiverem hígidos certos direitos considerados necessários para o convívio social.

Robert Dahl sustenta que o regime democrático está presente com a realização concomitante de cinco elementos: participação efetiva dos membros da sociedade nas decisões políticas, igualdade de voto, aquisição de entendimento esclarecido sobre os assuntos públicos, exercício do controle definitivo do planejamento das políticas públicas adotadas pela comunidade, e inclusão de todos nos direitos previstos nas leis fundamentais.[39]

Para o autor esses critérios são fundamentais porque tratam todos os cidadãos como politicamente iguais e abrem a possibilidade para os menos afeitos às questões públicas obterem conhecimento específico que os habilitam a participar efetivamente do controle dos atos do governo.[40]

Faz parte da lógica do sistema democrático a existência de um ambiente público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com ampla liberdade, e que seja franqueado aos cidadãos o acesso a toda espécie de opinião sobre as mais variadas questões, permitindo-lhes formar seu convencimento e, consequentemente, participar ativamente da condução da coisa pública e exercitar o autogoverno.[41]

A democracia confere aos cidadãos garantias de que a mentira e o engodo na política poderão ser descobertos mais facilmente e os eleitores estarão capacitados a tomar as melhores decisões públicas quando as discussões políticas forem travadas num ambiente livre de impedimentos à expressão, propiciando o estímulo ao autogoverno do povo e ao controle sobre os atos dos governantes.

O argumento da promoção da democracia assegura que a dissidência política deve ser respeitada, mesmo a mais isolada, pois "se toda a humanidade, exceto uma pessoa, tivesse uma opinião, e essa pessoa tivesse uma opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciá-la do que ela para silenciar a humanidade".[42]

É fácil concluir que existe uma íntima ligação entre a liberdade de expressão, a democracia e o ideal republicano da participação cívica na vida pública, este entendido

[39] DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2009, p. 49-50.
[40] DAHL, Robert A. *op. cit.*, 2009, p. 52.
[41] SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, 2006, p. 237.
[42] MILL, John Stuart. *op. cit.*, 2010, p. 59-60.

atualmente não apenas como um direito dos cidadãos, mas um "dever dos indivíduos de falar livremente sobre os assuntos de interesse comunitário, acentuando-se a responsabilidade especial de vigilância permanente que anda associada ao auto-governo".[43]

A positivação do direito fundamental à liberdade de expressão, seja em textos constitucionais escritos ou em reiteradas decisões judiciais, tem um importante aspecto contramajoritário de proteção das minorias politicas e sociais (raciais, étnicas, sexuais, nacionais).

Com efeito, tomando-se como natural a tendência da maioria de utilizar atos formais ou informais de repressão para sufocar as vozes dissidentes a fim de que não propaguem juízos contrários aos costumes, tradições, instituições ou convenções vigentes, encontramos no direito à liberdade de expressão um obstáculo à pretensão de hegemonia, incutindo nas pessoas a consciência da necessidade de ser tolerante: "Se os direitos de expressão das minorias e dos dissidentes são assegurados, a mensagem endereçada é a de que o respeito à diversidade de pensamento é uma virtude que as pessoas devem praticar".[44]

A esse respeito, Ingo Sarlet e Carlos Molinaro[45] mencionam interessante passagem que retrata claramente a enorme força dos atos informais de repressão à livre expressão. Os autores fazem alusão a um episódio protagonizado pelo escritor e romancista Günter Grass, vencedor do Prêmio Nobel de Literatura de 1999. Em abril de 2012, Grass publicou artigo em um jornal alemão em que fazia críticas à questão Israel-Irã e às potências ocidentais, em especial à própria Alemanha, fornecedora de material bélico para Israel.

Segundo ele, o Ocidente seria conivente com a política militar imposta por Israel contra o Irã, responsável por milhares de mortes no país persa e cuja justificativa seria a intenção deste país de produzir uma bomba atômica.

O posicionamento de Grass poderia ser contabilizado como mais uma crítica à intrincada guerra não declarada entre Israel e Irã, não fosse seu passado de colaboração com o regime nacional-socialista alemão.

As palavras de Grass provocaram intensa celeuma em âmbito internacional com acusações de veículos de comunicação de que o escritor alemão estaria a fabricar os fatos, a ponto de o então Primeiro-Ministro israelense Benjamin Netanyahu afirmar que as

[43] MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 260.
[44] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 67.
[45] SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto, *op. cit.*, 2012, p.39-62.

declarações de Grass são ignorantes e vergonhosas, e o Ministro do Interior Eli Yishai ter colocado o romancista na lista dos indesejáveis de Israel.

Sarlet e Molinaro concluem que as reações da mídia internacional e dos políticos de acusar Grass de antissemitismo fazem parte de uma campanha de desmoralização do escritor e refletem a tensão existente entre "liberdade de expressão" e "correção política", que tem o potencial de subtrair da discussão pública opiniões por mais importantes que sejam, notadamente nos casos em que a intenção não é disseminar o ódio, mas apenas criticar Estados e Governos.

Com a mudança dos enfoques teórico e pragmático da corrente democrática em favor do conceito deliberativo, vê-se que a justificação da liberdade de expressão como mola propulsora da democracia é a mais importante das razões de sua fundamentalidade.

De fato, a democracia, como visualizada nos dias atuais, pressupõe a existência de uma sociedade descentralizada, a qual constitui uma arena pública altamente diversificada, preparada para a percepção, a identificação e o tratamento dos problemas de toda a sociedade.[46]

A concepção deliberativa da democracia considera a participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de decisão como o elemento central da compreensão do processo democrático.

E isso envolve não apenas a institucionalização de procedimentos para a formação da vontade, mas também a existência de uma rede informal de comunicação (esfera pública informal) imune a regulações prévias de conteúdo em que, em rigor, qualquer assunto ou questão problematizável pode ser tematizado publicamente, passando por um processo de depuração ao longo da cadeia de filtragem até obter aprovação institucional.[47]

A liberdade reconhecida de livremente expressar opiniões deve ser tida como um direito contramajoritário, uma vez que cada cidadão, individualmente considerado, possui a prerrogativa de opor-se à maioria de ocasião e utilizar argumentos que contrariem todos os demais, ao mesmo tempo em que as minorias têm o direito de externar sua discordância sobre

[46] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 24.
[47] HABERMAS, Jürgen. *op. cit.*, 2012, p. 40-41.

determinada política pública e demonstrar a eventual superioridade de seu programa político.[48]

No que toca à obrigação da tolerância social com os diferentes tipos discursivos, importante questão se relaciona com o potencial agressivo dos conteúdos especialmente direcionados em desfavor de grupos sociais alvos históricos de discriminação, os denominados «discursos do ódio».[49]

Nesses casos, tem-se um interessante dilema envolvendo a acomodação do princípio da igual dignidade e liberdade de todos com a necessidade de assegurar a integridade de uma esfera pública de discurso aberta e pluralista.

Duas frentes teóricas ganham destaque nessa questão: uma de corte liberal propugna ser importante a manutenção de uma estrutura comunicativa livre de intervenção estatal em que as diversas perspectivas estabeleçam uma relação de confrontação pública entre si à margem de qualquer órgão de censura politicamente correto dotado de competência para discernir as boas das más ideias.

De outro lado, o caráter irracional e coercitivo que o discurso pode assumir é realçado por outros, pois a presença sistemática de preconceito atenta contra a razão de ser do ambiente plural, além de bloquear o atendimento da experiência real dos grupos minoritários.

Sobre o tema, Machado assim se pronuncia:

> A valoração e proscrição de qualquer das opiniões em confronto implicaria a existência de um sistema de censura, o qual teria naturalmente uma tendência expansiva, razão pela qual uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio [...] em nome de uma moralmente correcta *política do amor* tem que ser objecto da maior precaução, sob pena de a "nova liberdade de expressão" acabar por se confundir com a "velha censura". Recorde-se que uma das funções da liberdade de expressão consiste em proporcionar uma alternativa à violência física na libertação de sentimentos e tensões acumuladas, incluindo o ódio, ou especialmente o ódio. Quando muito, o referido equilíbrio poderá passar pela limitação de formas *extremas* de discurso ostensivamente produzido, na sua forma e no seu conteúdo, tendo em vista estigmatizar, insultar e humilhar um determinado grupo, seja ele minoritário ou maioritário, para além de qualquer objectivo sério de confronto de factos, ideias e opiniões. [...] No entanto, ele [o princípio da igual consideração e respeito] não pode ser utilizado para subtrair à discussão temas tão importantes como a identidade dos grupos sociais e as suas relações com os indivíduos, nem sempre isentas de coerção e discriminação.[50]

[48] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 52.
[49] Nossa Constituição não trabalha com a ideia de *absolutidade dos direitos*, ao revés, com a ideia de *equilíbrio* e *harmonia* (RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44-45).
[50] MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 847-848 (grifos do autor).

Quanto à discussão da legitimidade de interdição dos discursos subversivos, convém transcrever trecho da reflexão de Mick Hume:

> No clima intelectual moderno, por vezes parece que ofender os outros é o pior crime do mundo. A coisa é apresentada como uma tentativa progressista de proteger as pessoas das palavras que as magoam, mas tornou-se uma forma disfarçada de insistir que há demasia liberdade de expressão. Pode parecer uma boa idéia viver num mundo acolhedor e maternal de insipidez inofensiva. O problema é que exigir o direito de não ser ofendido é negar a toda a gente a liberdade de ofender a ética e as opiniões aceites do tempo em que vive. E, sem essa subversiva liberdade de questionar o inquestionável – o direito a ofender -, a sociedade talvez nunca tivesse sequer chegado ao ponto em que os direitos anti-racistas e das lésbicas, dos *gays*, bissexuais e transgénero se tornaram temas aceitáveis no debate público.[51]

O tema dos limites a serem impostos à tolerância em uma sociedade democrática ganha novos contornos com a contribuição de Noberto Bobbio. Depois de afirmar que a "tolerância só é tal se forem toleradas também as más idéias",[52] o pensador italiano afirma que o único critério razoável para definir a legitimidade da restrição é o que deriva da ideia mesma de tolerância, sendo que a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o próprio princípio de tolerância.

A posição assumida por Bobbio de tolerar a todos menos os intolerantes se coaduna perfeitamente com a democracia e o Estado de Direito. A premissa por trás do pensamento de Bobbio é que, agindo dessa forma, o Poder Público fortalecerá a esfera pública pluralista por meio do debate, já que o remédio contra o intolerante não é a perseguição, mas o reconhecimento de seu direito de expressar-se.[53]

Outro argumento normalmente levantado para justificar as funções da liberdade de expressão diz com a capacidade desta de manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade.

Nesse aspecto, a liberdade de expressão agiria como condição essencial para garantir a estabilidade governamental, uma vez que um Estado garantidor da livre expressão é forte e se defronta com poucas convulsões sociais, ao passo que um Estado autoritário estabelece seu poder na arbitrariedade e no medo, estando sujeito a contestações por parte da população.[54]

[51] HUME, Mick. *op. cit.*, 2016, p. 60.
[52] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 195.
[53] BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, 2004, p. 196-197.
[54] CHEQUER, Cláudio. *op. cit.*, 2011, p. 32-33.

As pessoas têm razões para aderir aos ideais de um ordenamento jurídico que respeita o direito fundamental da liberdade de expressão porque sabem que podem ser beneficiadas com a transformação de seus pontos de vista em normas legais, desde que exista uma esfera pública plural que possibilite o alcance das opiniões ao maior número de indivíduos, bem como os procedimentos constitucionais estejam estruturalmente abertos à inserção de seus valores e interesses.

Consoante acentuado por Machado, a liberdade de expressão como garantia da estabilidade governativa permite às pessoas tornarem conhecidos os seus desejos de mudanças ou correção política, aumentando a probabilidade de tomada de decisões apropriadas, bem como ensina a todos a respeitar a tolerância das diferenças, contribuindo decisivamente para a estabilidade social, isso porque, rejeitar o poder da discussão significa aceitar o poder da força física.[55]

2.2 Justificativa Constitutivas

A justificativa constitutiva da liberdade de expressão (como realização pessoal) se apoia no caráter não consequencialista da proteção do direito.

Com efeito, segundo essa justificativa, a garantia constitucional da liberdade de expressão é um imperativo da condição humana, isto é, funda-se na premissa de que a finalidade do ser humano é a realização de suas características e potencialidades, incluindo a possibilidade do exercício das faculdades racionais em sua plenitude, sendo condição da nossa própria humanidade.[56]

Se o que diferencia o homem das demais criaturas vivas é a capacidade de discernimento e de desenvolver processos de comunicação por meio da linguagem, atos e gestos, isso significa que a ele deve ser conferida a prerrogativa de pensar e concluir por si próprio, ou seja, ter assegurado o direito à autonomia de consciência.

Por direito à autonomia de consciência entende-se um âmbito de deliberação intelectual sob o domínio exclusivo do indivíduo composto por convicções, crenças, opiniões, sentimentos, preferências que, embora possam parecer despropositadas para alguns, ou

[55] MACHADO, Jónatas E. M. *op. cit.*, 2002, p. 284.
[56] SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, 2006, p. 242.

mesmo para a maioria, estão incólumes à intervenção externa por representarem as mais puras vocações humanas.[57]

É certo, no entanto, que em termos jurídicos a proteção tão somente das crenças individuais é insuficiente, já que pensar e concluir em silêncio, sem a possibilidade de exteriorizar as convicções, importa na consideração implícita de que o pensamento é ilegítimo e, em rigor, não merece proteção caso venha a ser divulgado.

Para que o direito à livre consciência tenha repercussão social é imperioso o reconhecimento legal da dupla face do direito: em primeiro lugar, o indivíduo é digno tanto de possuir pensamento próprio quanto de apropriar-se deles, resultando daí que se trata de um direito não suscetível à expropriação ou ao confisco, ou seja, ninguém pode determinar a uma pessoa o que pensar, sentir ou gostar; em segundo lugar, ainda como corolário da condição humana, o indivíduo detém a faculdade de expressar-se no âmbito comunicativo, em especial de comunicar aos outros o teor de seus pensamentos, sentimentos e crenças.[58]

É nesse contexto que a autonomia da consciência mantém íntima ligação com o direito fundamental à liberdade de expressão, reconhecendo-se que a liberdade de consciência não é só um direito do homem ao pensamento próprio, mas também ao processo de pensamento, isto é, a realização plena requer uma comunicação livre, vale dizer, liberdade de expressão.[59]

Essa teoria estima a liberdade de expressão como um fim intrínseco, um bem independente, um fim em si mesmo. Conforme assinala Dworkin:

> [...] as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe.[60]

[57] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 59.
[58] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 61.
[59] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 63.
[60] DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 320.

A exposição dos fundamentos da liberdade de expressão é relevante na medida em que define os atos comunicativos que merecem proteção constitucional.

Na realidade, como este direito fundamental protege a expressão propriamente dita, comunicações desprovidas de caráter expressivo não gozam de amparo constitucional, e podem ser reprimidas legislativamente por não se beneficiarem de qualquer de seus fundamentos, ou seja, não promoverem a satisfação do indivíduo, não possibilitarem o avanço do conhecimento e da verdade, não se relacionarem com a promoção da democracia e não serem aptas a ensejar mudança social.[61]

As teorias constitutiva e instrumental não conferem a mesma força protetiva à liberdade de expressão, podendo ser escalonadas em grau de importância.

Para Dworkin, a justificativa instrumental é mais frágil e mais limitada do que a constitutiva. Frágil porque a razão instrumental se apoia em teses que, em última análise, acabam por minar a própria liberdade de expressão. E é mais limitada, ao contrário da faceta constitutiva, porque pugna pela proteção apenas dos discursos com propósitos políticos.[62]

Tomando como correta a gradação feita por Dworkin, não seria lícito invocar o princípio da liberdade de expressão em favor da ciência, da literatura, da independência acadêmica, das artes, ou das decisões pessoais tomadas por cada cidadão quanto ao rumo a ser dado em suas vidas.[63]

A liberdade de expressão, portanto, teria uma única finalidade: proteger as modalidades de expressão com conteúdo claramente político. E, mesmo aqueles que defendem sua extensão para as artes ou a ciência, insistem na tese de que o discurso deve derivar dessa função principal.[64]

O perigo de traçar essa linha fronteiriça entre o que é atingido e não atingido pela amplitude da liberdade de expressão está em admitir a interferência estatal no conteúdo da expressão propagada.

[61] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 47.
[62] DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 321.
[63] Por conta da necessidade de proteger os discursos além do aspecto meramente político, Dworkin entende que manifestações extremamente polêmicas como o discurso do ódio devem ser permitidas. DWORKIN, Ronald. 2006, p. 325-327. Em sentido contrário, defendendo que é errôneo admitir uma interpretação tão extensiva ao princípio da liberdade de expressão, ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. *op. cit.*, 1992, p. 246-248.
[64] DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 322.

Quando se disse que o ato comunicativo atende ao predicado da liberdade de expressão no momento em que realiza uma das suas justificativas, foi para asseverar que o valor expressivo é ideologicamente neutro, isto é, independente do tema do discurso.[65]

É exatamente esse o cerne da finalidade constitutiva da liberdade de expressão: as pessoas querem viver numa sociedade que incentiva a responsabilidade moral individual, e que não admite qualquer intervenção no conteúdo da manifestação do pensamento.[66]

CONCLUSÃO

O estudo procurou trazer importantes referenciais teóricos que explicam as razões pelas a liberdade de expressão deve ser entendida como direito fundamental numa sociedade democrática.

Esforçou-se para demonstrar que a proteção às liberdades comunicativas se justifica pelos valores que promove e, a longo prazo, a própria sociedade se beneficia quando essa promoção se dá com bastante intensidade.

Assim, o respeito efetivo à liberdade de expressão funciona como um parâmetro averiguador do grau de consolidação da democracia e do respeito aos direitos humanos de um país.

Nesse sentido, contribuindo para o debate acerca da exata configuração da liberdade de expressão, professamos o entendimento de que esta deve ser protegida quando presente um dos elementos das justificativas instrumental e constitutiva, servindo esses elementos como verdadeiros motes para sua inclusão no rol dos direitos e garantais fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. *Is there a right of freedom of expression?* New York: Cambridge University Press, 2005.

ALMASY, Steve. *Ann Couter's Berkeley speech off; police still plan for protesters*. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2017/04/26/us/ann-coulter-berkeley-speech-canceled/>. Acesso em: 02 fev. 2017.

[65] MARTINS NETO, João dos Passos. *op. cit.*, 2008, p. 75.
[66] DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, 2006, p. 327.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Papagaio, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9428, de 10 de dezembro de 2009.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia.* 14. ed. São Paulo: Ática, 2012.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRUZ, Mario. *Reitoria da Universidade Nova rejeita ameaça à liberdade de expressão*. Disponível em: <http://observador.pt/2017/03/08/reitoria-da-universidade-nova-rejeita-ameaca-a-liberdade-deexpressao/>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Unb, 2009.

DINIZ, Laura; CHAER, Márcio. *Dobra número de processo contra imprensa e jornalistas*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-set-30/dobra_numero_processos_imprensa_jornalistas>. Acesso em: 02 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Uma decisão que ameaça a democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). *Direito à democracia*: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2011, p. 41-56.

ECHAVARRÍA, Juan Jose Solozabal. Acerca de la doctrina del tribunal constitucional em materia de libertad de expresion. *Revista de estudios políticos (Nueva Epoca)*. n. 77, p. 237-248, jul./sep. 1992.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964.

FEDERAÇÃO Nacional dos Jornalistas. *Relatório da violência contra jornalistas e liberdade de imprensa 2016.* Rio de Janeiro, 2016.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota, São Paulo: Loyola, 2004.

HEYMAN, Steven J. *Free speech and human dignity*. New Haven & London: Yale University Press, 2008.

HUME, Mick. *Direito a ofender*: a liberdade de expressão e o politicamente correto. Tradução de Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta da China, 2016.

KROTOSZYNSKI JR, Ronald J. *The first amendment in cross-cultural perspective – a comparative legal analysis of the freedom of speech*. New York: New York University Press, 2006.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos:* uma biografia da primeira emenda à constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão.* Florianópolis: Insular, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. Direito de informação – saúde do consumidor. In. NERY JUNIOR, Nelson. *Soluções Práticas de Direito*. v. I. Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988.

_____. *Comentários à lei de imprensa (Lei n.º 5.250, de 9-2-1967)*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Magna Carta ainda continua a inspirar liberdades contra o Estado arbitrário*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/thiago-rodovalho-magna-carta-continua-inspirar-liberdades>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. *Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodovalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de expressão e pluralismo*: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. Liberdade de expressão! [Superando os limites do "politicamente incorreto"]. *Revista da Ajuris*, a. XXXIX, n. 126, p. 39-62, jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIMÃO, José Luiz de Almeida. *O STF e a imprensa: como argumentam os ministros da Suprema Corte nos casos envolvendo a liberdade de expressão*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

THAYER, Russell. *Biographical discourse*. In: LIEBER, Francis. *The miscellaneous writings – reminiscences, addresses, and essays*. v. I. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1880.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão*. Tradução de Frederico Bonaldo. São Paulo: Saraiva, 2010.

Submissão: 30/04/2017
Aceito para Publicação: 11/08/2017