

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS**



**LIMITES E AFETAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E EM  
PORTUGAL**

**RODRIGO MARIANO TORQUATO MAIA**  
**MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS**  
**DIREITO CONSTITUCIONAL**

**2017**

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

**LIMITES E AFETAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E EM  
PORTUGAL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Lisboa como  
requisito parcial para obtenção do título  
de mestre em Direito**

**Área de Concentração: Direito  
Constitucional e Direitos Humanos**

**Orientador: Prof. Doutor José Melo de  
Alexandrino**

**RODRIGO MARIANO TORQUATO MAIA  
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS  
DIREITO CONSTITUCIONAL**

**2017**

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1 – Um breve histórico da liberdade de expressão no âmbito dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais e nas Constituições de Portugal e do Brasil.....</b>	<b>6</b>
1.1. A liberdade de expressão no Brasil: da ditadura à redemocratização.....	18
1.2. A liberdade de expressão em Portugal: da ditadura salazarista à redemocratização.....	28
1.3. Direitos Fundamentais como <i>trunfos</i> .....	31
1.4. O modelo norte americano de <i>liberdade negativa</i> e o modelo alemão de <i>liberdade positiva</i> .....	36
1.5. Apontamentos históricos da doutrina e jurisprudência norte americana e a doutrina dos <i>preferred freedoms</i> .....	41
<b>Capítulo 2 – Aspectos teóricos da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação.....</b>	<b>58</b>
2.1. A noção subjetiva da liberdade de expressão.....	60
2.2. A noção objetiva da liberdade de expressão.....	62
2.3. Comunicação social e seu conceito jurídico.....	67
2.4. O poder e a função dos veículos de comunicação.....	69
2.5. Princípios norteadores da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação.....	77
2.6. Direitos relacionados com a liberdade de expressão.....	85
2.7. Natureza jurídica da liberdade de expressão.....	91
<b>Capítulo 3 – Aspectos práticos dos limites e afetações à liberdade de expressão.....</b>	<b>93</b>
3.1. Âmbito de proteção e as restrições e afetações aos direitos fundamentais.....	103
3.2. Âmbito de proteção e restrições à liberdade de expressão no Brasil.....	116
3.3. Âmbito de proteção e restrições à liberdade de expressão em Portugal.....	127
3.4. Análise ilustrativa da jurisprudência brasileira.....	134

3.5. Análise ilustrativa da jurisprudência portuguesa.....	147
3.6. Uma breve análise da liberdade de expressão no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	160
<b>Considerações Finais.....</b>	<b>162</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>166</b>

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, é uma pesquisa que tem por objetivo a análise do direito à liberdade de expressão por meio, inicialmente, do estudo da sua inserção como um “direito humano”, assim universalmente reconhecido pela Comunidade Internacional, e, depois, da sua consolidação como direito fundamental no ordenamento jurídico do Brasil e Portugal. Após, objetiva-se analisar se tal direito, ou liberdade, como se pretenda denominar, enquanto direito fundamental positivado nas Constituições Brasileira e Portuguesa é passível de limites, restrições e, principalmente, colisões e, em caso positivo, como estes se determinam na esfera jurídica.

A opção pelo tema se dá, sobretudo porque a liberdade de expressão é, primeiramente, um *direito humano* e, em segundo lugar e não menos importante, também um direito fundamental essencial à concretização da dignidade de cada indivíduo e, tanto mais, à concretização da democracia em qualquer sociedade. Não por menos, integra as mais relevantes declarações universais de direitos humanos, dentre elas, a própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, e um imenso número de Constituições.

Entretanto, apesar da sua importância e relevância, as sociedades modernas convivem com problemas reais relacionados às liberdades, principalmente a de expressão. O fato é que tal direito, alçado ao nível de direito fundamental e preceito de uma sociedade verdadeiramente democrática, pode vir a ser muitas vezes exercido com abusos, isto é, com excessos, cabendo, portanto, aos ordenamentos jurídicos lhes imputar limites ou restrições e ao Poder Judiciário lhe harmonizar com outros direitos fundamentais em caso de colisões.

Nesse aspecto, surge um dilema, pois sabendo que na Ciência Jurídica há uma máxima de que não existem direitos absolutos, nem mesmo a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, ainda que essencial para a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de

Direito, servindo-lhe como alicerce, carece, sim, de restrições e limites, e, neste contexto, há que se determinar qual o alcance destes e, ainda, quais direitos fundamentais prevaleceriam, ou não, quando em rota de colisão.

Aqui, desde já, na linha do liberalismo clássico, a liberdade de expressão tem e deve ter uma maior carga valorativa no ordenamento jurídico, mesmo que no âmbito dos demais direitos fundamentais. Contudo, não se pode deixar de admitir que, dadas as mudanças sociais e jurídicas ao longo das últimas décadas e, sobretudo, diante do avanço tecnológico que atingiu a imprensa e a comunicação social, é imprescindível reconhecer a possibilidade de imposição de restrições à liberdade de expressão, tudo isso de uma forma dialética, e, sobretudo, legal.

É este o intuito desta pesquisa: constatar a disciplina básica e constitucional da liberdade de expressão, no Brasil e em Portugal, e depois, distinguir as restrições que lhes são aceitas pela lei e pela jurisprudência, mais especialmente em relação às declarações sobre a pessoa humana, tais como sobre homossexualismo, cor da pele, religiões, direito ao bom nome e em caso de violação de privacidade.

Dentro da temática proposta serão analisados os seguintes *problemas jurídicos*: (i) a liberdade de expressão deve ceder quando em colisão com o direito ao bom nome, à privacidade ou o segredo de justiça?; (ii) as jurisprudências lusitana e brasileira *privilegiam* a liberdade de expressão quando esta é confrontada com outros direitos? (iii) a dignidade da pessoa humana deve ser o parâmetro, a medida do limite da liberdade de expressão?

Contudo, é importante sublinhar desde já, para que não parem quaisquer equívocos sobre a abrangência do tema em debate, que, em atenção ao entendimento de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>1</sup>, que discorda de JÓNATAS MACHADO quanto à possibilidade da ideia de liberdade de expressão em *sentido amplo*, aqui, apenas e tão-somente por *razões pragmáticas*, adotar-se-á um conceito amplo de liberdade de expressão, de forma a abranger a *liberdade de imprensa*, ou de *comunicação*, como preferem alguns.

---

<sup>1</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, pp. 42/43.

A preferência por tal conceito se dá em virtude de que a jurisprudência brasileira e portuguesa, e inclusive a jurisprudência norte americana, alemã e do próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, usualmente recorre à liberdade de expressão como argumento, isto é como fundamento, para julgar e justificar conflitos em que – independente da parte: se um jornal, uma emissora de televisão, um repórter, uma revista, *etc* – estão em causa, de um lado, ideias, discursos, críticas, informações, propagandas e *etc* e, de outro, o direito ao bom nome, a privacidade e o segredo de justiça; isto em que pese a crítica de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>2</sup>, que fica aqui registrada, no sentido de que “*nem pelo seu fundamento, nem pelo seu objeto, nem pelo seu conteúdo, nem pelos seus limites, nem pelos seus titulares, o direito de informação ou a liberdade de imprensa se podem entender como um caso especial da liberdade de expressão*”.

Outra questão *liminar* bastante relevante é de se estabelecer também desde já o conceito e o alcance do que seriam os *limites* e *afetações* de que é passível a liberdade de expressão. Pois bem. Mais uma vez conforme o entendimento de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>3</sup>, *limites* e *afetações* serão aqui entendidos como “*qualquer prejuízo que possa perturbar a liberdade em causa*”, sabendo-se, contudo, que estes podem vir a ser classificados ou distinguidos em *limites diretos*, *limites especiais*, *restrições legislativas* e *conflito de direitos*, assumindo este último papel preponderante e de maior relevância para o tema e o fim aqui pretendido.

Com a temática em questão e sua respectiva problematização pretende-se demonstrar, através dos conceitos e teorias jurídico-constitucionais aplicáveis aos direitos fundamentais e, por conseguinte, da identificação do *âmbito de proteção*, *limites* e *afetações* aplicáveis à liberdade de expressão, bem como a partir da análise e crítica de doutrinas que posicionam os direitos fundamentais como *preferred freedoms* ou mesmo *trunfos* e da comparação entre o modelo germânico e o norte americano de *liberdade*, que, (i) a liberdade de expressão, de uma forma geral e a princípio, respeitadas eventuais casuísmos à parte, deve ter um *valor maior* que outros direitos fundamentais, devendo ser encarada como uma *liberdade absoluta* ou *quase absoluta*, a depender das condições concretas em cada caso; (ii) de fato, a jurisprudência lusitana e brasileira *privilegiam* a liberdade de expressão quando esta é confrontada com outros direitos formalmente

---

<sup>2</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 43.

<sup>3</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 62.

ou materialmente constitucionais, sejam estes fundamentais ou não; e (iii) a dignidade da pessoa humana, enquanto pilar da Constituição e fundamento do Estado Democrático de Direito, e uma vez que *engloba* os direitos à privacidade e ao bom nome, e, inclusive, *engloba* também a própria liberdade de expressão, não deve ser invocada como parâmetro ou medida do limite da liberdade de expressão.

Para melhor compreensão do conteúdo, este é desenvolvido em três partes, a saber:

Primeiramente, a partir de uma abordagem um tanto quanto resumida e não aprofundada, apenas para fins de contextualização histórica e sem qualquer pretensão multidisciplinar, é analisada a evolução e, de certo modo, a própria *historicidade* da liberdade de expressão, desde um *direito humano* até a sua efetiva positivação enquanto *direito fundamental*; e, a partir daí, como tal liberdade evoluiu e está inserida nas Constituições do Brasil e Portugal. Uma vez analisada a liberdade de expressão enquanto direito fundamental e uma vez entendido o que tal conceito significa para a ciência jurídico-constitucional, analisar-se-á a teoria dos direitos fundamentais como *trunfos* e os modelos norte americano e germânico de *liberdade*, para, posteriormente, enquadrar a liberdade de expressão como uma *preferred freedom*.

Na segunda parte, a pretensão é a de análise das noções objetiva e subjetiva da liberdade de expressão, bem como a diferenciação entre a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação ou de imprensa, onde é igualmente analisado o conceito jurídico e a importância desta última. A partir de tais elementos, são relacionados os princípios norteadores da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação, bem como os direitos correlacionados com a liberdade de expressão, para, então, poder ser feita a classificação da sua natureza jurídica.

A partir dos elementos colhidos anteriormente, na terceira parte analisar-se-á de forma crítica a teoria interna e externa dos limites aos direitos fundamentais para, então, uma vez identificado o *âmbito de proteção, limites e afetações* da liberdade de expressão e expostas as jurisprudências brasileira, lusitana e, inclusive do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, expor concretamente as conclusões aqui apontadas preliminarmente.

O desenvolvimento desta investigação científica foi conduzido essencialmente sob o prisma da Ciência Jurídico-Constitucional<sup>4</sup>, utilizando-se, de forma complementar, de uma perspectiva Política e Histórica, porém apenas como elemento do processo comparativo e, portanto, sem qualquer pretensão de interdisciplinaridade.

Como recurso de pesquisa foram utilizados, como não poderia deixar de ser, os textos/documentos, a doutrina e a jurisprudência vertentes sobre a matéria aqui delineada, bem como a aplicação prática das normas constitucionais pertinentes ao tema (*práxis*), através de uma microcomparação “atual e sincrônica (horizontal)”<sup>5</sup> entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição da República Portuguesa de 1976.

Por derradeiro, é válido citar CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA<sup>6</sup> no sentido de, oportunamente, esclarecer e consignar que um estudo mais avançado e bem elaborado, mormente em relação aos aspectos pragmáticos do tema, demandaria “esforços e metodologia dificilmente compatíveis com o trabalho individual realizado em biblioteca”, de maneira que, em alinhamento com RUI MEDEIROS<sup>7</sup>, em alguns aspectos é válido afirmar que “o desconhecimento suficiente da realidade constitucional dos diversos países de língua oficial portuguesa, alguns dos quais, de resto, com textos constitucionais recentes, impedem que, nas considerações que se seguem, se consiga passar da *law in the books* à *law in action*”.

---

<sup>4</sup>- Considerando que, conforme Canotilho (em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*), um estudo sob o prisma do Direito Constitucional pode adotar duas perspectivas: uma *dogmático-constitucional*, voltada para o estudo jurídico-positivo – *doutrina do direito constitucional*; e outra *teorético-constitucional*, voltada para os conceitos de direito constitucional, desenvolvidos a partir de uma “construção” teórica – *teoria da constituição*.

<sup>5</sup>- Conforme Carlos Ferreira De Almeida, “a comparação no direito comparado tende a ser actual e sincrónica (ou horizontal), deste modo se distinguindo pelo objecto de outras pesquisas jurídicas comparativas, tais como a história comparativa do direito e a comparação retrospectiva ou vertical” (em *Direito Comparado – ensino e método*, pp. 64/65).

<sup>6</sup>- Em *Direito Comparado – ensino e método*, p. 102.

<sup>7</sup>- Em *Constitucionalismo de Matriz Lusófona: Realidade e Projecto*, p. 23.

## Capítulo 1

### UM BREVE HISTÓRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NAS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E DO BRASIL

É desde a antiguidade que se encontram os primórdios da liberdade de expressão enquanto valor fundamental de uma sociedade democrática, contudo, evidentemente, não com o mesmo alcance e conceito pelo qual hoje é compreendido. Por exemplo, FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>8</sup> destaca a ampla liberdade de expressão existente em Atenas, garantida pela *politeia*, e sem a qual decisões políticas não eram praticadas, uma vez que o debate entre a sociedade – ricos e pobres – mostrava-se imprescindível para a tomada de qualquer deliberação; a *isegoria* é um marco da democracia grega, uma vez que representava o direito de todo e *qualquer cidadão* poder se manifestar em reuniões públicas, valendo ressaltar o conceito de *cidadão* para a *polis* grega. COMPARATO salienta ainda que a *isegoria* era ainda mais relevante que a isonomia, sendo que todas as grandes decisões políticas de Atenas, inclusive aquelas relativas às participações em guerras, sempre foram tomadas após amplos debates públicos.

Não se encontra, contudo, registros expressos sobre a temática da liberdade de expressão no direito romano. É certo, no entanto, que em tempos mais próximos, encontramos as primeiras positivamente em matéria de liberdade de expressão. Em realidade, sua existência como direito subjetivo, propriamente dito, ocorreu na Idade Moderna, especialmente como parte da política de concretização do Estado Liberal.

Em todo caso, não há dúvidas de que os direitos humanos e, posteriormente, os direitos fundamentais contemplam uma ampla gama de conceitos e fundamentos. Nesse sentido, JOSÉ

---

<sup>8</sup>- COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. Revista da Universidade de São Paulo, n. 48. Dez./fev. 2000-2001. p. 7.

MELO ALEXANDRINO<sup>9</sup>, em artigo oriundo da conferência sobre *Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais*, afirma com muita sabedoria que:

“[...] se nos perguntarmos depois como se apresentam em geral os direitos humanos, a nossa resposta teria de ser esta: depende; depende do tempo, do lugar e do sujeito. Depende do tempo, porque nas duas fases que antecederam a nossa, os direitos humanos apresentaram-se primeiramente como representações morais, depois como aspirações, valores ou princípios políticos e morais e só mais recentemente como estruturas jurídicas. Depende do lugar, porque em certas regiões do planeta pouco mais são do que valores morais (ou não são sequer efectivamente reconhecidos a esse nível); na generalidade dos países, são reconhecidos como estruturas jurídicas heterogéneas; numa parte do Mundo chegam a apresentar-se como direitos subjectivos plenamente justiciáveis; depende ainda do lugar, porque nos sistemas de Estado constitucional os direitos humanos foram necessariamente transformados em Direito interno e garantidos a esse nível por múltiplos mecanismos e múltiplas instituições. Depende do sujeito, porque o homem comum, o filósofo, o poeta, o artista, o teólogo, o sociólogo, o economista, o jurista, etc., vêem nos direitos humanos coisas muito diferentes.”

Nesse contexto, nos parece possível afirmar que a conceituação dos direitos humanos tem início em uma concepção filosófico-metafísica, capaz de lhe conferir legitimidade como direito<sup>10</sup>; a partir, então, de uma dimensão dita humanista, os direitos humanos podem ser definidos por *direitos naturais, inerentes à própria condição humana*.

---

<sup>9</sup>- ALEXANDRINO, José Melo. *Hermenêutica dos Direitos Humanos*. jan. 2011. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>. Consultado em 29 de novembro de 2016.

<sup>10</sup>- NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. Série Estudios de Derechos Humanos. p. 21.

Nesse contexto, NORBERTO BOBBIO, entende que o conceito de direitos humanos baseado em uma concepção unicamente humanista é frágil e chama atenção para necessidade de que sejam analisados os fatores históricos que integram e dão fundamento a tais direitos, uma vez que “*nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrar sua plena realização como direitos positivos universais*”<sup>11</sup>. Ainda, como bem realçado por NORBERTO BOBBIO, os direitos humanos não nascem de uma vez só ou de uma vez por todas<sup>12</sup>:

“[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual.

[...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”

Seguindo a mesma ótica, IGNACY SACHS destaca que “*a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos*”<sup>13</sup>.

Assim, pode-se entender e aceitar que *os direitos humanos são um verdadeiro e constante processo de construção e de reconstrução*, fruto de uma história, de luta e de ação social<sup>14</sup> e que por isso mesmo integram a racionalidade humana, posto que representam a própria luta pela dignidade humana.

Na fundamentação dos direitos humanos, também se incluem concepções jusnaturalistas e positivistas. Para os jusnaturalistas, os direitos fundamentais estariam relacionados *atos morais*

---

<sup>11</sup>- BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988. p. 30.

<sup>12</sup>- BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 45.

<sup>13</sup>- SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, Direitos Humanos e cidadania*, in Direitos Humanos no Século XXI, Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Senado Federal, 2002, p. 156.

<sup>14</sup>- ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 1979. p. 30.

*já prontos*. No entanto, HABERMAS critica essas duas dimensões, porque para ele, os direitos fundamentais, no ponto de vista jusnaturalista, retira do indivíduo a possibilidade de que ele participe como coautor da configuração e evolução de tais direitos, ao passo que um conceito estritamente positivista tem o condão de subordinar os direitos subjetivos ao direito objetivo, reduzindo-os à mera *formalidade da lei*<sup>15</sup>.

Retornando ao contexto histórico, no longínquo ano de 1689, a *Bill of Rights* inglesa já contemplava a liberdade de falar perante o Parlamento<sup>16</sup>; sendo importante lembrar que foi justamente perante o Parlamento da Inglaterra que fora proferido, em 1644, um dos mais emblemáticos discursos em defesa da liberdade de expressão. John Milton, em seu discurso intitulado *Areopagítica*<sup>17</sup>, recorre ao Parlamento no intuito de obter a revogação da *Licensing Act*, ressaltando que *a liberdade de crítica, ainda que possa ser incômoda, é um marco de liberdade civil, almejada por todos os homens: “for this is not the liberty which we can hope, that no grievance ever should arise in the Commonwealth – that let no man in this world expect; but when complains are freely heard, deeply considered and speedily reformed, then is the utmost bound of civil liberty attained that wise men look for”*.

Ainda que a censura prévia não tenha sido revogada naquela oportunidade, a contestação feita por JOHN MILTON ainda é considerada um importante e clássico argumento contra a censura – inclusive possuindo validade até hoje –, porquanto somente a livre manifestação de pensamento pode conduzir ao conhecimento e à descoberta da verdade<sup>18</sup>.

Ora, se a liberdade de expressão é um dos pilares de concretização do Estado Liberal, as *Revoluções Francesa e Americana* podem ser consideradas como responsáveis pela proclamação da liberdade de expressão como direito fundamental – aqui considerado na forma como hoje é

---

<sup>15</sup>- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1984. p. 122 e 315.

<sup>16</sup>- WERHAN, Keith. *Freedom of Speech: a reference guide to the United States Constitution*. Praeger, 2004. p. 29.

<sup>17</sup>- MILTON, John. *The Areopagítica. A speech for the liberty of unlicensed printing to the parliament of England*. 1644.

<sup>18</sup>- FORTUNA, Felipe. *John Milton e a liberdade de imprensa*. In: MILTON, John - *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 14.

compreendido –<sup>19</sup>; isto muito embora autores como ZUNIGA URBINA chamem atenção para o fato de que a Reforma Protestante é que pode ter tida a verdadeira precursora da liberdade de expressão, uma vez que o *monopólio* da ideologia religiosa foi rompido, possibilitando maiores liberdades à imprensa e, portanto, da circulação de ideias, críticas e pensamentos<sup>20</sup>.

Vê-se, com efeito, que no século XVIII, “*a ideia de limitação do poder do Estado com vista à proteção da pessoa humana começou a difundir-se sob influência dos ideais iluministas e pela mão de autores como Rousseau e Montesquieu*”. A partir daí, “*importantes instrumentos adotados a nível interno começaram a reconhecer ‘direitos’ individuais: tal é o caso da Carta dos Direitos da Virgínia (1776), da Declaração de Independência Americana (1776) e da Carta de Direitos dos EUA (1789), assim como da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada em 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte francesa*”<sup>21</sup>.

A Declaração de Independência Americana, esta sim, pode ser considerada uma clara manifestação compatível com o atual conceito de direitos humanos<sup>22</sup>, pois, ao contrário de antigas petições de direitos inglesas, não visava somente à revitalização de antigas tradições jurídicas nacionais. Eis que surge nela, portanto, *uma nova ideia de direitos humanos que, sem dúvida, está muito influenciada pelos ideais da filosofia europeia do Iluminismo do século XVIII*<sup>23</sup>, como se nota no seguinte enxerto: “*Consideramos as seguintes verdades evidentes por si mesmas, a saber, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade*”.

---

<sup>19</sup>- Neste sentido, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, em *Direitos Fundamentais* (p. 17), destaca que “o processo de positivação, institucionalização e garantia efectiva dos direitos do homem acompanhou, sem dúvida, o desenvolvimento do constitucionalismo, tendo, num primeiro momento, surgido dois paradigmas relativamente diferenciados: o francês e o americano”.

<sup>20</sup>- URBINA, Francisco Zuniga. *Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena*. Revista de Derecho, LXIII, n. 197, 1995. p. 169

<sup>21</sup>- Raquel Tavares (em *Direitos Humanos*, p. 17).

<sup>22</sup>- Conforme Luís Pereira Coutinho (em *Os discursos dos direitos humanos e sua proteção internacional*, p. 284), “No discurso lockeano – aquele que presidiu à redacção da Declaração de Independência dos Estados Unidos e, dois séculos mais tarde, animou o impulso rooseveltiano de construção de um sistema universal de protecção dos direitos humanos – tais direitos são tidos como decorrentes da *lei da natureza*, de um originário vínculo em cujo âmbito os homens empenham-se na sua ‘auto-preservação’ e na ‘preservação da humanidade’, reconhecendo-se igualmente entre si”.

<sup>23</sup>- Conforme Günther Maluschke (em *Desenvolvimento histórico dos direitos humanos*, p. 87).

No mesmo sentido, ainda anteriormente a Declaração de Independência, de 4 de julho, o Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, publicou uma Declaração de Direitos, cuja primeira cláusula proclamava: “*todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança*”.

Imbuídas desse espírito, as *Bills of Rights* americanas serviram de modelo para a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26 de agosto de 1789, e incluída como preâmbulo na Constituição francesa de 1791; também lastreada na ideia de que a liberdade seria uma *qualidade pré-política*, isto é, uma liberdade inerente à natureza humana e dela inalienável.

Numa comparação entre as declarações americanas e a francesa, conforme observa ANDRÉ RAMOS TAVARES<sup>24</sup>, a partir da leitura de JELLINEK<sup>25</sup>, a declaração francesa se revela mais concisa e breve de uma forma geral e, em relação aos direitos anunciados, *sublinha com mais intensidade a igualdade perante a lei*, enquanto que os americanos, por seu turno, *a consideravam óbvia e, por isso, a mencionaram esparsamente*. Além disso, *a declaração francesa não trouxe nenhuma ideia jurídica original em relação às americanas*.

Pode-se considerar, portanto, que com as declarações de direito norte americanas teve início a positivação dos direitos do homem<sup>26</sup>. A partir daí, os direitos humanos, tal como os concebemos hoje, *nasceram de fato* no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, de forma que, ao final desse conflito nefasto e devastador, a Organização das Nações Unidas (ONU), criada imediatamente após a guerra, incluiu entre os seus objetivos a promoção e a observância desses direitos, muito embora não o tenha feito de forma apropriadamente expressa em sua Carta.

---

<sup>24</sup>- Em *Curso de direito constitucional*, p. 457.

<sup>25</sup>- Em *A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, pp. 27-30.

<sup>26</sup>- Vide André Ramos Tavares (em *Curso de direito constitucional*, p. 512).

Porém, essa lacuna foi rapidamente preenchida por meio da promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, a qual, por intermédio dos seus trinta artigos, se proclama “como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”<sup>27</sup> e, ademais, consagra em seu art. 19º que é garantia de todo o ser *humano a liberdade de transmitir opiniões e receber informações*.

Ainda no mesmo espírito, logo após a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente em 1949, a Alemanha, assim como o fez também a Itália, reinseriria a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e consagrou junto a essa *jusproteção* diversos direitos, liberdades e garantias que correspondem aos ideais da DUDH, dando origem as *Constituições de Bona*<sup>28</sup>.

A partir das Constituições, portanto, surgem os direitos fundamentais, ou seja, aqueles direitos do homem positivados nas cartas constitucionais<sup>29</sup>. Trata-se, portanto, da positivação em nível nacional, dos próprios direitos humanos, *das posições jurídico subjetivas das pessoas enquanto tais*,<sup>30</sup> e por assim ser, constituem uma categoria jurídico-constitucional.

A despeito de uma aparente similitude de conceitos entre *direitos humanos vs. direitos fundamentais*, numa afirmação genérica, os direitos fundamentais se referem necessariamente à dimensão constitucional dos direitos subjetivos determinados por uma constituição<sup>31</sup>. Diz-se genérica porque, como destaca JORGE MIRANDA há anos, os direitos fundamentais possuem uma *dupla noção*: primeiro, num conceito formal, direito fundamental é *toda a posição jurídica subjectiva da pessoa enquanto tutelada pela Lei Fundamenta* e, segundo, num conceito material, direito fundamental *não se trata, por definição, dos direitos declarados, estabelecidos, atribuídos*

<sup>27</sup>- Raquel Tavares (em *Direitos Humanos*, p. 15).

<sup>28</sup>- Conforme Jorge Miranda (em *Constituição da República Portuguesa*, p. 13), “são as Constituições italiana e alemã, ambas do pós-guerra e do pós-fascismo, que mais se aproximam da nossa enumeração dos direitos, liberdades e garantias.”

<sup>29</sup>- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 293.

<sup>30</sup>- MIRANDA, Jorge. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año. Num. 18. Septiembre-Diciembre 1986. p. 107.

<sup>31</sup>- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12ª Ed. rev. atualizada. Livraria do Advogado, 2015. p. 33.

*pelo legislador constituinte pura e simplesmente; trata-se dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentido jurídico colectivo*<sup>32</sup>.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se afirmar, portanto, que os “*direitos humanos são hoje os direitos fundamentais, que dizer, os que constituem a condição de pessoa humana e que, por isso, correspondem universalmente a todos os seres humanos*”<sup>33</sup>, ou, nas palavras de JORGE MIRANDA<sup>34</sup> e conforme toda a doutrina, *os direitos que devem ser comuns a todos os homens só por serem homens*.

Isso significa que os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles *jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional, mais exatamente numa Constituição*, nela inseridos através de um processo de *positivação* que compreende a *incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo*, sendo lhes atribuída à dimensão de direitos fundamentais de maneira a firma-los no *lugar cimeiro das fontes de direito*<sup>35</sup>.

Com efeito, o processo de constitucionalização dos direitos humanos foi, em suma, uma forma de lhes dar efetiva garantia e proteção, visto que, conforme KELSEN<sup>36</sup>, a Constituição é a “*ideia de um princípio supremo que determina a ordem estatal na sua totalidade e a essência da comunidade constituída por esta ordem. Com efeito, ao ser inseridos no bojo da Constituição, os direitos humanos deixam de ser apenas um ideal, um programa, um direito natural, e passam a ser um direito fundamental, dotado, como tal, de ampla garantia e efetivos mecanismos internos de tutela e acesso por parte dos jurisdicionados*”.

Nesse sentido, é ainda atual e pertinente o entendimento de PONTES DE MIRANDA<sup>37</sup>, em obra escrita no longínquo ano de 1963, e segundo o qual:

<sup>32</sup>- MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 109.

<sup>33</sup> Andrés Ibañez (em *Garantia judicial dos direitos humanos*, p. 13).

<sup>34</sup> *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p. 14. No mesmo sentido: Luís Fernando Barzotto (em *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 47).

<sup>35</sup> Conforme Canotilho (em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377).

<sup>36</sup> *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, pp. 9, 12/13.

<sup>37</sup>- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. Ver. tomos IV e V, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. p. 428

“[...] se consultarmos a história, sabemos quanto é recente a liberdade de pensamento. Bastaria isso para mostrar quanto ainda somos primitivos. Mesmo porque, essa liberdade ainda não se adquiriu em toda a sua amplitude, nem a vemos assegurada e garantida na maioria dos povos. Muito há de caminho por se percorrer, e muita luta por travar-se, para se conservar o que se conseguiu e se obter o que se deve ser obtido.”

Portanto, em arremate e conforme a precisa lição de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>38</sup>, dos direitos humanos aos direitos fundamentais, “*os direitos deixam de ser meras proclamações morais ou políticas*” para apresentarem-se, ao serem positivados nas Constituições e, assim, “*se converterem em realidades jurídicas*”, “*como garantias jurídicas contra o legislador (são trunfos contra ele)*” e, por conseguinte, “*passam, automaticamente, a dispor de um conjunto de instrumentos sancionatórios*”.

Nesse sentido, “*o constitucionalismo surgido a partir da segunda guerra mundial incorpora um importantíssimo elemento positivo de ruptura com a anterior forma de tratamento da questão dos direitos como objeto de regulação constitucional*”<sup>39</sup>, pois, doravante, as Constituições não só positivaram, mas também e principalmente *garantiram*, os direitos civis e políticos tradicionais, como também incorporaram os direitos sociais, justamente como forma de resposta a anterior primazia da lei e onipotência do legislador, ou seja, como reação a experiência emergida dos regimes fascistas. Os direitos fundamentais passaram, portanto, a ser um verdadeiro “*fundamento funcional da democracia*”, conforme HABERLE, “*integrando a dimensão substancial da democracia*” conforme FERRAJOLI<sup>40</sup>.

Porém, é importante destacar que, conforme adverte JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO<sup>41</sup>, a efetividade dos direitos fundamentais “*depende em larga medida da existência, do prestígio*

<sup>38</sup>- *Direitos Fundamentais*, pp. 23 e 24.

<sup>39</sup>- Andrés Ibanéz (em *Garantía judicial dos direitos humanos*, p. 14).

<sup>40</sup>- Ambos citados por Andrés Ibanéz (em *Garantía judicial dos direitos humanos*, p. 14).

<sup>41</sup>- Conforme JOSÉ MELO ALEXANDRINO: *O papel dos Tribunais na defesa dos Direitos Fundamentais dos Cidadãos* (pp. 4 e 5) e *Os Tribunais e a defesa dos Direitos Fundamentais: Reflexões em torno da experiência cabo-verdiana* (pp. 4 e 5).

*social efectivo e do bom funcionamento de um sistema jurisdicional capaz de fazer garantir aquele valor*". Por conseguinte, na esteira da lição de JORGE REIS NOVAIS<sup>42</sup>, "*a justiça constitucional afirmou-se entre nós como pilar imprescindível de sustentação, defesa e promoção do Estado de Direito*", de maneira que, de acordo com MARIA LÚCIA DO AMARAL<sup>43</sup>, "*as democracias contemporâneas precisam de confiar ao poder judicial a competência para o controlo de validade das suas leis, provenientes dos seus Parlamentos democraticamente legitimados*". Essa importância é ainda mais destacada no pensamento de KELSEN<sup>44</sup>, para quem as instituições de controle de constitucionalidade seriam uma *condição existencial* às Repúblicas Democráticas: "*Quanto mais estas se democratizam, mais o controlo deverá ser aperfeiçoado*".

No caso brasileiro, no que se trata de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 ancora-se na teoria dos *status* de GEORG JELLINEK<sup>45</sup>, também formulada por ROBERT ALEXY<sup>46</sup>, classificando os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro em *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, expostos no artigo 5º, e cujas premissas são os direitos de liberdade, que numa classificação de *status* podem ser chamados *status libertatis*; *Direitos Sociais*, expostos nos artigos 6º, 11, 194 e 232, cujo escopo são os direitos a prestações, *status positivus*; e os *Direitos Políticos*, expostos nos artigos 14 a 17, que se referem a direitos de participação, assim também nomeados *status activus*.

Ainda no Brasil, a liberdade de expressão vem sendo positivada expressamente desde a Constituição do Império, de 1824, cujo artigo 179, inciso IV, estabelecia que "*todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escriptos e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar*".

Atualmente, a liberdade de expressão está inserida como direito fundamental no Título II da Constituição da República Federativa de 1988, denominado *Dos Direitos e Garantias*

<sup>42</sup>- *Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional*, p. 91.

<sup>43</sup>- *Problemas da judicial review em Portugal*, pp. 67/69.

<sup>44</sup>- *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, p. 30.

<sup>45</sup>- JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1987. p. 98.

<sup>46</sup>- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 266.

*Fundamentais*, cujo artigo 5º, inc. IX, estabelece de forma direta e inequívoca que “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença*”.

Há ainda, o Capítulo V, compostos pelos artigos 220 a 224, destinado às matérias atinentes à *Comunicação Social*, sendo que o artigo 220 estabelece que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*”. E os §§ 1º e 2º estabelecem que “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*” e que “*é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”.

O caso português muito se parece com a Constituição brasileira em aspectos materiais; o Título II se divide em três capítulos, sendo que o Capítulo I traz em seu bojo os chamados *direitos, liberdades e garantias pessoais* (arts. 24º a 47º), o Capítulo II trata dos chamados *direitos, liberdades e garantias de participação política* (arts. 48º a 52º) e o Capítulo III trata dos chamados *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores* (arts. 53º a 57º).

Já o Título III, compreende também três capítulos, sendo o primeiro a tratar dos *direitos econômicos* (arts. 58º a 62º), *direitos sociais* (arts. 63º a 72º) e *direitos culturais* (arts. 73º a 79º).

JORGE MIRANDA admite que a Constituição vigente, apesar de possuir uma carga de compromisso e caráter original em certas medidas, *situa-se na linha do constitucionalismo democrático de tipo ocidental*, opta pela garantia dos direitos fundamentais antes de qualquer regulamentação sobre questões econômicas e coloca logo em sua *Parte I* 68 artigos extensos, algo que pouco se vê nas constituições de outros países, reduzindo o grau de discricionariedade do legislador ordinário e estabelecendo garantias de efetivação de tais direitos<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup>- MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 112.

Cumpra ressaltar, contudo, que a Constituição portuguesa não esgota em sua Parte I os direitos fundamentais e tampouco a fixação de seu regime, vez que nas Partes II e III e ainda nas Disposições Finais Transitórias há previsão de outros direitos que se enquadram perfeitamente no espectro dos direitos fundamentais<sup>48</sup>. O mesmo exemplo segue a Constituição brasileira com artigos dispersos em seu texto que igualmente se caracterizam como direitos fundamentais (p. ex. o art. 228: “*são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*”).

Assim, a liberdade de expressão encontra guarida expressa em textos da Constituição da República Portuguesa de 1976, sendo que o artigo 37º destina-se exclusivamente à liberdade de expressão, afirmando em seus números 1 e 2, respectivamente, que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*” e que “*o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura*”.

Já o artigo 38º é destinado a assegurar os direitos da *liberdade de imprensa e meios de comunicação social*, afirmando em seus números 1 e 2, respectivamente, que “*é garantida a liberdade de imprensa*” e que “*a liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias.*”

É interessante notar que a Constituição Portuguesa conceitua e esclarece o que se entende por *comunicação social*, conferindo assim uma maior segurança jurídica às discussões que possam eventualmente envolver a imprensa e a comunicação social em geral.

---

<sup>48</sup>- MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. p. 268.

No caso lusitano e brasileiro, nota-se, portanto, que as duas Constituições preveem expressamente que os direitos fundamentais consagrados em seu texto não excluem outros direitos constantes de leis e regras aplicáveis no âmbito dos tratados e direito internacional; tanto o direito brasileiro quanto o português admitem a recepção de dos direitos humanos assim declarados a nível internacional e supranacional, sendo que no caso português, o artigo 16º, n. 2, determina que preceitos constitucionais impostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem são formalmente recepcionados como conjunto de princípios gerais de direito internacional e, assim, elevados à categoria de direito constitucional<sup>49</sup>.

No Brasil, a Constituição da República estabelece em seu artigo 5º, § 2º que os direitos expressos em seu texto também não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário<sup>50</sup>.

### **1.1. A liberdade de expressão no Brasil: da ditadura à redemocratização**

No que tange ao aspecto histórico da liberdade de expressão no Brasil, é preciso demonstrar de que maneira os mecanismos de comunicação, em conjunto com a liberdade de expressão, evoluíram, de maneira que neste ponto há a inclusão de uma breve e não exaustiva passagem pelas políticas públicas implementadas pelo Estado e a abordagem se o quadro brasileiro mostra algum nível de aprofundamento na democracia e efetividade na liberdade de expressão.

A história do Brasil é conhecida e marcada por períodos de ditadura e interrupções no processo de democratização. O período militar é sem dúvidas o caso de ditadura mais marcante, e por isso mesmo, merece melhor atenção. Não obstante, é fato que o período anterior à ditadura militar, especialmente o do fim da ditadura implementada por Getúlio Vargas, em 1945, à queda

---

<sup>49</sup>- Assim a disposição do artigo 16º, n. 1 e n. 2: *1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*

<sup>50</sup>- Somente com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que o Poder Legislativo brasileiro melhor regulamentou a questão, incluindo o § 3º ao mencionado artigo 5º, segundo o qual “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”.

de João Goulart, em 1964, vive uma aparente democratização e caracteriza-se por um período em que as massas populares eram compelidas a aderir ao Estado e seus anexos, tudo isso em decorrência das diversas e inúmeras medidas paternalistas e de cunho populista; não era a toa que Getúlio Vargas era popularmente conhecido como o “*pai dos pobres*”.

Obviamente, o contexto socioeconômico daquele período favorecia que as massas urbanas, mais especialmente, tivessem suas próprias vindicações, ainda que os primeiros direitos trabalhistas tenham nascido justamente nesse momento. Acima das massas urbanas, estavam os donos das indústrias, que fora fortemente desenvolvidas na Era Vargas, e os agrários, cuja força embora diminuída, não deixara de existir. Entretanto, é certo que nenhum destes grupos obtivera hegemonia, pelo que concordaram com a natural e conseqüente implantação de um sistema político populista em que o Estado se apresentava como provedor das necessidades de todos os grupos.

Tal realidade, como afirma FRANCISCO WEFFORT<sup>51</sup>, foi alterada somente com o governo de João Goulart, mais intimamente relacionado com o dito *nacionalismo* e a ideia de que o povo nada mais é do que uma comunidade e se orienta para o Estado no sentido de solucionar seus problemas. Nesse sentido é que as massas urbanas passaram a considerar o governo de João Goulart como a ferramenta necessária para a solidificação do processo de democracia, especialmente considerando o contexto de industrialização e toda a mobilização em favor de necessárias reformas sociais. De outro lado, estava a burguesia sujeita às transformações do capitalismo e da influência norte-americana, com interesses diversos daqueles representados pelas massas urbanas. Somando-se a tais fatores, as Forças Armadas, sob apoio de grande parte da sociedade, derrubou o presidente João Goulart.

Ocorre que, a queda do presidente João Goulart acarretou na tomada do autoritarismo pelos militares, que instauraram uma outra ditadura e, assim, deram início a um extenso e intenso período de censura à liberdade de expressão, à comunicação em geral e à imprensa, inclusive com a cessação de direitos políticos de oposicionistas. Esse cenário acaba por encontrar base jurídica com a chegada de uma nova Constituição, em 1967, e a promulgação da Emenda Constitucional

---

<sup>51</sup>- WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 56.

n. 1, de 1969, bem como um aparato de leis infraconstitucionais, como a famigerada Lei de Imprensa, que não obstante o fato de regular o direito de resposta (artigos 29 a 36), também previu que institutos que criminalizavam atos praticados no uso da imprensa (artigos 12 a 28, Lei n. 5.250/1967).

Veja-se ainda que a Emenda n. 1 foi considerada por muitos como uma verdadeira constituição e detinha nítido caráter autoritário, sendo inclusive chamada de *Constituição Terror*; isto porque o famoso Ato Institucional n. 5 nela se mantém, possibilitando ao Presidente da República o exercício de poderes excepcionais, tais quais, o de até mesmo suspender a eficácia da Constituição.<sup>52</sup>

Evidentemente, a nova Constituição e a Lei de Imprensa tiveram o condão de aniquilar o processo de evolução da liberdade de expressão e de imprensa, influenciando de forma determinante a ausência de participação da sociedade na tomada de decisões políticas. De fato e de direito, não havia liberdade de expressão, porquanto não havia democracia propriamente dita e a censura prévia aos mecanismos de comunicação era uma realidade. Não suficiente tal mordaca, a propaganda eleitoral dos partidos era igualmente proibida, o que conseqüentemente afastou o eleitor de seus representantes, de maneira a tornar os governos militares cada vez mais autoritários.

Há quem sustente que a grande mídia foi apoiadora do golpe militar, porquanto se colocou a serviço do grupo que defendia os interesses do grande capital nacional e multinacional<sup>53</sup>; é o que HABERMAS chama de *supressão do jornalismo de crítica para o jornalismo de manipulação*<sup>54</sup>.

ANDRÉ AUGUSTO BEZERRA<sup>55</sup> afirma expressamente que na década de 1960 estava consolidada no Brasil uma *mídia burguesa*, sendo que nas grandes cidades já predominavam

<sup>52</sup>- QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições*. São Paulo: Ática, 1986. p. 67.

<sup>53</sup>- BEZERRA, André Augusto Salvador. *Liberdade de expressão na Venezuela e no Brasil a partir do caso da RCTV*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Políticas. 2001. p. 128.

<sup>54</sup>- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 210.

<sup>55</sup>- Op. cit. p. 130.

jornais tradicionais como *O Estado de São Paulo* e a *Folha de S. Paulo*, ambos baseados na cidade de São Paulo/SP, bem como outros jornais tradicionais como *O Globo*, *Tribuna da Imprensa* e *Correio Brasiliense*, jornais que até o presente momento possuem grande circulação nacional e são certamente fontes de informação e influenciadores de opinião.

O *Correio Brasiliense* pertencia ao enorme conglomerado de comunicações da família Chateaubriand, também dona de emissoras de rádio e de televisão, que se expandiu intensamente, alcançando todas as capitais do país a partir da cidade de São Paulo<sup>56</sup>. A história conta que o modelo de comunicação televisivo era o predominante na tomada do regime militar, sendo que diante de uma democracia fragilizada e de meios de comunicação pertencentes a um reduzido número de proprietários e a serviço dos interesses de parte mais hegemônica da sociedade, as circunstâncias tornaram mais fácil a tomada de poder pelos militares<sup>57</sup>.

Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>58</sup>, a contrapartida ao apoio da grande mídia ao chamado golpe militar teria sido o incentivo ao modelo privado de telecomunicações. Nesse contexto, as empresas deveriam veicular propagandas com ideias e fundamentos de toda a ideologia que teria dado ensejo a tomada pelos militares, propiciando o que COMPARATO chama de *obediência voluntária dos governados ao sistema*.

Esse contexto de *apoio da mídia*, segundo historiadores e juristas, apenas se tornou menos relevante com o endurecimento do regime militar a partir da promulgação do Ato Institucional n. 5, em 1968. Neste momento, o modelo privado de telecomunicações se dividiu, com parte da mídia passando a tecer fortes críticas ao governo. Como exemplo de apoio ao governo militar, mesmo após edição do AI-5, ANDRÉ BEZERRA cita as *Organizações Globo* e a *Folha da Tarde*, adquirido pelo grupo da *Folha de S. Paulo* e cuja parte dos jornalistas pertencia ao quadro de funcionários públicos da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo<sup>59</sup>.

<sup>56</sup>- SODRÉ, Wernek. *História da imprensa no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999. p. 17.

<sup>57</sup>- PRIOLLI, Gabriel. *Antes da brasilidade. In: A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 15.

<sup>58</sup>- Para que o povo tenha a palavra. Observatório da Imprensa, São Paulo, n. 587, 27 abr. 2010. 1p. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=587CID002>. Consultado em 17 de janeiro de 2017.

<sup>59</sup>- Op. cit. p. 132.

Autores como DEONÍSIO SILVA<sup>60</sup> e VÍCTOR GENTILI<sup>61</sup> sustentam que grande parte do crescimento do *Jornal Folha de S. Paulo*, um dos maiores e mais relevantes jornais do Brasil nas últimas décadas, se deu em virtude de seu apoio ao governo dos militares. Em relação à *Globo*, VENÍCIO DE LIMA nomeia-a como *agente legitimador do regime*<sup>62</sup>, haja vista que transmitia à sociedade por meio de notícias e informações diretas e indiretas e um “*clima de euforia, possível pela construção de uma representação distorcida da vida no país*”. ANDRÉ BEZERRA<sup>63</sup> vai mais além e afirma expressamente que a *Globo* chegou a *manipular* noticiários, com o intuito de impedir até mesmo a vitória de um candidato opositor, ao governo do Estado do Rio de Janeiro e, ademais, deu pouca divulgação às chamadas para a campanha das *Diretas Já*.

Para VENÍCIO LIMA, na obra já citada, o crescimento da *Globo*, uma das maiores redes de televisão do mundo, com amplo alcance nos países lusófonos, também se deu em grande parte pelo seu apoio ao regime militar, em decorrência do qual teria obtido diversas concessões. O autor citado menciona ainda que se formou em pequeno tempo um verdadeiro *monopólio* em favor da *Globo*, sendo esta até hoje o principal, o maior, o mais capilar, veículo de comunicação do país.

Ao se observar esse período histórico e a questão da liberdade de expressão do ponto de vista estritamente jurídico, é possível perceber que mesmo este período conturbado contou com certa regulação por parte do governo à respeito das concessões; veja-se, por exemplo, a promulgação do Decreto n. 236/1967, cujo intuito seria o de impor regras à expansão do modelo privado de comunicação, tal como, a título ilustrativo, a impossibilidade de que veículos privados detivessem licenças nacionais superiores a 10% e a impossibilidade de obtenção de mais de duas licenças em cada Estado da Federação.

---

<sup>60</sup>- SILVA, Deonísio. *A reportagem volta às bancas*. Observatório da imprensa, São Paulo, n. 448, 28 ago. 2007. 1p. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-reportagem-devolta-as-bancas> Consultado em 17 de janeiro 2017. p. 3.

<sup>61</sup>- GENTILI, Victor. *O jornalismo brasileiro do AI-5 à distensão: “milagre econômico”, repressão e censura*. Artigo apresentado para o Grupo de Estudos em jornalismo e mídia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 1, n. 2, 2004. p. 94. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/jornalismo/article/view/2075>. Consultado em 17 de janeiro de 2017.

<sup>62</sup>- LIMA, Venício A. de. *Mídia: crise política e poder no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

<sup>63</sup>- Op. cit. p. 133.

Porém, basta uma breve análise dos fatos ocorridos ao longo do regime limitar para se constatar que tais limitações não foram suficientes para impedir o surgimento de verdadeiros, tal como o da *Rege Globo*, enquanto principal emissora do país. Havia de fato, e ao que parece, um controle *disfarçado e consentido* entre Estado e emissoras, especialmente por meio de relações interpessoais.

Além disso, a autocracia do governo militar em nível federal também propiciava o exercício de influências diretas nos Estados e Municípios. Veja-se, por exemplo, conforme também explicitado por VENÍCIO LIMA<sup>64</sup>, que enquanto o governo Federal concedia licenças e concessões às lideranças de Estados e Municípios, estes podiam controlar a opinião pública com a divulgação e veiculação de informações que lhes fossem mais convenientes, bem como influenciar campanhas eleitorais locais e nacionais. ANDRÉ BEZERRA<sup>65</sup> nomeou este processo de *esquema coronelista*, porquanto conseguia fazer divulgar e perdurar às grandes massas as ideias defendidas e difundidas pelo governo, comprometendo fortemente qualquer resquício de democratização que ainda pudesse existir naquele período, pois, como diz o ditado popular, “*informação é poder*”.

Ocorre que, e como já dito, o endurecimento do regime militar através da criação do AI-5 propiciou um clima de reviravolta entre os meios de comunicação. Alguns passaram a fazer oposição direta ao governo, como é o caso do *Jornal do Brasil*, pioneiro nesta medida. O grande inconformismo da mídia era, finalmente, a censura escancarada e positivada à liberdade de expressão, pelo que muitos já não mais a toleravam. Inclusive, nesse aspecto crítico, a revista *Veja*, criada no ano de 1968, foi a primeira a veicular matéria sobre a tortura no governo militar, segundo narra GENTILI<sup>66</sup>.

Evidentemente, o acontecimento de alguns outros fatos, como a desmistificação do chamado *milagre econômico* e a crise econômico-financeira então existente no Brasil e na América do Sul, impulsionaram uma nova atitude por parte da grande mídia. Era um momento em que o povo também começava a ansiar por um ambiente com maiores liberdades; e a mídia e

---

<sup>64</sup>- Op. cit. p. 115.

<sup>65</sup>- Op. cit. p. 137.

<sup>66</sup>- Op. cit. p. 92.

imprensa, apercebendo-se disso, compreenderam que tal contexto sociopolítico seria importante para o seu mercado<sup>67</sup>.

Depois de décadas, o Brasil passou a conhecer um jornalismo crítico e mais verdadeiro, sendo que a própria *Rede Globo* aderiu à cobertura jornalística das *Diretas Já*.<sup>68</sup> Independente dos interesses envolvidos na mudança de postura, posto que não olvidamos que a intensa censura tenha prejudicado interesses empresariais, acreditamos que a participação dos meios de comunicação no processo de redemocratização ocorrido na década de 1980 demonstra a extrema importância de se garantir a liberdade de expressão como fomentadora do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Não obstante a enorme importância dos meios de comunicação neste processo de redemocratização, os anos subsequentes mostram que o potencial da mídia parece ter sido novamente corrompido em virtude de acordos políticos. Afinal, desde sempre o Estado e a política conseguiram exercer papel de enorme influência nos meios de comunicação, cientes e sabedores de sua influência como formadores de opinião.

VENÍCIO LIMA<sup>69</sup> destaca novamente o papel da *Rede Globo* em 1984, por meio do encontro entre seu líder, Roberto Marinho, e o então presidenciável Tancredo Neves; oportunidade em que teria sido ajustado o apoio à eleição de Tancredo, ao passo que a emissora se manteria na liderança da oposição ao governo limitar, intencionado sua queda. Ulteriormente, com a vitória de Tancredo e sua sucessão por José Sarney após sua morte, o acordo parece ter sido mantido, especialmente porque diversos secretários e ministros indicados pelo governo possuíam estreita relação pessoal ou profissional com a *Rede Globo* e seus representantes.

Para ANDRÉ BEZERRA<sup>70</sup>, a atuação da chamada *mídia oligopolista* em favor dos interesses das elites econômicas permaneceu assídua, o que para o autor justifica seu posicionamento ao lado de tendências que ele entende como neoliberais a partir da década de 1980. Esse

---

<sup>67</sup>- COSTA, Sergio. *As cores de Ercília: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: Editorial UFMG, 2002. p. 69.

<sup>68</sup>- LIMA, Venício A. op. cit. p. 85.

<sup>69</sup>- Op. cit. p. 87.

<sup>70</sup>- Op. cit. p. 140.

posicionamento é o mesmo de diversos críticos da imprensa e dos meios de comunicação, bem como de juristas brasileiros, como, por todos, FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>71</sup>.

Nesse sentido, a doutrina destaca que os meios de comunicação teriam exercido importante papel de debate político no âmbito das discussões da Assembleia Constituinte. A posição da mídia, neste sentido, era em favor de um Estado com pouca intervenção, com a vasta transmissão de noticiários e publicação de periódicos.

Vale dizer, a promulgação da nova Constituição, de 1988, parece ter atendido ao clamor de parcela da sociedade, cujos anseios eram por direitos sociais, bem como os anseios do mercado, tudo isso diante de seu conteúdo eclético, pois a Carta Brasileira trata praticamente de todo tipo de matéria que, a rigor, não seria própria de uma Constituição, como, por exemplo, o direito regulatório de exploração de petróleo e questões de contribuição da previdência social.

E de fato, os meios de comunicação parecem ter desempenhado papel muito relevante nesse sentido. Basta verificar na Constituição, por exemplo, que estão expostos como garantias o direito à propriedade (art. 170, inc. II), ao passo que tal propriedade deve exercer uma função social (art. 170, inc. III), assim como há previsão de garantia à livre iniciativa (art. 170, inc. IV), ao mesmo tempo em que se protegem os direitos do consumidor (art. 170, inc. V). Além disso, ao mesmo tempo em que a Carta visa conceder maior autonomia a órgãos como o Ministério Público (art. 130), também acaba por permitir uma alta concentração de responsabilidades e poderes nas mãos do Poder Executivo.

Veja-se, nesse contexto, que inúmeras críticas foram expostas em relação ao novo texto constitucional, muitas das quais é possível concordar. Um dos mais tradicionais juristas brasileiros, MIGUEL REALE destacou que “*a rigor, os elaboradores de uma constituição devem se limitar à declaração de diretrizes políticas gerais, sem se perderem em minúcias, como fez em 1988, pois todo o detalhismo regulativo redundava em totalitarismo normativo, com inevitável bloqueio das futuras opções conaturais ao processo democrático*”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup>- Op. cit. p. 125.

<sup>72</sup>- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44.

De outro lado, e para o que aqui interessa, é fato notório que a Constituição de 1988 ampliou as garantias à liberdade de expressão, tendo consagrando-a como direito inerente ao Estado Democrático de Direito, assim como a grande leva de Constituições modernas do Ocidente. Veja-se, nesse sentido, que a liberdade de expressão foi assim sancionada: (I) a liberdade à palavra é garantida, independente de qualquer tipo de licença ou censura, sendo vedado o anonimato – artigo 5º, inc. IV, (*restrição constitucional à liberdade de expressão*); (II) o direito de resposta é garantido, bem como a possibilidade de indenização em caso do cometimento de abusos – artigo 5º, inc. V.

Há ainda um capítulo específico que trata sobre a comunicação social, destinado a (I) proibir a censura e determinar a criação de legislação específica a fim de facilitar a liberdade de expressão em seus mais diversos mecanismos (artigo 220, *caput*, § 1º a 6º). Neste mesmo capítulo, proibiu-se censura às ideologias políticas e artísticas, com respeito aos valores da *pessoa, da saúde e meio ambiente* (artigo 220, § 2º, 3º e 6º).

Mas não é só. A constituição também trata do chamado *pluralismo* na transmissão de informações (artigo 220, § 5º), cujo intuito é justamente o de coibir a criação de monopólios como os existentes nas décadas anteriores e institui princípios que devem nortear a produção e programação das emissoras, inclusive limitando apenas aos brasileiros a possibilidade de propriedade das mídias de rádio e televisão (artigos 221 e 222).

Também cumpre ao Poder Executivo, depois de ouvido o Congresso Nacional, conceder ou renovar concessões e permissões em geral às emissoras de televisão e de rádio, conforme o artigo 223, e cumpre igualmente ao Congresso Nacional a instituição do Conselho de Comunicação Social, de acordo com o artigo 224.

Os breves apontamentos aqui relatados demonstram o importante papel desempenhado pelos meios de comunicação no que diz respeito à formação cultural, à disseminação de informações e, especialmente, na construção do pensamento e da realidade.

Contudo, a história brasileira mostra que, infelizmente, e em que pesem os esforços da Constituição de 1988, a concentração da indústria midiática ainda é muito desigual, o que também prova que a simples posituação da liberdade de expressão como direito essencial à democracia por si só não é garantidora da capacidade de se comunicar e, sobretudo, de receber informações livremente.

Este não sé um quadro facilmente reversível, até mesmo porque já está enraizado nos costumes brasileiros em relação à mídia escrita e televisionada. Porém, uma mudança é possível com a criação de mecanismos que garantam o acesso a todo e qualquer meio de comunicação, bem como a criação de condições técnicas e menos burocráticas, inclusive para concessões de televisões, para a veiculação de informações.

Vale ressaltar, por fim, que a Lei da Imprensa, promulgada em 1967, à época do regime militar, foi declarada como não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 após o julgamento da ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 pelo Supremo Tribunal Federal. O então Relator do caso, Ministro Ayres Brito, afirmou em sua decisão liminar que suspendeu a aplicação da Lei n. 5.250-1967 que:

“[...] não parece mesmo serviente do padrão de democracia e de imprensa que ressaui das pranchetas da nossa Assembléia Constituinte de 1987/1988. Bem ao contrário, cuida-se de modelo prescritivo que o próprio Supremo Tribunal Federal tem visto como tracejado por uma ordem constitucional (a de 1967/1969) que praticamente nada tem a ver com a atual.”<sup>73</sup>

Pelo simples excerto extraído do voto do Ministro relator, fica claro o posicionamento do Poder Judiciário, aqui encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, em favor da liberdade de expressão e de imprensa como um princípio norteador do Estado Democrático de Direito e como um mecanismo de efetivação da própria democracia.

---

<sup>73</sup>- <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Consultado em 12 de janeiro de 2017.

## 1.2. A liberdade de expressão em Portugal: da ditadura salazarista à redemocratização

Na relação entre a liberdade de expressão, os meios de comunicação e a política, Portugal apresenta uma significativa diferença em relação ao Brasil; se neste, o regime militar optou por fazer crescer o acesso da televisão brasileira, cujas transmissões se iniciaram no ano de 1950 através de parcerias com empresas privadas, notadamente a *Rede Globo*, de outro lado, em Portugal, Salazar implantou um verdadeiro monopólio estatal da televisão, sendo que suas transmissões se iniciaram no ano de 1957<sup>74</sup>.

Nesse sentido, parece evidente que a ditadura salazarista adotou uma postura divergente da ditadura brasileira, porquanto se opôs às formas de modernização dos mecanismos de comunicação, o que deve ter sido feito com o provável intuito de manter Portugal como um país tradicionalmente camponês, isto é, agrário, rural.

Não obstante, é fato notório que a televisão se impôs como o mecanismo de comunicação social mais relevante do país desde o período da ditadura, o que perdura até o presente momento. Neste cenário, a liberdade de expressão foi mitigada durante o período de ditadura, abrindo-se espaço apenas e tão somente à mídia monopolizada da televisão estatal, que serviu aos interesses da ditadura, inclusive porque o próprio Salazar utilizou-a em sua estratégia de propaganda política<sup>75</sup>.

Veja, por exemplo, que durante a campanha das eleições presidenciais do ano de 1958, Salazar utilizou-se da televisão para transmissão ao vivo de seu discurso e propaganda eleitoral, por meio da sede da União Nacional; tudo isto em detrimento aos demais candidatos, inclusive o General Humberto Delgado, crítico ferrenho do regime<sup>76</sup>.

Por outro lado, assim como se deu no Brasil com a virada de posição da mídia escrita e televisiva e seu apoio ao movimento das *Diretas Já*, a televisão parece ter desempenhado

---

<sup>74</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. *Meios de comunicação e política: evolução histórica e comparações entre Brasil e Portugal*. In *Diálogos Lusófonos em Comunicação e Política*, Orgs. Hélder Prior, Liziane Guazina e Bruno Araújo. LABCOM.IFP, Covilhã, 2016. p. 44.

<sup>75</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 57.

<sup>76</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 58.

relevante papel na revolução democrática portuguesa. Isso porque, a televisão, também em conjunto com a rádio, tornou-se o principal meio de transmissão de informações aos cidadãos portugueses, sobretudo nos breves dias que antecederam a Revolução dos Cravos em 1974, quando o país vivia um intenso quadro de instabilidade política e social<sup>77</sup>.

A revolução democrática se iniciou, sim, dentro dos quadros dos meios de comunicação. Aliás, diz-se que ela começou precisamente no dia 24 de abril, quando tocou na Rádio Peninsular a canção *E depois do adeus*, a dita senha para as Forças Armadas, já que os militares trocavam sinais entre si por meio de canções tocadas nas rádios. Na madrugada do dia 25 de abril, foi tocada a música *Grândola Vila Morena*, cujo sinal era a operação para o fim do regime ditatorial. Veja-se que nas horas seguintes, os militares adentraram aos prédios de diversos meios de comunicação em Lisboa e no Porto, como na própria *RTP – Radiotelevisão Portuguesa*<sup>78</sup>.

A partir deste momento, a história mostra que militares e jornalistas trabalharam em conjunto e a população tomou conhecimento da revolução e da operação militar por meio de uma edição especial do *Telejornal*. Também a partir deste período, surgiu um maior e mais amplo espaço de debates políticos no país, com o ressurgimento das diversas opiniões e ideologias políticas. Também por tais motivos, a sociedade portuguesa passou a exigir a transmissão de informações de propostas efetivas para melhorias do país, o que acontecia através de debates e entrevistas, por exemplo<sup>79</sup>.

Se na ditadura o país sofreu com a censura às liberdades de expressão, o que se viu a seguir foi um período de competição entre variadas posições políticas e ideológicas.

Não bastasse, o fim da censura também deu ensejo a uma gama invariável de publicações, o que teve o condão de transformar o jornalismo e a sociedade, propiciando novas e diferentes informações e opiniões e permitindo que cada qual tomasse seus próprios conceitos e opiniões numa altura de grande instabilidade política<sup>80</sup>. Mas não é de se iludir, no sentido de que a mídia

<sup>77</sup>- CARRILHO, Manuel Maria. *Sob o signo da verdade*, Lisboa: Dom Quixote, 2006.

<sup>78</sup>- SERRANO, Estrela. *Jornalismo Político em Portugal. A cobertura de eleições presidenciais na imprensa e na televisão (1976-2001)*, Lisboa: Colibri, 2006.

<sup>79</sup>- SALGADO, Susana. *Comunicação do Poder ou o Poder da Comunicação*. *Media & Jornalismo*, nº 7, 2006. p. 79.

<sup>80</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 59.

quisesse apenas e tão somente propiciar a liberdade de expressão e informação à população, pois, é fato, que havia, sim, muitos outros interesses envolvidos naquele momento, inclusive interesses políticos e objetivos de propagar ideologias políticas, o que de fato ocorreu, como bem afirma MÁRIO MESQUITA<sup>81</sup>.

Tanto isso é verdade que mesmo após um período ditatorial de intensa censura, o governo de Mário Soares estatizou o sistema bancário, e por via de consequência, os mecanismos de informação, com o intuito de regular ou controlar os meios de comunicação social neste *novo cenário de liberdade de expressão*<sup>82</sup>.

De outro lado, uma preocupação da sociedade era libertar a mídia e a imprensa do controle político e aparelhamento do governo, especialmente após tanto tempo de censura e monopólio. Neste cenário, a legislação posterior à ditadura, bem como normas técnicas relacionadas com o exercício do jornalismo, cuidaram de criar mecanismos que possibilitassem à imprensa ser livre e imparcial.

Tanto isso é verdade, que se sabe que a imprensa portuguesa não tem o costume de declarar abertamente apoio a candidatos políticos<sup>8384</sup>, fato recorrente em outros países como os Estados Unidos e, de modo menos *escancarado*, no Brasil, assim como se viu recentemente na derradeira corrida para as eleições presidenciais e, ainda que tal apoio possa se dar de outra forma, que não direta.

Com relação ao governo de Cavaco Silva, na década de 1985-1995, Portugal vive um período liberal, cujas leis visavam possibilitar a concessão de rádio e televisão à empresas privadas, o que ocorreu de forma mais efetiva a partir do ano de 1990, quando foram lançados dois canais de televisão privados. *RTP, RDP, Lusa* e o *Diário de Notícias* foram mantidos por Cavaco Silva como meios de comunicação estatais, sendo que o jornal *Diário de Notícias* foi

---

<sup>81</sup>- MESQUITA, Mário. *O universo dos media entre 1974 e 1986, em Portugal, 20 Anos de democracia*. Lisboa: Círculo de Leitores.

<sup>82</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 60.

<sup>83</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 61.

<sup>84</sup>- SERRANO, Estrela. Op. cit. p. 89.

privatizado no ano de 1991<sup>85</sup>. Na atualidade, o Estado permanece atuante na mídia, com a manutenção dos canais *RTP1* e *RTP2*, além da agência de notícias *Lusa* e canal de rádio *Antena 1, 2 e 3*. No âmbito privado, estão os canais televisivos *SIC* e *TVI*, além de estações diversas de rádio e imprensa escrita, tal qual o *Público*.

Têm-se notícias de que, já no período democrático e com o surgimento dos canais privados de televisão, agentes políticos teriam tentado utilizar de sua influência para criar mecanismos de ingerência na mídia televisiva. Com a privatização dos meios de comunicação e a abertura da televisão comercial, a mídia portuguesa estava definitivamente mudada, ao passo que o Estado continua desempenhado um papel relevante de modo a tornar efetiva a existência de uma imprensa livre<sup>86</sup>.

Neste ponto, qual seja, a respeito do papel da mídia na formação da política, há dois estudos sobre o tema que merecem relevância relevantes; o primeiro de SUSANA SALGADO, no livro *Os Candidatos presidenciais: construção de imagens e discursos nos media*, e, o segundo, de ESTRELA SERRANO, com o livro *Jornalismo Político em Portugal: a cobertura de eleições presidenciais na imprensa e na televisão*. Nessas duas obras, aqui em particular no que se diz respeito à influência da mídia na política, foi possível constatar, dentre outras questões, que (I) ainda que a mídia portuguesa não declare apoio direito a candidatos em períodos de eleição, acaba por fazê-lo de outras maneiras indiretas, inclusive com o conteúdo que é por ela veiculado nos referidos períodos, ou ainda com o tempo concedido à cobertura de campanhas; (II) as notícias veiculadas contêm teor político, mesmo que indireto e (III) que de fato o jornalismo é capaz de influenciar os cidadãos com verdadeiras mensagens políticas e por isso mesmo é peça fundamental no processo político.

### 1.3. Direitos fundamentais como *trunfos*

Conforme a lição sempre precisa de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>87</sup>, “*uma das vias por vezes utilizadas para descrever os direitos fundamentais é a do recurso a metáforas*”<sup>88</sup>, sendo aqui

<sup>85</sup>- SALGADO, Susana. Op. cit. p. 85.

<sup>86</sup>- MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. Op. cit. p. 62.

<sup>87</sup>- *Direitos Fundamentais*, pp. 26 e 27.

relevantes aquelas de *aspecto espacial*, como: “*âmbito de proteção*”, “*delimitação*”, “*fronteiras*” e “*limites*”. Há ainda “*metáforas mais interessantes que tentam descrever os próprios direitos fundamentais e aquela a que nos últimos tempos mais se tem recorrido entre nós tem sido a metáfora dos trunfos*”.

Ao se referir aos direitos fundamentais como *trunfos*, remete-se à ideia tratada originariamente por DWORKIN, para quem possuir um direito fundamental é ter um *trunfo num jogo de cartas*; que tem o condão de prevalecer sobre as demais *cartas*, inclusive sobre aquelas que teriam *valor mais elevado*<sup>89</sup>.

Nesse jogo, o outro jogador seria o Estado (Estado de Direito), uma vez que, *prima facie*, os direitos fundamentais são posições jurídicas que os indivíduos possuem face ao Estado. Portanto, possuir um *direito fundamental* equivaleria a possuir um *trunfo* contra o Estado, e, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, cujo governo legitimado baseia-se no princípio da maioria, o direito fundamental equivaleria, portanto, a *um trunfo contra a maioria*.

Ou seja, conforme Jorge Reis Novais, aqui citado indiretamente por de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>90</sup>:

“[...] ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes.”

Isso não significa dizer, contudo, que direitos fundamentais sejam antagônicos à democracia. Ao contrário, certamente não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem

---

<sup>88</sup> É importante a ressalva do autor no sentido de que “*é muito difícil, para não dizer impossível, encontrar uma metáfora capaz de os descrever a todos [os direitos fundamentais]*” (p. 27).

<sup>89</sup>- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora, 2006. p 18

<sup>90</sup>- *Direitos Fundamentais*, pp. 27.

a devida integração dos direitos fundamentais<sup>91</sup>. Mas há, de certa forma, uma tensão entre os dois conceitos. Não obstante, HABERMAS destaca a existência de uma conexão interna entre os conceitos de Estado Democrático de Direito, democracia e direitos fundamentais.<sup>92</sup> Trata-se não somente de uma conexão legal, mas, sobretudo, de uma experiência empírica, pois como é mais do que cediço, não se concebe falar em Estado Democrático de direito sem que se esteja frente a uma verdadeira democracia.

Tal conexão advém justamente do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>93</sup>, a partir do qual, torna-se tal princípio a mola propulsora de toda a estrutura normativa das democracias modernas; e é também deste princípio que decorrem os direitos e liberdades individuais, os quais demandam a adoção do princípio da maioria para o equilíbrio do funcionamento de um Estado enquanto organismo político.

Contudo, é inevitável, como já dito, a ideia de certa tensão entre democracia e Estado de Direito (direitos fundamentais). ALEXY trata dessa tensão ao mencionar que os direitos fundamentais são *intensamente democráticos* e, ao mesmo tempo, profundamente *anti democráticos*<sup>94</sup>. O motivo dessa tensão parece até evidente: mesmo que os governantes tenham sido democraticamente eleitos, eles possuem, em certo grau, o poder – e com ele, a possibilidade – de ameaçar os direitos fundamentais, seja de maneira sistemática, seja por meio de pressão política. Até mesmo porque, não se pode olvidar que o sistema democrático não consegue garantir equilíbrio entre lei e a justiça, de modo que inúmeras vezes a atuação dos poderes políticos não representa a vontade da lei, mesmo que ela esteja devidamente adequada à estrutura da constituição.

Por outro lado, essa mesma tensão é que permite muitas vezes o Poder Judiciário – apesar de não eleito – de atuar como salvaguarda de direitos fundamentais, impondo constantemente

---

<sup>91</sup>- Observa-se que as constituições brasileira e portuguesa consagram expressamente o conceito de *Estado Democrático de Direito* ao mesmo tempo em que elencam um rol de direitos fundamentais (arts. 1º e 2º, respectivamente).

<sup>92</sup>- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez*, apud Jorge Reis Novais op. cit. p. 20.

<sup>93</sup>- Vale registrar aqui a crítica e a ressalva de JOSÉ MELO ALEXANDRINO no sentido de que “o princípio da dignidade humana não pode de modo algum reconhecer-se em ordenamentos que admitem a pena de morte” (em *Direitos Fundamentais*, p. 21).

<sup>94</sup>- ALEXY, Robert. Op. cit. p. 38.

limites e condicionantes à própria atuação dos poderes políticos. Inclusive, nesse contexto, competirá reiteradas vezes ao Poder Judiciário, ou ao juiz constitucional, *dizer o direito* num viés de interpretação/concretização que servirá de parâmetro e controle à conduta dos governantes.

Toda essa discussão é extremamente relevante para a temática desta pesquisa, na exata medida em que apesar da aparência geral de perfeita harmonia entre os princípios que regem o Estado de Direito e a democracia, a efetiva tensão existente entre ambos parece ser sem fim; e isto justamente porque, vez ou outra, estaremos face à uma colisão entre uma liberdade individual e os interesses da maioria. JORGE REIS NOVAIS, por exemplo, chama atenção para o episódio de controvérsia na Europa, a respeito das caricaturas<sup>95</sup>. Episódios como estes é que sempre estarão em debate no plano jurídico, político e filosófico.

Pois bem. Também não nos parece razoável, na linha do que ensina NOVAIS, tratar dos direitos fundamentais como trunfos, sem antes dissecar o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto *pedra angular* dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Na verdade, como bem descreve o eminente constitucionalista português, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é exigência material dos direitos fundamentais como trunfos, ao passo que os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria também são consequência da consagração da indisponibilidade de tais direitos e da respectiva e conseguinte vinculação dos órgãos públicos<sup>96</sup>.

Mais uma vez citando DWORKIN<sup>97</sup>, os direitos fundamentais ultrapassam a esfera dos direitos subjetivos naturais de cada indivíduo para abarcar a imposição de respeito que o Estado deve a cada cidadão em virtude de tais direitos. Por isso mesmo é que eles são ditos *trunfos contra a maioria*, porque são trunfos contra qualquer aspiração do Estado em impor limites ou restrições às liberdades dos indivíduos em nome de interesses coletivos<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup>- NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 23.

<sup>96</sup>- NOVAIS, Jorge Reis. op. cit. p. 28.

<sup>97</sup>- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 194.

<sup>98</sup>- Na verdade, essa concepção traz em si a ideia liberal de Schmitt, de que os direitos individuais são ilimitados e supraestatais. Na mesma linha de raciocínio, Rawls fala em prioridade das liberdades de base e Alexy fala da tamanha relevância dos direitos fundamentais como algo que não possa ser deixado à vontade da maioria parlamentar simples. *Apud* Jorge Reis Novais, op. cit. p. 30.

Toda essa linhagem de ideias se traduz na obrigatoriedade de que o Estado e seus organismos políticos – poder político – mesmo que democraticamente eleito, e, por conseguinte, tenha como interesse a defesa do bem comum, deve estar vinculado à observância dos direitos fundamentais, que são indisponíveis e assim o são porque, em sua essência, se reconhece que todo indivíduo é titular de uma dignidade que dá base às suas liberdades individuais<sup>99</sup>.

Portanto, afirma-se que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta e embasa a ideia dos direitos fundamentais como *trunfo* e, sob essa ótica, se afirma que no Estado de Direito, calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão de cada cidadão é tão importante quanto a do outro. Ou seja: o Estado deve garantir a cada um a plena vivência da sua margem de liberdade e autonomia para viver em seus próprios padrões, sem que seja oprimido pela vontade da maioria, pelo simples fato de ser maioria.

Por derradeiro, vale registrar aqui a crítica de JOSÉ MELO ALEXANDRINO a respeito da *metáfora* dos direitos fundamentais como *trunfos*: a primeira de que “*além dos direitos fundamentais, podem existir na Constituição ou fora da Constituição (no peso das circunstâncias do caso) outros trunfos (uma vez que, em princípio, não há hierarquia entre normas constitucionais)*”<sup>100</sup>.

Ora, neste ponto há que se discordar, pois, a uma, a *metáfora* dos *trunfos* fundamenta-se essencialmente no fato de que, como já conceituado por JORGE REIS NOVAIS, “*a carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado*” e, a duas, porque há que se diferenciar normas *materialmente constitucionais* de normas *formalmente constitucionais*<sup>101</sup>, devendo as primeiras, em caso de colisão, prevalecer, a princípio, sobre as segundas; sendo as primeiras limites e fundamentos para restrições das primeiras, e não o contrário. Ou seja, os direitos fundamentais, enquanto *trunfos*, não de prevalecer contra qualquer legislação infraconstitucional ou qualquer ato fundamentado nesta. Igualmente, deverá prevalecer contra

<sup>99</sup>- Esse entendimento remete à já mencionada concepção *kantiana* da dignidade da pessoa humana, porquanto se converte em margem de autonomia de cada indivíduo.

<sup>100</sup>- ***Direitos Fundamentais***, p. 28.

<sup>101</sup>- Normas *materialmente constitucionais* seriam aquelas que compõem a *constituição material*, ou seja, as normas *tipicamente constitucionais*; notadamente as relativas à organização do Estado e ao status do cidadão frente a este. As próprias cláusulas pétreas da Constituição brasileira revelam que a própria Lei Fundamental possui normas de graus de importância distintos a nível interno.

normas cuja essência seja meramente *formalmente constitucional*, pois o que fundamenta o fato de uma norma poder vir a ser considerada um *trunfo* é justamente o seu *valor mais alto*, isto é, a sua natureza de direito fundamental.

A segunda crítica – ou observação – apontada por JOSÉ MELO ALEXANDRINO, com a qual se pode aqui concordar, é no sentido de que “*nem todos os direitos fundamentais de deixam representar como trunfos*”, de maneira que alguns seriam apenas “*trunfos baixos, que facilmente se deixam bater por trunfos mais altos*”<sup>102</sup>, tais como, no caso da Constituição Portuguesa, dos *direitos econômicos e sociais e culturais*.

#### 1.4. O modelo norte americano de *liberdade negativa* e o modelo alemão de *liberdade positiva*.

Independente da teoria utilizada para conceituar ou valorar os direitos fundamentais e, portanto, a liberdade de expressão, é um fato relevante e incontestado que culturas jurídicas distintas usualmente tendem a apresentar soluções jurídicas diversas para um mesmo problema, mormente quando se trata dos limites, restrições e colisões de direitos fundamentais. Assim, quando se trata de liberdade de expressão, a doutrina e jurisprudências norte americana e alemã tendem a tratar do tema de forma distinta, atribuindo-lhe mais ou menos protagonismo. Senão vejamos:

Para a jurisprudência da Suprema Corte americana haveria um *mercado de ideias*, segundo o qual, em síntese, “*não é papel do Estado proibir a expressão de ideias, ainda que alguém as considere equivocadas, pois o melhor teste para a verdade é a competição no mercado do discurso*”, de forma que “*a correção de uma ideia não depende da consciência dos juízes e jurados, mas da concorrência com outras ideias*”. Esta visão da liberdade de expressão, evidentemente, parte do pressuposto de que esta seria uma *liberdade negativa* e que, por conseguinte, enseja uma ausência de intervenção do Estado na sua órbita, pois, “*se houver um debate livre e aberto, a verdade tenderá a aparecer*”<sup>103</sup>.

<sup>102</sup>- *Direitos Fundamentais*, p. 28.

<sup>103</sup>- Conforme GUSTAVO FERREIRA SANTOS, em *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, p. 235.

Em sua obra *Sobre a Liberdade*, o filósofo JOHN STUART MILL – aqui citado indiretamente por GUSTAVO FERREIRA SANTOS – defende o *mercado de ideias*, isto é, a liberdade de expressão como uma ferramenta para se chegar a verdade, afirmando que esta jamais deveria ser restringida, pois, quando um discurso é verdadeiro e é silenciado, estará havendo uma *privação do conhecimento da verdade*; uma opinião, ainda que errada, poderá, *por meio do enfrentamento de opiniões diversas*, chegar ao *conhecimento pleno da verdade*.

Ainda na mesma obra, JOHN STUART MILL defende que o único fator capaz de permitir uma intervenção numa liberdade de ação é que esta possa provocar dano a terceiro, de maneira que o Estado só poderia intervir para regular condutas prejudiciais a terceiros, ou seja, que lhes causem danos. Porém, eis que surge uma questão essencial, notadamente a de saber a quem esse dano seria causado e no que consistiria esse dano.

Nesse aspecto, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos entende, de um modo geral, respeitando-se eventuais casuísmos, que apenas as chamadas *fighting words* são capazes de causar danos, sendo assim compreendido o discurso que não mais é feito de forma abstrata, como um posicionamento político, mas, sim, dirigido à pessoas, classes ou minorias, de forma a concretamente ameaçar, pregar intolerância ou incitar a violência; ou seja, este discurso não mais estaria *comunicando uma ideia*, mas, sim, *causando danos*, seria “*um ataque verbal, mais parecido com um soco na boca, que uma expressão protegida constitucionalmente*”<sup>104</sup>.

Com efeito, a liberdade de expressão como *liberdade negativa* que exige uma abstenção do Estado, um *não agir*, uma certa *permissividade estatal*, encontra freios quando a manifestação de ideias passa a concretamente dar ensejo à danos e esta associada ao perigo de violência iminente.

A *Constituição de Bona* da Alemanha do pós-guerra, isto é, A Lei Fundamental alemã de 1949, proclama expressamente em seu artigo 1º que “*a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la é obrigação de todo o poder público*” e vai mais além ao reconhecê-la como

---

<sup>104</sup>- Conforme Hernán Gulco, em trabalho sobre a jurisprudência da Suprema Corte americana realizado em 2014, citado por GUSTAVO FERREIRA SANTOS, em *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, p. 238.

“*fundamento de toda a comunidade humana*”. Ou seja, o constitucionalismo alemão põe, desde já, a dignidade da pessoa humana como *valor* mais importante, sendo um fim em si mesmo, o que exige uma atuação do Estado nesse sentido, notadamente de garantir a inviolabilidade da pessoa humana.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada mais importante do que a liberdade de expressão, de maneira que o Estado deve ter um papel proativo para assegurar a primeira, ainda que em detrimento da segunda, o que permite afirmar que se trata, portanto, de uma *liberdade positiva*.

Nesse contexto, há um caso de suma importância na Alemanha, no qual se entendeu que “*a Constituição não é um documento de valores neutros*”, de forma que a dignidade da pessoa humana deve ser o “*critério para medir e avaliar todas as ações nas áreas do direito*”, ainda que em relações de âmbito puramente particular: é o *caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230)* – tido por alguns como um dos casos mais importantes da história do constitucionalismo alemão pós-guerra –, o qual é muito bem analisado por GUSTAVO FERREIRA SANTOS<sup>105</sup> e aqui narrado de forma sucinta, apenas para fins de contextualização.

O *caso Lüth* trata de um diretor de cinema, Veit Harlan, que, a época do regime nazista, trabalhou alinhado com a propaganda nazista, produzindo diversos filmes de conteúdo ofensivo, inclusive propositadamente antissemitas<sup>106</sup>. Após o fim da Segunda Guerra Mundial e inocentado de qualquer crime de guerra, em 1950, o diretor escreveu e dirigiu um novo filme: *Amada Imortal (Unsterbliche Geliebte)*, que, em pese não ser relacionado com o nazismo ou o antissemitismo, foi alvo de um grande boicote por parte de diversos judeus de prestígio, dentre eles Eric Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, que escreveu um manifesto contra Veit Harlan e, além disso, conclamou os *alemães decentes* a não assistirem ao filme.

---

<sup>105</sup>- Conforme GUSTAVO FERREIRA SANTOS, em *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, p. 241.

<sup>106</sup>- Em 1940, Veit Harlan dirigiu o filme de propaganda antissemita *Jud Süß (o Judeu Süß)*. Após a Segunda Guerra, um tribunal ordinário da Justiça alemã considerou que Harlan, com aquele filme, teria praticado crime contra a humanidade, pois o filme, com sua influência tendenciosa sobre o público, segundo o tribunal, servira de causa para a perseguição aos judeus. Porém, o diretor acabou por ser absolvido por sua conduta sob o argumento de que ele não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista Joseph Goebbels sem colocar sua própria vida em perigo e, tampouco, poderia realizar o filme de forma menos impressionante ou eficaz para o público.

Lesados pelo boicote, os produtores e distribuidores, ingressaram com uma ação judicial no intuito de obter uma medida judicial que garantisse a exibição do filme e uma indenização por parte de Eric Lüth, o que fizeram com fundamento em uma disposição do Código Civil alemão que previa a reparação contra quem *intencionalmente causasse prejuízo à terceiro de forma contrária aos bons costumes*. Nas instâncias ordinárias foi dado ganho de causa aos investidores do filme.

No julgamento do *caso Lüth*, a Corte Constitucional alemã entendeu que os direitos fundamentais também devem exercer influência sobre o direito privado (doutrina denominada *Drittwirkung*), haja vista que a dignidade humana e uma decisão constitucional que deve afetar todas as áreas do direito, seja no âmbito Executivo, Legislativo ou Judiciário. Ainda neste caso, a Corte Constitucional alemã, com amplas e profundas consequências para o Direito Constitucional, inaugurou e se utilizou de conceitos e teorias jurídico-constitucionais que ainda hoje são conhecidos e utilizados, inclusive no Brasil e em Portugal, como a dimensão objetiva e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a necessidade de *ponderação* nos casos de colisão entre direitos fundamentais.

Mais especificamente sobre a liberdade de expressão, consoante a análise de NÉVITON GUEDES<sup>107</sup> sobre a decisão, a Corte máxima alemã entendeu que “*toda aplicação judicial que possa restringir a liberdade de opinião deve, conforme o entendimento adotado pelo Tribunal Constitucional, ponderar o significado desse direito fundamental contra o significado dos bens jurídicos protegidos eventualmente com ele em uma relação de colisão, trazendo sempre em consideração todas as circunstâncias de fato essenciais para a conformação do caso*”.

E mais, que “*a manifestação da opinião é livre em suas consequências puramente intelectuais. Quando, porém, pela manifestação da opinião pode-se prejudicar bens jurídicos de outro indivíduo, cuja proteção, no caso concreto, diante da liberdade de opinião também pode merecer primazia, não se poderia, sem mais, consentir com essa violação que seria praticada por intermédio da concreta manifestação do pensamento contra o direito do terceiro*”.

---

<sup>107</sup>- Conforme o artigo *Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional*, publicado, em 14 de agosto de 2014, na coluna *online Constituição e Poder* da revista digital *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>

Vê-se, portanto, inclusive a partir do próprio contexto histórico dos Estados Unidos e da Alemanha, tendo o primeiro sido fundado sob as liberdades de culto e de expressão e a segunda experimentado um grotesco regime ditatorial, que discursos considerados ofensivos podem ter tratamentos diferenciados a partir da primazia que se dá à percepção de liberdade: se *negativa* ou *positiva*. Ou seja, sob a ótica da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, um mesmo discurso pode vir a ser permitido pela Suprema Corte americana e, por outro lado, censurado ou considerado passível de indenização pela Corte Constitucional alemã.

Ou seja, na liberdade negativa, *a priori*, não deve haver interferência do Estado, de forma que, para o entendimento norte americano, o Estado deve ser neutro diante do conteúdo de ideias e discursos, pois as manifestações de ódio, desde que ambientadas tão-somente no plano do *discurso político* e não envolvam ou se alinhem à incitação à violência, devem ser toleradas e confrontadas por outras ideias. Já na Alemanha, o que se observa é uma nítida preocupação com a regulação da liberdade de expressão, especialmente no que tange ao discurso de ódio, pois a dignidade humana, princípio supremo da Constituição, deverá sempre, numa ponderação dentro do caso concreto, impor limites a discursos e ideias e até mesmo ser fundamento para censura.

Em outros termos, consoante a lição precisa de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>108</sup>, pode-se concluir que “*na concepção anglo-americana a liberdade de expressão oscila entre o absoluto e o quase-absoluto*”, sendo “*um dos mais valiosos direitos constitucionais*”. De outro prisma, na Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial, *a liberdade de expressão tem sido concebida como tanto com uma dimensão subjetiva (que assegura uma parcela de liberdade perante o poder público), quanto uma dimensão objetiva (de valor e princípio objetivo da ordem constitucional e democracia)*.

Em arremate, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é uma máxima dentro das *liberdades clássicas*, sendo, assim, um direito de *primeira dimensão* e que, em regra, demanda do Estado uma conduta de abstenção, de *não fazer*, de não interferência na sua tutela.

---

<sup>108</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, pp. 45/46.

### 1.5. Apontamentos históricos da doutrina e jurisprudência americana e a doutrina dos *preferred freedoms*.

O conceito e o entendimento que hoje se adota a respeito da liberdade de expressão nos Estados Unidos é fruto de uma evolução de séculos, que se intensificou, sobretudo, nas décadas de 1920 a 1970; no que resultou um verdadeiro sistema de liberdade de expressão que escancara o resultado de lutas sociais e, sobretudo, o acalorado e incansável debate jurídico e acadêmico desta temática. Por isso, o modelo norte americano é de suma importância para a temática em debate, de forma que deve aqui ser analisada, ainda que de maneira não exauriente e conclusiva, a evolução da liberdade de expressão na América, especialmente a partir de sua inclusão como direito fundamental na Constituição de 1791.

Há quem diga que a liberdade de pensamento está na própria razão de existir. Por isso, LASKI<sup>109</sup> menciona que a fim de manter a liberdade das ideias e do pensamento foi necessário ao homem lutar; resistir contra a opressão religiosa, contra o absolutismo dos Estados e, por fim, contra a ditadura dos grupos. Mesmo quando a liberdade de expressão surgiu como direito e liberdade individual expressa, não o foi para todos os indivíduos, uma vez que a *Bill of Rights* da Inglaterra, em 1689, tratou de assegurar a liberdade de expressão somente aos representantes do povo. Um século depois é que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, tratou de expandir o que se entende por liberdade de expressão<sup>110</sup>. Muito posteriormente, tratados universais de direitos humanos do século XIX se ocuparam em reiterar e aprimorar o conceito da liberdade de pensamento e de expressão.

O fato é que, ainda que a liberdade de expressão tenha *nascido* na Inglaterra, foi mais precisamente nos Estados Unidos que ela alcança seu apogeu<sup>111</sup>. Sobre o tema, o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça ADHEMAR FERREIRA MACIEL<sup>112</sup> destaca um caso relevante ocorrido na então *América Colônia*, no qual John Peter Zenger, proprietário de um jornal em Nova Iorque,

<sup>109</sup>- LASKI, Harold J. *Liberty in the modern state*. Londres: Penguin Books, 1937. p. 94.

<sup>110</sup>- **Artigo 11**: “*La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi*”.

<sup>111</sup>- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão*. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, p. 7-12, abr/jun. 2008, Superior Tribunal de Justiça.

<sup>112</sup>- *Um Símbolo Nacional Norte Americano e o Direito de Expressão*, p. 3.

publicou artigos com críticas ao governador inglês da cidade, o que o levou a responder um processo judicial por calúnia e difamação. Interessante, porém, é que em julgamento por júri popular, John Peter não foi indiciado, porque os fatos por ele narrados em sua crítica eram verdadeiros. Este foi o primeiro caso envolvendo a liberdade de imprensa a ser julgado nos Estados Unidos, enquanto ainda América Colônia, e por esta razão é um caso célebre, mormente pelo seu desfecho, em que o acusado acabou por não ser indiciado, considerando a veracidade dos fatos por ele invocados contra o político.

Outro fato de especial relevo na evolução e positivação da liberdade de expressão nos Estados Unidos é o de que os federalistas, no intuito de obter apoio dos antifederalistas, lhes prometeram emendar à Constituição com vistas à assegurar garantias fundamentais ainda não trazidas de forma expressa no texto de 1787. Dois anos após, 78 propostas de emendas constitucionais foram apresentadas e discutidas no Congresso, sendo 17 delas aprovadas pela Câmara dos Deputados e posteriormente, apenas 12 efetivamente aprovadas pelo Senado. Em 1791, as assembleias estaduais americanas ratificaram 10 das então 12 emendas aprovadas pelo Senado: a *Bill of Rights*.

A *primeira Emenda*, talvez a mais relevante e é precisamente a primeira emenda à Constituição Americana, traz em seu bojo a temática da *liberdade de fala*, diferenciando assim o homem pensante de outros animais. A Emenda n. 1 estabelece que “*O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, nem proibir o livre exercício de uma; nem cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito de o povo se reunir pacificamente e dirigir petições ao Governo para reparação de injustiças*”<sup>113</sup>.

Vale mencionar, contudo, que a primeira redação proposta para a Emenda n. 1, por Madison, cujas influências muito advinham do constitucionalismo francês, foi rejeitada pela Câmara dos Deputados; muito provavelmente porque possuía uma valoração subjetiva e extensa da liberdade de expressão, porquanto previa de forma bem expressa que *nenhuma pessoa* poderia

---

<sup>113</sup>- <http://photos.state.gov/libraries/adana/30145/publications-other-lang/portuguese-continental.pdf>. Consultado em 12 de dezembro de 2016.

ser privada do seu direito de falar, de escrever ou de publicar seus pensamentos, estabelecendo ainda que *a liberdade de imprensa seria um bastião da liberdade*<sup>114</sup>.

À época da elaboração da primeira emenda à Constituição americana, diversos ideais de liberdade de expressão prevaleciam no sentido de impedir censuras à imprensa. Uma análise da importante obra *Commentaries on the Laws of England*, de BLACKSTONE, destaca ideias e pensamentos nesse sentido, advindas, principalmente, de LOCKE e JOHN MILTON<sup>115</sup>.

Contudo, e não obstante a regra geral da *previous restraint*, entre a promulgação do *Bill of Rights* e a participação dos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial, poucos casos chegaram a ser discutidos na Suprema Corte no que se refere à temática da liberdade de imprensa. Este cenário foi alterado com as guerras; um intenso e acalorado debate foi travado entre federalistas e republicanos, a respeito da participação dos Estados Unidos na guerra entre França e Inglaterra. Jovens eram incitados a não se alistar no exército, por meio da publicação de panfletos e cartazes. Por esta razão, o Congresso americano, controlado por federalistas, e com apoio do então presidente John Adams, também federalista, editou as chamadas *Espionage Act* e *Sedition Act*, leis que tipificaram a conduta dos pacifistas como crime<sup>116</sup>.

Para ZECHARIAH CHAFFEE JR.<sup>117</sup>, a Lei contra a Sedição, de 1798, é um verdadeiro atentado à liberdade de expressão, porquanto seu objetivo foi o de tornar crime a dita *difamação sediciosa*, ou seja, as críticas ao governo e qualquer de seus representantes, sejam elas escritas, impressas, publicadas ou pronunciadas<sup>118</sup>. Referida lei admitia, contudo, que no caso de veracidade das informações e notícias publicadas ou veiculadas, com *prova incontroversa* até a

---

<sup>114</sup>- “The people shall not be deprived or abridged of their right to speak ], to write, or to publish their sentiments, and the freedom, or the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable”.

<sup>115</sup>- Conforme narrado por ADHEMAR FERREIRA MACIEL, em *Um Símbolo Nacional Norte Americano e o Direito de Expressão*, p. 5.

<sup>116</sup>- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007. p. 41.

<sup>117</sup>- CHAFFEE JR., Zechariah, *Free Speech in the United States*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1967.

<sup>118</sup>- Assim trecho das disposições da Lei contra Sedição: “qual(is)quer texto(s) falso(s), escandaloso(s), malicioso(s) contra o governo dos Estados Unidos, ou contra qualquer das casas do Congresso dos Estados Unidos, ou contra o Presidente dos Estados Unidos, com a intenção de difamar os referidos governo, casas do Congresso ou Presidente, ou de trazer a eles, ou a algum deles, desdém ou descrédito, ou atizar contra eles ou contra um deles o ódio do bom povo dos Estados Unidos”. Site oficial do Congresso Americano: [www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs](http://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs).

data do julgamento, a conduta do acusado deixaria de ser criminosa. Ainda, a lei foi promulgada por tempo determinado, devendo vigorar até o mês de março do ano de 1801.

Outra polêmica legislação foi aprovada nesse contexto de tensões políticas; trata-se da *Alien Act*, a Lei dos Estrangeiros, segundo a qual nas hipóteses de declaração de guerra contra os Estados Unidos, cidadãos de países estrangeiros contrários aos americanos, do sexo masculino e idade superior a 14 anos seriam declarados inimigos estrangeiros, podendo, neste caso, ser presos e deportados.

É relevante notar que o caráter destas leis é claramente político e seu objetivo parece ser o de impossibilitar manifestações políticas e evitar censuras e críticas ao governo, bem como o de proteger o Estado e o governo contra influências externas.

Nesse sentido, O'BRIEN afirma expressamente que o interesse da Lei contra Sedição era “*censurar as críticas ao partido do governo e colocar a opinião pública contra os Republicanos jeffersonianos*”<sup>119</sup>, o que parece ser óbvio não apenas porque John Adams pretendia reeleger-se, mas especialmente porque a lei previa sua própria expiração logo em seguida à eleição.

É fato que poucas pessoas foram julgadas com fundamento na Lei contra Sedição, mas, mais relevante do que isto é o fato de que dentre os acusados estavam proprietários de diversos jornais, sendo que a grande maioria dos julgamentos ocorreu no ano da eleição presidencial, notadamente em 1800. Políticos republicanos também foram acusados e julgados, o que reforça o caráter político e partidário da referida lei<sup>120</sup>. Outro ponto relevante é o de que a Lei contra Sedição não foi sequer questionada perante a Suprema Corte, e ao que parece, caso tivesse sido questionada, não teria sido derrubada.

Não obstante, é preciso consignar que o caráter político-partidário das leis promulgadas no período em comento não caracteriza uma intenção expressa e determinada dos federalistas em

---

<sup>119</sup>- O'BRIEN, D.M. *Constitutional Law na Politics*, Vol. II, 6ª ed. Nova Iorque: W.W. Norton, 2005.

<sup>120</sup>- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão – contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Orientador Prof. Dr. Álvaro de Vita. São Paulo. 2009, p. 35.

minimizar por completo a importância da liberdade de expressão. Ainda que sob um viés muito mais político do que jurídico, federalistas e republicanos importavam-se igualmente com a temática da liberdade de expressão em si, porém discordando sobre os limites aceitáveis entre aquilo que era permitido e proibido expressar ou publicar.

Em realidade, a grande dúvida que diferenciava os argumentos de cada lado residia nas inovações ocorridas no sistema jurídico recém-inaugurado nos Estados Unidos após sua independência da Inglaterra. Ou seja: se de um lado federalistas buscavam dar seguimento ao sistema do *common law* britânico, fato este que, observado sob a ótica contemporânea, importava em maiores restrições à liberdade de expressão<sup>121</sup>; de outro lado republicanos buscavam fortalecer o discurso da Constituição Americana, que por sua vez era extremamente mais favorável às liberdades de expressão, até mesmo porque seu elemento central era a soberania popular<sup>122</sup>.

Pois bem. Na esteira da lição de ADHEMAR MACIEL, em atenção ao voto do Juiz Oliver Holmes da Suprema Corte Americana, coube ao Poder Judiciário conceder nova roupagem à *Primeira Emenda* com a criação de critérios para análise de julgamento de condutas antibélicas. Até então, vigia na jurisprudência a base teórica do critério da *bad tendency test*, ou seja, em casos de eventuais publicações ou expressões conterem *tendências para o mal*, deveriam ser obrigatoriamente reprimidas<sup>123</sup>. O novo critério, em suma, previa que apenas em casos de *perigo iminente* a Emenda n. 1 não poderia ser invocada<sup>124</sup>. Apesar disso, podemos afirmar que, de forma imediata, o *novo* entendimento da Suprema Corte somente logrou êxito em impedir formas de repressão mais severas.

---

<sup>121</sup>- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. op. cit. p. 38..

<sup>122</sup>- SILVA, Júlio César Casarin Barroso. op. cit. p. 39.

<sup>123</sup>- LEWIS, Anthony. Op. cit. p. 24.

<sup>124</sup>- Trata-se do caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 51-52, de 1919, ao mencionar o juiz Holmes que “o caráter de cada ato depende das circunstâncias nas quais ele foi feito. A mais rigorosa proteção da liberdade de fala não protegeria um homem de, falsamente, gritar ‘fogo’ no teatro e causar pânico”. A seguir, menciona no contexto do perigo que “a questão está em saber se as palavras usadas o foram e tal modo a criar um perigo claro e iminente”.

Inclusive, DAVI STRAUSS<sup>125</sup> se manifesta sobre o julgamento do caso *Schenck vs. United States*, chamando a atenção para a ambiguidade da decisão do Juiz Holmes, nos seguintes termos:

“O cânone da Primeira Emenda na Suprema Corte não começa com um sonoro dissenso de Holmes e Brandeis defendendo a liberdade de expressão. Começa em 1919 com *Schenck v. United States* – certamente um voto de Holmes, mas uma opinião majoritária, e uma opinião sustentando a repressão da expressão. (...) As palavras ‘perigo claro e presente’ podem ser tão conhecidas quanto, ou mais conhecidas que as palavras da própria Primeira Emenda. É razoável supor que muita gente acredite que tais palavras estejam no texto da Constituição. E em certo sentido elas estão: estas palavras, de uma sentença judicial, foram mais importantes para o desenvolvimento da lei do que as que de fato constam da Emenda.”

Alguns mencionam, entretanto, que a intenção do Juiz Holmes não era a de alterar o critério altamente alargado da dita *tendência para o mal*<sup>126</sup> ou conceder maior permissividade à liberdade de expressão, uma vez que apesar do conteúdo de seu voto, manteve a condenação do réu, pelo que foi seguido por todos os demais Juízes.

Ato contínuo, o critério do *perigo iminente*, estabelecido no ano de 1920, somente foi alterado na década de 1950, passando-se a admitir que somente em casos de *interesse substancial do governo* é que a Emenda n. 1 poderia ser afastada.

Nos anos da década de 1920, a Suprema Corte continuou a reprimir aquilo que considerava como discursos ou expressões perniciosas e apesar da adoção do critério do *perigo claro e presente*, este foi basicamente esquecido nos anos seguintes à decisão do Juiz Holmes.

---

<sup>125</sup>- STRAUSS, David A. *Freedom of speech and the Common-Law Constitution* in BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University of Chicago Press, 2003. p. 48.

<sup>126</sup>- JULIO CESAR SILVA ressalta que, na realidade, tal critério sequer deveria ser tido como critério, porquanto importava em gravíssimas restrições constitucionais, uma vez que o mencionado critério da “tendência para o mal”, em decorrência de sua amplitude, poderia considerar qualquer expressão incômoda. Op. cit. p. 71.

Foi somente a partir da década de 1930 que as decisões da Suprema Corte passaram a tomar contornos mais favoráveis para a liberdade de expressão. Pelo que se tem registro, o caso *Stromberg v. California* foi o primeiro caso em que o Judiciário decidiu a favor de um réu processado por crime de opinião. No caso concreto, o tribunal considerou ser inconstitucional a lei estadual da Califórnia que tipificava como crime as expressões políticas com o uso de bandeiras vermelhas<sup>127</sup>.

Nos anos seguintes, novas leis foram declaradas como inconstitucionais pela Suprema Corte, como a Lei do Incômodo Público, promulgada no ano de 1925. No julgamento deste caso – *Near v. Minnesota*<sup>128</sup> –, a Suprema Corte Americana entendeu que o encerramento do *Jornal Saturday Press* caracterizou clara violação à Emenda n. 1, aplicável aos Estados por meio da interpretação da Emenda n. 14. Inclusive, este caso tornou-se importante precedente na medida em que os Juízes não mais permitiriam qualquer tipo de *restrição prévia* a publicações.

Nesse contexto de favoráveis decisões à liberdade de expressão, o Juiz da Suprema Corte Felix Frankfurter, em julgamento do caso *Sweezy v. New Hampshire*, em 1957, chegou a afirmar que a teoria até então vigente, da *Clear and Present Danger* era por demais *inflexível*<sup>129</sup>.

A década de 1960 foi marcada por um caso cujas consequências determinaram novos conceitos à temática da liberdade de expressão no que se refere à atuação da imprensa. Após veicular matéria denominada *Heed Their Rising Voices*, o famigerado jornal *New York Times* sofreu o ajuizamento de ação indenizatória pelo chefe da polícia nova iorquina, que muito embora não tivesse seu nome estampado na publicação, sentiu-se atingido, uma vez que o intuito da reportagem era o de obter fundos para defesa de Martin Luther King, então acusado de sonegação fiscal.

---

<sup>127</sup>- *Stromberg v. California* 283 U. S. 359 (1931).

Consultado em: [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0283\\_0359\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0283_0359_ZS.html), em 9 de janeiro de 2017.

<sup>128</sup>- *Near v. Minnesota* 283 U. S. 697 (1931).

Consultado em [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0283\\_0697\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0283_0697_ZS.html), em 9 de janeiro de 2017.

<sup>129</sup>- NAVAK, John, ROTUNDA, Ronald. *Principles of constitutional law*. 4ª ed. St. Paul, MN: Thomson, 2009. p. 627 e *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U. S. 234 (1957), consultado em: <http://supreme.justia.com/us/354/234>, em 9 de janeiro de 2017. /

A *Circuit Court of Montgomery County* não apenas julgou procedente a ação, como também fixou a condenação indenizatória em US\$ 500 mil; a sentença foi mantida pela Corte do Alabama, sob o fundamento de que a notícia veiculada teria *cunho difamatório*, sendo a *falsidade e o dolo das afirmações presumidos*. Com isso, a Corte considerou que houve irresponsabilidade do jornal ao publicar a matéria, especialmente porque o periódico tinha condições de auferir a veracidade dos fatos por ele alegados. Interessante notar que quando este caso chegou à Suprema Corte Americana, diversas questões foram colocadas em discussão, sobretudo questões processuais e constitucionais, como o ônus da prova e a verificação do dolo, bem como se a Emenda n. 1 poderia ser aplicada às leis estaduais, ou apenas àquelas editadas pelo Congresso<sup>130</sup>.

Como bem afirma ADHEMAR MACIEL ao traçar o histórico da jurisprudência americana, a questão da verificação do dolo direto, dito *malice inf fact* ou *actual malice*, evidentemente já havia sido discutida em casos anteriores ao *New York Times vs. Sullivan*<sup>131</sup> Contudo, e ainda que a doutrina e jurisprudência americana tivessem apressado pela liberdade da imprensa, o julgamento do caso *New York Times* evidenciou uma maneira concreta de barrar a livre atuação da imprensa.

De todo modo, este é sem dúvidas um caso emblemático, que embasou diversos estudos jurídicos e inclusive julgamentos posteriores. DWORKIN, por exemplo, afirma expressamente que as *investigações de Watergate* não teriam sido tão bem sucedidas sem a preexistência do caso *New York Times*<sup>132</sup>, chamando a atenção para o fato de que *a imprensa livre tem o poder de garantir investigações e futuras punições*.

De forma bem generalista, é possível subsumir que na evolução histórica da liberdade de expressão nos Estados Unidos, no período da primeira metade do Século XIX extinguiu-se, a nível de Governo Federal, a censura à imprensa. Contudo, tal censura foi praticada pelos Estados, por leis estaduais, sendo que a própria Suprema Corte decidiu que a *totalidade* da *Bill of Rights* se aplicava apenas ao Governo Federal, sendo que o processo de abolição da escravatura também

---

<sup>130</sup>- MACIEL, Adhemar Ferreira, op. cit. p. 9.

<sup>131</sup>- Adhemar Maciel cita os casos *Charles Parker Co v. Silver City Crystal Co.*, de 1955 e o *Phoenix Newspaper, Inc. vs. Choisser*, de 1957. op. cit. p. 10.

<sup>132</sup>- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Harvard University Press, 1996.

muito contribuiu para uma censura mais extrema, porquanto proibiu-se toda e qualquer divulgação de informações sobre a questão<sup>133</sup>.

Muito embora a história demonstre que os direitos humanos são bem consolidados nos Estados Unidos, não se pode olvidar que por mais de duas oportunidades o Congresso tentou alterar o texto da Emenda n. 1, especialmente com o intuito de impedir a queima das bandeiras norte-americanas, fato já declarado pela Suprema Corte como ato de liberdade de expressão.

Em todo caso, o contributo histórico do direito americano para a fundação da liberdade de expressão, inclusive como direito fundamental, é essencial e inegável, inclusive, também, para a elaboração de uma teoria geral dos direitos fundamentais; a história de criação e construção dos Estados Unidos da América muito contribuiu para a conquista de novas e próprias teorias vinculadas ao direito constitucional, em geral, e aos direitos fundamentais, em específico.

Muito em virtude de um contexto político e econômico do Estado Liberal e de um contexto histórico de transformações políticas no âmbito de um federalismo voltado à garantia, até intransigente, da liberdade individual, é que a Constituição americana traz em seu espectro uma estrutura de direitos e garantias contra abusos por parte de autoridades públicas e do próprio legislativo, de modo que o Juiz da Suprema Corte, possui, de fato e de direito, um papel preponderante na guarda da Constituição<sup>134</sup>.

Esse contexto certamente facilitou um cenário de intenso ativismo judicial por parte da Suprema Corte, que se tornou responsável por anular leis de segregação racial e resguardar algumas legislações de proteção social, embora também sejam conhecidos casos que materializam verdadeiro retrocesso<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup>- LEWIS, Anthony. Op. cit. p. 23.

<sup>134</sup>- PEIXINHO, Manoel Messias. *Historical Contributions Of American Law For Construction Of A Theory Of Fundamental Rights*. Artigo publicado na plataforma Publica Direito. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a8a812400df8963>. Consultado em 10 de janeiro de 2017.

<sup>135</sup>- No histórico julgamento do caso *Plessy v. Ferguson 163 vs. 537 (1896)*, a Suprema Corte decidiu que a segregação racial não caracterizaria desrespeito à Constituição. Observa-se que tal precedente somente foi reformado no ano de 1954 com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education 347 US 483*. Além disso, algumas limitações a direitos sociais também só vieram a ser derrubadas em meados do Século XX.

Foi precisamente em meados do Século XIX que a Suprema Corte, fundamentada em precedentes da jurisprudência inglesa<sup>136</sup>, afirmou e aplicou a teoria do *substantive due process of law*, que se afirmou como verdadeiro *princípio constitucional*, segundo o qual o Poder Judiciário pode realizar exame de razoabilidade e de constitucionalidade de atos normativos dos demais poderes que estejam relacionados a direitos fundamentais e suas restrições<sup>137</sup>.

Ainda nesse contexto de ativismo judicial, a Suprema Corte americana também foi responsável por afirmar teorias relevantes nesta seara do direito constitucional, como a dos *preferred freedoms*, que evidencia uma *hierarquização de direitos fundamentais* protegidos pelo devido processo substancial, embora seja muito controversa a possibilidade de se determinar categorias hierárquicas de direitos fundamentais, uma vez que eles são reconhecidamente *indivisíveis* e, geralmente, as constituições são dotadas de unicidade<sup>138</sup>.

Não obstante, também se defende que alguns direitos, talvez mais intrínsecos aos indivíduos, e a partir de uma certa influência jusnaturalista, seriam mais importantes ou relevantes que outros direitos fundamentais, o que justificaria uma hierarquização entre eles. E assim, os direitos fundamentais que recebem posição de maior privilégio seriam direitos de *posição preferencial*.

Alguns autores como LETÍCIA MARTEL<sup>139</sup> sustentam que a doutrina, ou teoria, caso se queira assim chamar, dos *preferred freedoms* passou por pelo menos três etapas antes de se afirmar como doutrina da *posição preferencial*, sendo a última delas verdadeiramente relevante aqui, porquanto se formulou como doutrina, a partir do julgamento do caso *United States V. Carolene Products Co.*<sup>140</sup>. A teoria da *preferred freedoms* também está vinculada à aplicação do *substantive due process of law*<sup>141</sup>, sendo que o famigerado *teste de razoabilidade* foi utilizado no

<sup>136</sup>- BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

<sup>137</sup>- CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1086.

<sup>138</sup>- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana*. Revista Sequência, n. 48, jul. 2004. p. 95.

<sup>139</sup>- op. cit. p. 100.

<sup>140</sup>- 304 US 144 (1938).

<sup>141</sup>- WOLFE, Christopher. *The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 247.

caso *Carolene Products Co.*, como se verifica no embasamento do voto do Juiz Stone e, na verdade, concede estrutura à doutrina da posição preferencial, assim como ela é utilizada até hoje.

LETÍCIA MARTEL chama atenção, no entanto, para o fato de que antes mesmo do surgimento dos *preferred freedoms* como teoria, a Suprema Corte Americana já adotava uma postura em favor da utilização de direitos preferenciais, especialmente aqueles relacionados com as liberdades econômicas e de propriedade; tudo isso em decorrência de uma ligação direta com as noções do Estado Liberal, de modo que a Corte julgou como inconstitucional diversos atos normativos cujo intuito fosse o de regular situações econômicas no fim do século XIX e início do século XX.<sup>142</sup> Ou seja, ainda que não houvesse uma teoria sobre a *hierarquização de direitos*, na prática tal hierarquização era aplicada, considerando-se, sim, certos direitos fundamentais como *preferenciais* em relação a outros<sup>143</sup>.

A partir da década de 1920, alguns juízes da Suprema Corte como Holmes e Brandeis passaram a intencionar a alternância de direitos preferenciais, dando extrema e importante valoração aos direitos expressos na Primeira Emenda, dentre eles, a liberdade de expressão.<sup>144</sup> Surge então uma nova postura por parte da Suprema Corte Americana, que influenciou sobremaneira no que mais tarde viria a se tornar uma doutrina, a doutrina dos *preferred freedoms*, com a utilização em julgamentos de dois *testes* que viabilizassem a constatação ou não de eventuais inconstitucionalidades, quais sejam, os *testes do perigo claro e iminente* (para direitos expressos na Primeira Emenda) e a doutrina da *incorporação seletiva*<sup>145</sup>.

Apesar de nenhum destes testes ou doutrinas não tratar aberta ou expressamente sobre uma hierarquização de direitos, sua aplicabilidade dava ensejo a um efetivo e prático *escalonamento* de direitos fundamentais. Veja-se que ao enrijecer o teste de razoabilidade por

---

<sup>142</sup>- Op. cit. p. 102.

<sup>143</sup>- Basta verificar nas decisões da Suprema Corte que o *teste de razoabilidade*, critério utilizado dentro do escopo do devido processo legal para constatar a constitucionalidade de um ato normativo, acabava por ser mais rígido e rigoroso na análise de atos normativos de natureza econômica ou de propriedade, ao passo que era mais fraco em relação a outros Direitos Fundamentais, como bem sustenta Letícia Martel, citando os exemplos dos julgamentos *Buchman vs. Warley*, *Mayer vs. Nebraska*, *Pirce vs. Society Of Sisters* dentre outros. op. cit. p. 102.

<sup>144</sup>- WOLFE, Christopher. Op. cit. p. 148.

<sup>145</sup>- MARTEL, Letícia. Op. cit. p. 102.

meio da aplicação do teste do perigo claro e iminente, a Suprema Corte acabava por privilegiar os direitos e liberdades expressos na Primeira Emenda<sup>146</sup>.

Nesse período é que surgiu também a teoria da *incorporação seletiva*, criada pela jurisprudência da própria Suprema Corte com o intuito de permitir a aplicabilidade do *teste de razoabilidade* às leis nacionais e estaduais, em que pese as disposições contidas nas Emendas no sentido de que a ampla maioria dos direitos fundamentais seria oponível apenas em relação ao governo nacional<sup>147</sup>.

Para se constatar se um direito fundamental havia sido violado ou não, a Suprema Corte deveria formular algumas indagações para cada caso concreto: “*O estado violou um princípio fundamental de liberdade e de justiça, inerente à ideia de governo livre e, portanto, um direito inalienável dos cidadãos? É o direito tão fundamental que sua recusa se consubstancia em uma recusa ao due process of law?*”<sup>148</sup> A partir da formulação de tal indagação é que se construiu como doutrina o mecanismo da *incorporação seletiva*, objetivando inserir, de forma seletiva direitos fundamentais da *Bill of Rights* no *due process of law* da 14ª Emenda<sup>149</sup>.

Analisando o surgimento da referida doutrina e sua aplicabilidade, pode-se afirmar desde já que a conduta da Suprema Corte era no sentido de adotar alguns direitos fundamentais como *preferenciais* ou *privilegiados* em relação a outros. Observando os votos relatados em diversos casos a partir da década de 1920, percebe-se que foi justamente por meio da aplicabilidade desta nova doutrina que a Suprema Corte concedeu uma posição de superioridade às liberdades da Primeira Emenda, dentre elas a de expressão, que aqui interessa.

Pois bem. Como já mencionado, a formulação dos *preferred freedoms* enquanto doutrina surgiu mesmo a partir do julgamento do caso *Carolene Products Co*, especificamente em uma nota explicativa do voto do Juiz Stone. Eis a transcrição da 4ª nota de rodapé do voto com referência a outros casos que embasaram seu entendimento:

---

<sup>146</sup>- MCGEHEE, Lucius Polk. *Due process of law under the federal constitution*. 2ª ed., New York: Edward Thompson, 1980. p. 33.

<sup>147</sup>- MCGEHEE, Lucius Polk. Op. cit. p. 40.

<sup>148</sup>- WOLFE, Christopher. Op. cit., p. 267.

<sup>149</sup>- MARTEL, Leticia. Op. cit. p. 107.

“There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. *See Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, *see Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, *see Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, *see Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, *and see* Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, *see De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to

curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. *Compare* 17 U. S. *Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited.”<sup>150</sup>

Vale notar, portanto, que para o Juiz Stone, a via para constatação da constitucionalidade de atos normativos relacionados à Primeira Emenda é mais *rígida*. Além disso, o resultado do julgamento do caso *Carolene* destacou três aspectos que não se aplicariam ao âmbito de sua decisão, a saber, (I) qualquer lei ou ato normativo que representasse violação frontal à Constituição em geral, independente das emendas; (II) qualquer lei representasse restrição ao processo político e (III) qualquer lei que afetasse direitos de minorias<sup>151</sup>.

Nesses casos, a doutrina afirma que<sup>152</sup>: frente a um questionamento de constitucionalidade de lei ou ato normativo de restrição a direito fundamental, grande peso seria concedido aos direitos fundamentais e que a regra seria apenas as restrições impostas pela própria Constituição. Ou seja: como afirma LETÍCIA MARTEL, diante de questionamentos de atos legais restritivos de direitos humanos, os tribunais deveriam avaliar a escolha do órgão legislativo e conceder enorme um *peso maior* aos direitos fundamentais<sup>153</sup>.

Com isso, se conclui que, a respeito do voto do Juiz Stone, (I) amplia-se o entendimento constitucional, na exata medida em que o direitos fundamentais selecionados como pertencentes à Décima Quarta Emenda e direitos fundamentais não incluídos em emendas são colocados em pé de igualdade e em maior nível hierárquico, (II) diminui-se a presunção de constitucionalidade dos atos normativos em geral, (III) a regra geral é a de que o direitos fundamentais enumerados na Constituição e emendas são intangíveis, sendo aceitáveis, no entanto e *prima facie*, apenas as restrições impostas pelo próprio texto constitucional. Ainda nesta lógica, somente hipóteses

<sup>150</sup>- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>. Consultado em 12 de janeiro de 2017.

<sup>151</sup>- MARTEL, Leticia. Op. cit. 107.

<sup>152</sup>- DORF, Michael C; TRIBE, Laurence H. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

<sup>153</sup>- Op. cit. p. 108.

específicas ou excepcionais seriam capazes de conferir legalidade a eventuais restrições de direitos fundamentais<sup>154</sup>.

Posteriormente, a Suprema Corte Americana melhor desenvolveu a doutrina dos *preferred freedoms*; tanto isso é verdade que em julgamentos subsequentes, o termo *preferred freedoms* passou a ser expressamente utilizado, sendo que no julgamento do caso *Prince vs. Massachusetts*, o Juiz Relator asseverou com exatidão que *as liberdades enumeradas na Primeira Emenda possuem uma posição preferencial frente aos demais direitos fundamentais*<sup>155</sup>. Confira-se um relevante enxerto do voto relatado pelo Juiz Rutledge:

“If, by this position, appellant seeks for freedom of conscience a broader protection than for freedom of the mind, it may be doubted that any of the great liberties insured by the First Article can be given higher place than the others. All have preferred position in our basic scheme. *Schneider v. State*, 308 U. S. 147; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296. All are interwoven there together. Differences there are, in them and in the modes appropriate for their exercise.

Accordingly, in view of the preferred position the freedoms of the First Article occupy, the statute in its present application must fall. It cannot be sustained by any presumption of validity. *Cf. Schneider v. State*, 308 U. S. 147. And, finally, it is said, the statute is, as to children, an absolute prohibition, not merely a reasonable regulation, of the denounced activity.

Concededly a statute or ordinance identical in terms with § 69, except that it is applicable to adults or all persons generally, would be invalid. *Young v. California*, 308 U. S. 147; *Nichols v. Massachusetts*, 308 U. S. 147; *Jamison v. Texas*, 318 U. S. 413; *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U. S. 105; *Martin v. City of Struthers*, 319 U. S. 141”.

<sup>154</sup>- MARTEL, Leticia. Op. cit. pp. 108, 109, 112 e 113.

<sup>155</sup>- *Prince vs. Com. of Massachusetts*. 321 U.S. 158, 1944.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/case.html>. Consultado em 12 de janeiro de 2017.

Além disso, a nota de rodapé do Juiz Stone também permite concluir que o escrutínio judicial para análise de constitucionalidade de determinado ato normativo deve ser absolutamente mais intenso e rigoroso quando estiver sob sua análise qualquer norma restritiva da participação em processos públicos para adoção de medidas e decisões em favor da sociedade<sup>156</sup>.

Por fim, a última conclusão lançada por LETÍCIA MARTEL em seu trabalho, e com a qual é possível alinhar ao seu entendimento, é no sentido de que *o escrutínio judicial também deve ser mais rigoroso quando estiver em objeto a análise de atos normativos que possam restringir direitos de minorias*<sup>157</sup>. Acrescentamos que a conclusão adotada pelo Juiz Stone certamente calcou-se na inclusão dos direitos fundamentais como objeto central de uma democracia e de um Estado de Direito e que toda relevância deve ser dada ao devido processo legal.

Não menos importante que isso, a doutrina dos *preferred freedoms*, para além de destacar a posição preferencial de alguns direitos fundamentais, essencialmente as liberdades expostas na Primeira Emenda Americana, mas também admitidas na ampla maioria dos Estados como direitos fundamentais, ou seja, a liberdade de expressão, de imprensa, de associação pacífica, do livre exercício da religião, consolidou a importância do Poder Judiciário como peça fundamental na efetivação da democracia, porquanto a este órgão compete, em último caso, a resolução de eventuais equívocos legislativos, ainda que os atos legislativos sejam a medida exata da democracia, mas não isentos de erros.

Ainda, e como há muito já afirmara o professor MAURO CAPPELETTI<sup>158</sup>, o controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário impede, por exemplo, a aplicação de atos normativos legais do ponto de vista meramente formal, mas inconstitucionais do ponto de vista material.

---

<sup>156</sup>- MARTEL, Leticia. Op. cit. p. 111.

<sup>157</sup>- Op. cit. p. 112.

<sup>158</sup>- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Traduzida por AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 59.

Há de se ressaltar, finalmente, que a doutrina dos *preferred freedoms* apresenta duas faces, como também destaca LETÍCIA MARTEL<sup>159</sup>, sendo que com base nas decisões e na postura adotada pela Suprema Corte, afirma a autora que *para a jurisprudência norte americana é a natureza do direito fundamental que o torna hierarquicamente superior a outro e não a natureza das restrições que lhe são impostas*; e, de toda forma, *apesar de sua posição hierarquicamente superior, estes direitos preferenciais não se tornam absolutos e permanecem, sim, passíveis de sofrer restrições, ainda que em um grau menor ou por motivos mais sérios e relevantes*.

A doutrina dos *preferred freedoms* assume especial relevo aqui justamente porque entre os direitos tidos por preferenciais encontram-se justamente a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa; imprescindíveis para a democracia e justamente por tal motivo é que foram consolidados pela Primeira Emenda Americana.

Portanto, neste aspecto, o que se extrai da doutrina e jurisprudência americanas é que, a natureza do direito é que deverá determinar as possibilidades de restrições que poderão lhe ser impostas, ou, em outras palavras, somente um motivo extremamente relevante é que justificaria ou permitiria eventuais restrições aos *direitos fundamentais preferenciais*.

---

<sup>159</sup>- Op. cit. p. 112.

## Capítulo 2

### ASPECTOS TEÓRICOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

Como já dito, a liberdade de expressão pode ser encarada com um direito fundamental de *primeira dimensão*, visto que, segundo PAULO BONAVIDES<sup>160</sup>, estes “*representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo)*”.

No mesmo sentido, na esteira da lição de DANIEL SARMENTO<sup>161</sup>, “*dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados*”, o que é justamente o caso da liberdade de expressão, que, conforme JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>162</sup>, é “*um direito fundamental primário identificador de um núcleo indisponível da Constituição material*”, de forma que “*não pode deixar de constituir um elemento essencial do Estado constitucional*”.

Assumindo, pois, como não poderia deixar de ser, que a liberdade de expressão é um direito fundamental da maior importância, é importante, contudo, mais uma vez seguindo os passos de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>163</sup>, distingui-la da *liberdade de comunicação*.

Primeiramente, o fato é que, muito embora o termo *liberdade de informação* seja adotado por diversos documentos legais internacionais, opta-se aqui pela expressão *liberdade de*

---

<sup>160</sup>- Em *Curso de Direito Constitucional*.

<sup>161</sup>- Em *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, pp. 12/13.

<sup>162</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 48.

<sup>163</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, pp. 42/43.

*comunicação*, uma vez que a informação é um objeto da comunicação<sup>164</sup> e, por isso, mesmo *a comunicação compreende a informação*. Inclusive, é importante ressaltar que, em pesem entendimentos contrários, não raras as vezes são empregados em conjunto os termos *liberdade de expressão e liberdade de comunicação*, ou *liberdade de expressão e de imprensa*;, como bem sugerido por EDILSON PEREIRA DE FARIAS<sup>165</sup>, para quem o emprego da locução *liberdade de expressão e de comunicação* melhor de adequa à evolução jurídica da comunicação como um todo, incluindo-se a dita *liberdade negativa* de poder não expressar um pensamento e a liberdade positiva de informar ou comunicar fatos das formas mais variadas, bem como de viabilizar o acesso às fontes de informação e todos os mecanismos de comunicação existentes. Ademais, os conflitos relacionados a este tema têm em comum a solução quase sempre pautada pela liberdade de expressão<sup>166</sup>.

Evidentemente, e como já registrado desde a introdução, há que se fazer a devida diferenciação entre a liberdade de expressão, desde já entendida como a liberdade de manifestação de ideias, de pensamentos, crenças e qualquer opinião ou juízo de valor, por qualquer meio possível, e a liberdade de comunicação, desde já entendida como a liberdade e o direito de obter ou dar informações – *verdadeiras* – sem censuras.

Ou, em outras palavras, é possível afirmar que, enquanto a liberdade de expressão objetiva assegurar toda e qualquer possibilidade de manifestação de pensamentos e afins, a liberdade de comunicação tem por objeto a propagação de informações em geral, o que não seria possível sem a primeira com suporte, vale frisar; basicamente, o que NELSON WERNECK SODRÉ denomina de *liberdade de opinar e liberdade de informar*, respectivamente<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup>- A mesma expressão é utilizada por autores como ALUÍZIO FERREIRA, em *Direito à informação. Direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira* (p. 71) e MARIA EDUARDA GONÇALVES, em *Direito de Informação*, (p. 17). Outros, como NELSON HUNGRIA, em *A nova Lei de Imprensa* (p. 10), utilizam o termo *liberdade de informação*. Nelson destaca que o termo *liberdade de imprensa* já foi há muito abandonado pela própria DUDH e, em 1948, passando-se a utiliza a expressão *liberdade de informação*.

<sup>165</sup>- Op. cit. p. 45.

<sup>166</sup>- MOREIRA, Adriana Fragalle. *Interpretação e âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão: reflexões sobre o “quem”, “quando” e “o quê” na manifestação do pensamento*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, São Paulo, 2016. p. 10.

<sup>167</sup>- *História da Imprensa no Brasil*. 4ª Ed. Intercom/EDIPUCRS. 2011. p. 3.

Como ressalta EDILSON PEREIRA<sup>168</sup>, é importante fazer esta diferenciação a fim de possibilitar a delimitação de garantias e responsabilidades que se originam do exercício da liberdade de expressão. O exemplo mais clássico que se dá a tais responsabilizações é o fato de que enquanto a liberdade de expressão não se submete a um limite de verdade, diante de seu caráter abstrato e subjetivo, a liberdade de comunicação pode ser submetida ao crivo da veracidade, diante de seu caráter objetivo<sup>169</sup>. A diferenciação entre a liberdade de expressão e a liberdade de comunicação como aqui colocada é praticamente unânime entre a doutrina e a jurisprudência, podendo ser resumida na diferença entre *opiniões e fatos*.

Não se pode olvidar ainda que a liberdade de expressão possui um duplo caráter, ou uma dualidade de concepções, afora a multiplicidade de funções que lhe são atribuídas, tanto no que diz respeito aos indivíduos, em si mesmos, quanto em relação à sua função no âmbito coletivo.

Superados estes esclarecimentos, conforme JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>170</sup>, a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, possui um *âmbito de proteção* – de onde se extrai o *objeto do direito*, o *conteúdo* deste mesmo direito e ainda os *âmbitos especiais* –, os *limites e afetações*, os quais serão analisados em seus aspectos práticos em pormenores; mais adiante no derradeiro Capítulo deste trabalho, pois, primeiramente, serão analisadas as noções *objetiva* e *subjetiva* da liberdade de expressão, os direitos e princípios ligados à liberdade de expressão, o papel e o poder dos veículos de comunicação no Estado Democrático de Direito e, ainda, a natureza

## 2.1. A noção subjetiva da liberdade de expressão

A liberdade de expressão pode ser analisada sob dois enfoques, quais sejam, (I) o enfoque subjetivo, ou seja, aquele sobre o qual a liberdade de expressão é calcada em valor indispensável para cada indivíduo, assim inserida no próprio conceito de dignidade da pessoa humana; e (II) o enfoque objetivo, segundo o qual a liberdade de expressão coloca-se como valor indispensável do

---

<sup>168</sup>- Op. cit. p. 46.

<sup>169</sup>- SALGADO, Concepcion Carmona. *Libertad de expression e informacion y sus limites*. Madrid: Edersa, 1991. p. 27.

<sup>170</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*.

regime democrático, porquanto sua existência e eficácia permitem e viabilizar a participação coletiva na vida pública e política dos Estados<sup>171</sup>.

Sob o enfoque da subjetividade, encontra-se o que se pode denominar de *caráter individual* da liberdade de expressão e que, por via de consequência, corresponde a uma visão ou perspectiva *liberal e clássica* do tema ou ainda às suas raízes mais antigas; é que, em sua origem, a liberdade de expressão passou a ser defendida em seu amplo caráter, como a via certa para obtenção e propagação de verdades. Tanto isso é verdade que, no seu discurso *Aeropagítica*, JOHN MILTON reforça e defende com veemência a ideia de que a liberdade de expressão é suficiente para criar um ambiente sem *estratagemas e políticas*, posto que a liberdade por si só impõe posturas adequadas<sup>172</sup>.

Posteriormente ao discurso de JOHN MILTON, cujos argumentos foram amplamente utilizados para combater a censura prévia estabelecida pelo Parlamento Inglês, outros estudiosos, como JOHN MILL, defenderam a ampla liberdade de expressão como precursora da verdade, ou como única maneira de se encontrar a verdade. Para MILL, a livre discussão e a possibilidade de opiniões diversificadas é essencial na busca pela verdade e absolutamente nenhuma proposição justifica a cerceamento de um pensamento ou de uma opinião<sup>173</sup>. Em que pese não haver consenso em torno do conceito de *verdade* e ainda que – no plano filosófico – esta possa vir a ser *relativa*, em todo caso, ela somente pode advir do livre trânsito de pensamentos e de opiniões.

Nesse sentido é o posicionamento do já citado Juiz Holmes, da Suprema Corte Americana; inclusive, o seu conceito de *verdade* e da liberdade de expressão como livre trânsito de ideias e pensamentos foi utilizado em diversos de seus votos nos casos julgados pela Suprema Corte no século XX<sup>174</sup>. Contudo, as críticas a este tipo de posicionamento são muitas e contundentes; é que não se olvida de maneira alguma que o livre trânsito de ideias e pensamentos, especialmente no campo da comunicação social, pode ser ferramenta para a transmissão de informações inverídicas, inclusive de forma proposital.

<sup>171</sup>- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 3ª ed. New York: The Foundation Press, 2000. p. 785.

<sup>172</sup>- Com isso, o inglês afirma: “*dai-me a liberdade para saber, para falar e para discutir livremente, de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades*”. Op. cit. p. 179.

<sup>173</sup>- MILL, John Stuart. *On liberty*.

<sup>174</sup>- FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit. p. 60.

Na concepção subjetiva da liberdade de expressão também se encontra a teoria formulada por DWORKIN<sup>175</sup>, segundo a qual *os direitos humanos necessitam ser levados a sério porque são imprescindíveis para a garantia da dignidade do ser humano*. Forte neste fundamento, DWORKIN defende a ausência de intervenção coletiva na seara da liberdade de expressão, porquanto tal medida afrontaria diretamente a dignidade da pessoa humana.

Ainda, há quem argumente que autonomia e autoexpressão são valores intrinsecamente vinculados à liberdade de expressão, porquanto a autonomia é o que permite que cada pessoa se individualize, pensando por si mesma, e a autoexpressão é próprio pressuposto da liberdade de expressão, porquanto a linguagem traduz o pensamento/ideia. Desta forma, os dois termos também estão interligados; na exata medida em que não há possibilidade de livre pensamento sem que se possa expressar e ouvir outros indivíduos<sup>176</sup>.

## 2.2. A noção objetiva da liberdade de expressão

Para EDILSON DE FARIAS, a noção objetiva da liberdade de expressão confunde-se com seu próprio nascimento como direito fundamental. Nesse sentido, e citando JAMES MADISON, FARIAS afirma que o principal objetivo da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, seria o de tornar-se instrumento da sociedade para a construção de um governo democrático<sup>177</sup>.

Nesse sentido, e melhor compreendendo as citações de MADISON, a liberdade de expressão seria um direito fundamental básico, ou basilar, para a criação de uma estrutura de Estado Democrático por meio do qual os cidadãos possam discutir ideias e opiniões passíveis de formarem sua opinião política e, assim, os eleitores receberiam informações necessárias para a viabilização de um debate político público e democrático.

Tal pensamento advém justamente da concepção *madisoniana* que se insere na noção objetiva da liberdade de expressão, porquanto seu intuito seria o de garantir uma gama de

---

<sup>175</sup>- DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 114.

<sup>176</sup>- LICHTENBERG, Judith. *Foundations and limits of freedom of the press*. In: *Democracy and mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995. p. 109.

<sup>177</sup>- Op. cit. p. 59.

pensamentos e opiniões sobre diversos assuntos de interesse público, sendo assim, e como já dito, uma ferramenta para a efetivação da democracia<sup>178</sup>.

Outros juristas americanos também aderem a uma noção objetiva da liberdade de expressão, como é o caso do já mencionado Juiz Holmes e do também Juiz da Suprema Corte Louis Brandeis, segundo o qual, liberdade de expressão é uma dita “*concepção cívica*”; isso porque, para o referido Juiz, cujo entendimento é muito semelhante ao de MADISON, *a liberdade de expressão é essencial para a afirmação e efetivação de um governo popular*<sup>179</sup>.

Outros autores, como OWEN FISS, consideram que a noção subjetiva da liberdade de expressão é uma *noção libertária* e que a concepção objetiva estaria muito mais vinculada a um viés democrático e social e que nesse sentido é que a liberdade de expressão se insere como direito fundamental, apto a garantir o efetivo exercício da soberania popular. OWEN FISS também faz críticas contundentes às correntes individualistas, segundo as quais estaria proibida a totalidade de intervenções por parte do Estado no âmbito da liberdade de expressão<sup>180</sup>.

EDILSON DE FARIAS afirma que, do ponto de vista da concepção objetiva da liberdade de expressão, ALEXANDER MEIKLEJOHN seria seu defensor mais proeminente<sup>181</sup>. Para o referido filósofo, a liberdade de expressão é essencial para o desenvolvimento da democracia, e nesse sentido exerce dois papéis relevantes, quais sejam, o *papel de informar*, porquanto o maior número de informações viabiliza conhecimento e opinião sobre assuntos diversos de interesse público, e o *papel crítico*, segundo o qual a liberdade de expressão permite que os cidadãos critiquem o poder político, suas decisões e as instituições em geral.<sup>182</sup>

De fato, a liberdade de expressão possibilita a criação de uma sociedade mais apta à tomada de decisões coerentes, ao passo que é justamente a soberania popular o princípio basilar de um regime verdadeiramente democrático, mas não é só; ao também exercer um papel de

<sup>178</sup>- HOLMES, Stephen. *Liberal constraints on private power? Reflections on the origins and rationale of access regulation*, In: LICHTENBERG, Judith, Op. cit. p. 32.

<sup>179</sup>- SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995. p. 27.

<sup>180</sup>- FISS, Owen M. *Libertad de expresión y estructura social*. México: Distribuciones, 1997. p. 172.

<sup>181</sup>- Op. cit. p. 60.

<sup>182</sup>- ALEXANDER MEIKLEJOHN, *apud* Antonio Fayos Gardó, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 113

crítica, as opiniões dos cidadãos podem conduzir a efetivas mudanças de postura dos governantes.

Nesse cenário, vale mais uma vez ressaltar um posicionamento de EDILSOM DE FARIAS para quem a ideia de uma noção democrática da liberdade de expressão é adotada apenas em parte; é que, para este autor, *a estrutura da sociedade pode ser prejudicial à efetivação da liberdade de expressão e de comunicação*, assim como um governo ditador ou opressor. Para retratar seu posicionamento, FARIAS cita a possibilidade de ser instalado um *monopólio da comunicação social* nas mãos de um poder econômico que evidentemente poderia veicular informações apenas de seu próprio interesse ou mesmo omitir informações e notícias em geral, ainda que de interesse público<sup>183</sup>.

Ainda no âmbito da concepção objetiva, e portanto democrático-social da liberdade de expressão, é rotineiro o posicionamento da Suprema Corte Americana. Neste sentido, são alguns julgados célebres e até mesmo antigos, como o julgamento de *Garrison v. Louisiana*<sup>184</sup>, julgado pelo Juiz Brennan e o caso *Cohen v. California*<sup>185</sup>, em cujos votos constam expressa posição do Tribunal de que *a liberdade de expressão viabiliza uma melhor cidadania e uma política mais consciente*.

Cumprindo ainda dar destaque aos posicionamentos de doutrinadores e da jurisprudência no continente europeu. Um *leading case* para a jurisprudência alemã é o já narrado caso *Lüth*, porquanto o Tribunal afirmou de maneira veemente em relatório e voto que a liberdade de expressão é capaz de viabilizar a construção de um Estado livre e democrático, e que *a liberdade de expressão é, na realidade, a base e princípio de todas as demais liberdades*<sup>186</sup>. Após o julgamento deste caso, o Tribunal Constitucional da Alemanha reafirmou em outras oportunidades seu viés voltado à teoria objetiva da liberdade de expressão<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup>- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988*. Revista da Justiça Federal no Piauí, Teresina, v. 1, n. 1, pp. 77-88, jul./dez. 2000.

<sup>184</sup>- (379 U.S. 64, 1964).

<sup>185</sup>- (403 U.S. 15, 1971).

<sup>186</sup>- Comentários do julgamento feitos por MANUEL DA COSTA ANDRADE em *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. p. 46.

<sup>187</sup>- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 33.

De outro lado, a jurisprudência e doutrina alemãs também confirmam que a liberdade de expressão cria um direito subjetivo de defesa, ao passo que do ponto de vista objetivo constitui-se sim como elementar para a ordem democrática e exatamente por tal motivo é que se coloca como direito fundamental<sup>188</sup>.

Em sentido muito semelhante é o posicionamento das Cortes Constitucionais da Espanha e da Itália. Veja-se, por exemplo, que no caso do Tribunal Espanhol, desde a década de 1980, seus julgados contêm afirmações expressas de que a liberdade de expressão é pilar do Estado Democrático de Direito<sup>189</sup>; inclusive, em casos concretos, o Tribunal Constitucional da Espanha confere verdadeira *primazia* à liberdade de expressão ao solucionar conflito entre direitos fundamentais<sup>190</sup>.

Nesse contexto, MARIA CRUZ CALZADILLA assevera que a liberdade de expressão está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana ao mencionar que “*en cuanto garantía de la existencia del propio sistema democrático, contexto imprescindible para la realización efectiva de la dignidad personal, estas libertades sin duda son merecedoras de una mayor protección por el ordenamiento jurídico que el resto de derechos fundamentales que carecen de esa vertiente institucional o colectiva*”<sup>191</sup>.

No caso da Itália, percebe-se que há convergência no sentido de se admitir a liberdade de expressão igualmente como pilar do Estado democrático. Veja-se, por exemplo, o caso da Sentença n. 126/1985, cuja argumentação inclui a liberdade como fundamento da ordem constitucional, e o caso da Sentença n. 104/1972, em que a *Corte Costituzionale* declara não

---

<sup>188</sup>- HESSE, Konrad. Op. cit. p. 305.

<sup>189</sup>- Algumas sentenças registradas no Tribunal Constitucional de España tratam sobre o assunto. É verdade que a muitos dos casos verificados, não apenas no Tribunal Espanhol, mas na quase totalidade de tribunais dos diversos países, acaba por fazer ponderação entre princípios, deixando muitas vezes de lado a liberdade de expressão em prol de outros princípios e direitos considerados como mais relevantes nos casos concretos. De qualquer forma, podemos citar: *Sentencia n. 104/1986*, de 17 de julho, *Sentencia 199/1987*, de 16 de dezembro e *Sentencia 206/1990*, de 17 de dezembro, nas quais a corte constitucional reconhece o papel da liberdade de expressão como pilar dos Estados democráticos. Consultado em <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/1631> em 29 de janeiro de 2017.

<sup>190</sup>- Apesar do que ressaltado na nota anterior, o tribunal espanhol também chega a conceder sim preferência à liberdade de expressão diante conflito com outros direitos também fundamentais, como se analisa no caso da *Sentencia n. 51/1989*.

<sup>191</sup>- CALZADILLA, María Cruz Llamazares. *Las libertades de expresión e infomación como garantía del pluralismo democrático*. Madri: Civitas, 1999. p. 73.

apenas de forma genérica a liberdade de expressão, mas lhe dá contornos específicos, reconhecendo-a como *preponderante para a formação de opinião, elementar para uma sociedade culta e inteligente*<sup>192</sup>.

Por fim, mas não menos importante, a jurisprudência e doutrina portuguesa não apenas coloca a liberdade de expressão como fundamental para a democracia, mas também lhe concede verdadeira *dimensão comunitária*.<sup>193</sup> JÓNATAS MACHADO vai além e afirma que, como já discutido anteriormente e em se tratando do conceito, *o direito à expressão é multifuncional, compreende outros direitos e por isso classifica a liberdade de expressão como liberdade comunicativa ou liberdade da comunicação, asseverando que ela é determinante para o surgimento de uma “esfera de discussão aberta e pluralista”*<sup>194</sup>.

Em diversas oportunidades o Tribunal Constitucional de Portugal se manifestou a respeito da liberdade de expressão como um domínio *especialmente protegido, que compreende não só o direito de manifestar o próprio pensamento (aspecto substantivo) como também o de livre utilização dos meios através dos quais esse pensamento pode ser difundido (aspecto instrumental), como bem se alcança do teor dispositivo do respectivo preceito: todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (...)*<sup>195</sup>.

Inclusive, por essa razão e a exemplo da liberdade religiosa, pode-se afirmar, na esteira dos ensinamentos de CANOTILHO, que a liberdade de expressão possui um *âmbito normativo alargado ou aberto*, de forma a abranger as mais diversas formas de expressão do pensamento e opiniões, seja por meio físico, virtual, escrito, desenhado, artístico e *etc.* Daí porque quando a Constituição – seja a brasileira ou a portuguesa – se refere à liberdade de expressão ela o faz com uma intenção puramente normativa, isto é, sem qualquer pretensão descritiva ou empírica, sem a pretensão de estabelecer um conceito do que seria ou não *expressão*. Por esta razão, do ponto de

<sup>192</sup>- <http://www.cortecostituzionale.it/actionNoteSentenza.do>. Consultado em 29 de janeiro de 2017.

<sup>193</sup>- ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 48.

<sup>194</sup>- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 270.

<sup>195</sup>- Acórdão n. 307/1988, Processo n. 99/87, rel. Conselheiro Monteiro Dinis. Referido julgamento declarou a inconstitucionalidade de deliberação da Câmara Municipal de Lisboa, de 12 de janeiro de 1987, que determinou punições pecuniárias a cidadãos que procedessem à inscrições em imóveis públicos na área do concelho de Lisboa.

vista metódico-hermenêutico, há uma *proibição de definição objetiva* do que seria ou não *expressão*.

Nesse sentido, em arremate, JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>196</sup> afirma que “*dada a transcendência das realidades em causa e as dificuldades de uma definição geométrica, o âmbito constitucionalmente protegido da liberdade de expressão deve ser construído em sentido amplo*”.

Por isso mesmo, igualmente a exemplo da liberdade religiosa, recorre-se a um *conceito tipológico*, de forma a afastar um *conceito objetivo*, demasiadamente estrito, e um *conceito subjetivo*, excessivamente genérico. Ademais, um *conceito tipológico* permite excluir do âmbito de proteção da norma as diferentes possibilidades de expressão do pensamento e de opiniões passíveis de proteção constitucional pela via de outros direitos fundamentais. Ou seja, o *âmbito de proteção alargado* da liberdade de expressão deve ser *captado a partir de conceitos amplos e não definitórios*, pois pode vir a abranger comportamentos que, em maior ou menor medida, possam vir a ser justificados e motivados religiosamente ou mesmo tenham uma natureza específica, como, por exemplo, atividades comerciais, político-partidárias, científicas ou culturais.

### 2.3. Comunicação social e seu conceito jurídico

A *liberdade de comunicação social* ganha relevância no mundo jurídico, dissociando-se gradualmente das formas mais genéricas de liberdade de expressão, motivo pelo qual é importante conceituá-la e analisá-la a parte, sem, contudo, não olvidar que a liberdade de comunicação social é uma espécie de liberdade de expressão, porém voltada para a forma como a liberdade de expressão é utilizada pelos veículos de comunicação. Para muitos, a liberdade de comunicação nada mais é do que a liberdade de imprensa<sup>197</sup>. JORGE ZAFFORE esclarece que a

---

<sup>196</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, p. 50.

<sup>197</sup>- PINTO, Ricardo Leite. *Liberdade de imprensa e vida privada*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 54, Abril/1994. p. 147.

liberdade de comunicação social traduz uma ideia de diálogo; e, nesse sentido, um diálogo social e não meramente interpessoal<sup>198</sup>.

Com essa afirmação, ao tratar do conceito da liberdade de comunicação social esta é ressaltada como uma garantia jurídica concedida aos veículos de comunicação em geral de se expressar, transmitindo informações, dados, notícias e, por via de consequência, fomentando a circulação de pensamentos diversos e a formação de opiniões. Daí justamente porque a liberdade de comunicação é, como já afirmado diversas vezes, tão relevante para uma democracia, e não poderia deixar de ser analisada de forma um pouco mais detalhada.

Porém, é salutar esclarecer a preferência pelo termo *liberdade de comunicação social* em detrimento de *liberdade de imprensa*, porquanto este último termo é mais restrito e não possui a abrangência necessária, especialmente considerando a modernidade e os vastos mecanismos de comunicação em massa, para muito além dos impressos, televisivos e de radiodifusão, aos quais o termo *imprensa* de fato remonta no seu conceito clássico, haja vista que hoje existem diversas mídias e redes sociais virtuais. Nesse contexto, vale a afirmação de THOMAS COOLEY, para quem “*a liberdade de imprensa não se limita à uma forma particular ou a um método de publicação, mas é extensiva a todos os modos de comunicar ao público factos, ideias e opiniões. Livros, panfletos, circulares, etc, estão por conseguinte compreendidos neste significado, bem como todas as publicações periódicas*”<sup>199</sup>.

O termo *liberdade de comunicação social* é também adotado por EDILSON DE FARIAS, que explica que seu conceito não é aplicável a tipos específicos de relações de comunicação social<sup>200</sup>, pois métodos de comunicação como telefone, satélites, telegrafia e afins não podem ser tidos como comunicação social, uma vez que os operadores destas comunicações não podem controlar e se responsabilizar pelo seu conteúdo, exatamente ao contrário do que acontece nos mecanismos como rádio e televisão, por exemplo, em que de fato há um *diálogo social*.

---

<sup>198</sup>- ZAFFORE, Jorge, *La comunicación masiva: regulación, libertad y pluralismo, bases sociológicas*. Buenos Aires: Depalma. 1990. p. 26.

<sup>199</sup>- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.

<sup>200</sup>- Op. cit. p. 92.

Com efeito, a comunicação social parece ser um termo mais adequado, dada sua abrangência alargada, e, sobretudo, seu alcance sobre os meios de comunicação mais modernos. Por exemplo, ANDRÉ MENDES DE ALMEIDA destaca que a comunicação social deve compreender a mídia de radiodifusão, também chamada de mídia eletrônica, e não apenas transmitida ao público em geral, mas também aquela direcionada a um público específico que paga pelo uso da transmissão, como acontece na televisão por assinatura<sup>201</sup>.

Cumpra ainda mencionar, no que tange ao conceito e entendimento da comunicação social, que ela está intimamente relacionada também com o contexto da informática, tecnologias de informação e as famigeradas redes sociais, por meio das quais todos os tipos de mídias tem se comunicado com o público em geral para transmitir notícias e informações. Tamanho o alcance e relevância do contexto eletrônico e de informática, surgiu um ramo do Direito destinado a regular as relações jurídicas envolvidas em tal contexto, qual seja, o Direito de Informática.

Há também outro interessante ramo do direito, denominado Direito da Telemática, que se refere à inter-relação entre computadores, dispositivos móveis e as telecomunicações, ou seja, de que maneira estas ferramentas são utilizadas na transmissão de dados e informações por meio de vídeos, videoconferência e afins<sup>202</sup>.

#### **2.4. O poder e a função dos veículos de comunicação**

Depois de compreender, ainda que de maneira não exaustiva, o que é a comunicação social, nos parece muito importante compreender também a relevância que os mecanismos de comunicação social possuem na sociedade. Como já esclarecido, o que torna a comunicação, uma comunicação de fato social, é justamente a forma como os veículos utilizam-na em *massa*, por meio de seus mais variados instrumentos. Como parece até óbvio, a comunicação social tem uma enorme capacidade de influência na sociedade em todas as áreas imagináveis, ainda que em maior ou menor grau.

---

<sup>201</sup>- ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32.

<sup>202</sup>- A telemática tem origem em um relatório do livro *L'informatisation de la Societe*, de autoria de Simon Nora e Alain Minc, de 1978, elaborado a pedido do presidente francês Valéry Giscard d'Estaing, cuja intenção era detalhar o impacto das inovações na área de informática para as décadas seguintes.

Aqui não se pretende fazer distinção entre os aspectos positivos ou negativos que a comunicação social podem impor perante os indivíduos, mas apenas deixar evidente a sua influência maciça, para o bem ou para o mal. Veja-se, por exemplo, o que já alertava MARIA EDUARDA GONÇALVES<sup>203</sup> há mais duas décadas, ao afirmar que a comunicação social é a terceira maior ocupação do homem, perdendo apenas para o trabalho e para o próprio sono.

Não bastasse isso, a comunicação social é imprescindível para a evolução da sociedade, para a valoração das informações e para a criação e diversificação das fontes de informação, o que, por via de consequência, permite que a própria sociedade se torne mais culta e desenvolvida. Esse desenvolvimento também atinge não somente a cultura, mas o progresso do trabalho, da indústria, da educação<sup>204</sup>.

De outro lado, há quem afirme que a intensa evolução dos mecanismos de transmissão de informação em massa deu ensejo a certa banalização da comunicação social, de modo que a facilidade com que se transmitem dados e informações torna a comunicação social indiferente.<sup>205</sup> Independente disso, parece muito certo que a comunicação social não apenas evolui de forma exponencial como também é um poderoso mecanismo de influência sobre a sociedade, podendo ser caracterizada até mesmo como um espelho e reflexo da evolução social como um todo.

Ou, em outras palavras, a comunicação social evolui na exata medida da evolução da sociedade, e seus instrumentos se tornam mais e mais eficazes, conforme a necessidade de informação e de diálogo dos indivíduos. Além disso, é evidente que a tecnologia também é preponderante nesta evolução e impulsiona o surgimento de outros métodos de comunicação social. Nas últimas décadas, constatou-se o maior crescimento dos instrumentos de comunicação social, muito em parte pela evolução e acesso da *internet*<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup>- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 5.

<sup>204</sup>- GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit. p. 10.

<sup>205</sup>- BRAGANÇA, Isabela. Evolução da comunicação.

Consultado em <<http://pt.scribd.com/doc/16088693/Evolucao-da-comunicacao-humana-Podemos-explicar-a-historia-da-existencia-humana-atraves-das-etapas-do-desenvolvimento-da-comunicacao>>, em 2 de fevereiro de 2017.

<sup>206</sup>- ALMEIDA, André Mendes de. Op. cit. p. 178.

Da mesma forma é o papel do desenvolvimento econômico, que favorece sobremaneira a globalização da comunicação social, o que se revela pelo surgimento de enormes empresas multinacionais e quase que *onipresentes* de comunicação social e redes sociais, tais como *Google, Youtube, Facebook, Twitter, Instagram* e outros<sup>207</sup>.

Por óbvio, o Direito deve estar apto a receber e regular toda esta evolução, porquanto os meios de comunicação são considerados como *estrutura política* de uma sociedade, como ponte de comunicação entre governos e governados<sup>208</sup>, e propiciam alterações profundas nas relações sociais, sendo que o efetivo exercício da liberdade de expressão pelos indivíduos, bem como o acesso às informações, depende em grande parte dos veículos de comunicação em massa<sup>209</sup>.

É exatamente neste cenário de relevância dos *mass media* que existe uma tendência cada vez mais assente de se *transferir a responsabilidade da efetivação da liberdade de expressão e de comunicação do Estado para o mercado*, o que indica, de certa forma, que apenas o regime jurídico regulamentador dos meios de comunicação social não é suficiente para determinar toda a amplitude e funcionamento da comunicação social, na exata medida em que as condições socioeconômicas são preponderantes na conformação e conduta dos veículos de comunicação<sup>210</sup>.

Vale, por fim, incluir o pensamento de UMBERTO ECO, para quem existem duas visões sobre a relevância dos veículos de comunicação em massa: A visão integradora é aquela segundo a qual a *mass media* são instituições norteadoras da cultura humana, e que por assim ser, possibilitam conhecimento sobre a história e viabilizam uma melhor compreensão do presente e

---

<sup>207</sup>- Um dos exemplos citados, o *Google* nasceu de uma parceria entre os amigos Larry Page e Sergey Brin, que se conheceram na Universidade de Michigan, no ano de 1955. Imbuídos no espírito de criar um mecanismo de pesquisa, criaram o *BackRub* no ano de 1996, que passou a operar nos servidores da Universidade de Stanford, mas foi extinto porque ocupava muita largura de banda. Em 1997, o *Google.com* é registrado como um domínio. A ideia dos amigos era organizar um mecanismo que possibilitasse a organização de uma quantidade infinita de informações a serem buscadas na internet. *Google* é aberto como sociedade o em setembro de 1998 e desde já apresenta habilidade fantástica para retornar resultados (PC Magazine set/1998). Após a criação de diversas ferramentas de pesquisas e braços de seu aplicativo, e da aquisição de outras empresas da área, em 2017 o *Google* está mais que consolidada como o maior site de pesquisas de informações de todo o mundo, acessado por bilhões de pessoas todos os dias. <https://www.google.com.br/about/company/history/#top>. Consultado em 2 de fevereiro de 2017.

<sup>208</sup>- SARAIVA, Paulo Lopo. *A comunicação social na Constituição Federal de 1998*. In *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 415.

<sup>209</sup>- GONÇALVES, Maria Eduarda. Op. cit. p. 28.

<sup>210</sup>- LÓPEZ, Modesto Saavedra. *La libertad de expresión en el Estado de derecho: entre la utopia y la realidade*. Editora Ariel, 1987, p. 15.

as ações do futuro<sup>211</sup>. Contudo, para tal visão, o poder e capacidade dos veículos de comunicação social não são absolutos, posto que existem condições que os tornam limitados ou têm o condão de restringi-los<sup>212</sup>.

A visão crítica estabelece que os veículos de comunicação não são dotados da capacidade de influenciar positivamente a sociedade e que, ao contrário, são responsáveis por sua manipulação e têm o poder real de deturpar dados e informações. Por via de consequência, não seriam responsáveis por contribuir para a democracia autêntica e transparente.<sup>213</sup> Ainda de acordo com esta visão, a mídia estaria a serviço dos interesses econômicos ou do poder político para, em conluio, manipular a opinião pública<sup>214</sup>.

Porém, nenhuma das duas visões deve ser encarada de forma absoluta, devendo prevalecer, em todo caso, a visão integradora dos veículos de comunicação, mas sem se esquecer do fato de que a mídia pode, como muitas vezes o faz, manipular dados e informações justamente no intuito de influenciar a opinião pública. Também, acreditamos que os poderes público e econômico podem interferir diretamente no diálogo social por meio da *mass media*, e de fato, todos os apontamentos históricos incluídos confirmam isso.

Contudo, não se acredita que este seja o papel dos veículos de comunicação. Ao contrário, estes pontos negativos existem justamente por conta do poder de informação que a comunicação social exerce em toda e qualquer sociedade. Ora, evidentemente, o ordenamento jurídico tem como intuito disciplinar a comunicação social de modo que ela seja capaz de trazer à sociedade todas as positivas contribuições possíveis, efetivando a liberdade de expressão como um dos pilares da democracia e do Estado Democrático de Direito; não é outro o objetivo do ordenamento jurídico e de todas as regras, normas e leis por meio dele criadas e elaboradas.

---

<sup>211</sup>- *Apud*, Ricardo Leite Pinto, op. cit. p. 39.

<sup>212</sup>- Ricardo Arnt, em seu artigo *A desordem do mundo e a ordem do jornal*. In: *Rede imaginária, televisão e democracia*. Coord. Aduino Novaes, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 176., esclarece que o poder da mídia também é atacado por contra poderes, e que por esse motivo, a mídia pode ser debilitada e barrada por diversos tipos de interesses.

<sup>213</sup>- LICHTENBERG, Judith. *Democracy and mass media*. New York: Cambridge University Press, 1995, p. 10.

<sup>214</sup>- FERREIRA, Argemiro. *As redes de TV e os senhores da aldeia global*. In: *Rede imaginária, televisão e democracia*. Coord. Aduino Novaes, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 155.

De qualquer modo, é também evidente que as condenações trazidas pela *visão crítica*, embora não absolutas, são reais, ao passo que, se a sociedade é influenciada pela comunicação, sua estrutura e seu governo também são igualmente capazes de condicionar a forma de exercício da comunicação social, e por consequência, da própria liberdade de expressão.

Uma análise dos apontamentos históricos aqui inseridos demonstra que, muitas vezes, a própria estrutura normativa criada pelo Estado, com restrições a direitos fundamentais, ou mesmo os interesses do poder econômico e do poder político, podem ser agentes de *contra poder* da mídia, e que tais fatores, de uma forma ou de outra, interferem no pleno e livre exercício da liberdade de expressão, ainda que muitas vezes o façam em prol da proteção de outros direitos.

Por fim, cabe aqui a citação de PAULO OTERO<sup>215</sup>, para quem os veículos de comunicação caracterizam uma “*nova soberania da moderna sociedade: eles julgam e condenam antes da intervenção dos tribunais, aprovam e rejeitam iniciativas legislativas e administrativas, glorificam ou crucificam políticos e opiniões políticas*”.

No contexto da análise da influência e poder que os veículos de comunicação social exercem na sociedade, cumpre dar destaque às funções efetivas da comunicação social, com base em classificação específica de EDILSOM DE FARIAS, em sua obra para a *Revista dos Tribunais*<sup>216</sup>, extraída de sua tese de doutoramento já mencionada, e doutrinas pontuais a respeito da temática.

A partir de um estudo dos papéis que a comunicação social exerce, é possível compreender de que maneira ela efetivamente é relevante para a formação de consciência de cada cidadão e do cidadão para a sociedade por meio da transmissão de ideias e pensamentos; constatar-se-á, mais uma vez, que de fato os meios de comunicação em massa desenvolvem papel crucial no seio da sociedade com funções que serão a seguir analisadas: *função política, função*

---

<sup>215</sup>- OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001. p. 203.

<sup>216</sup>- FARIAS, Edilsom de. *Liberdade de expressão e comunicação, teoria e proteção constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005. pp. 112-121.

*cultural e função de quadro de avisos*<sup>217</sup>, sendo a primeira de relevância e enfoque para o tema em questão.

No âmbito da *função política* a atuação dos veículos de comunicação tem o poder de influenciar atividades políticas e afetar decisões tomadas pelos mais variados poderes públicos. Também por isso, possuem influência direta nas transformações sociais e políticas de cada sociedade. EDILSON DE FARIAS cita que este seria o objetivo da comunicação social, no que se pode discordar, haja vista que a *mass media* não nasceu ou evoluiu com o intuito precípua de direcionar transformações sociais, sendo tais ocorrências verdadeiras consequências da sua atuação, muitas vezes abusiva ou mesmo direcionada para propósitos específicos sob o patrocínio de determinados setores sociais.

O objetivo da comunicação social é o de informar e transformar, ao passo que a maneira como ela atua neste sentido é que caracteriza suas funções e seu papel perante a sociedade, o que também está em constante mudança, inclusive em decorrência das inovações tecnológicas.

Não obstante, é evidente que a comunicação social exerce papel político, de forma direta ou indireta. Veja-se, por exemplo, o recente caso de *impeachment* e da crise política e institucional pela qual passa a sociedade brasileira. Dilma Rousseff, ex-Presidente da República Federativa do Brasil passou por um amplo e público processo de *impeachment*, tendo sido ao final deste considerada impedida para o cargo de Presidente. O movimento em favor do *impeachment* se iniciou nas ruas um ano e meio antes da conclusão do processo, com apoio popular da elite brasileira e ampla cobertura da mídia impressa, de rádio, de televisão e de todos os veículos *online* de comunicação social, de forma que, ademais, as redes sociais exerceram papel preponderante neste aspecto.

Inúmeros veículos de comunicação e até mesmo diversos juristas e políticos sustentam que a mídia foi a grande responsável por conceder legitimidade ao processo de *impeachment*<sup>218</sup>,

---

<sup>217</sup>- Op. cit. p. 115.

<sup>218</sup>- *A legitimidade do impeachment construída pela grande mídia*, Carta Capital, 18.4.2016. Consultado em 14 de fevereiro de 2017. <http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/a-legitimidade-do-impeachment-tramada-pela-grande-midia>. *Os grandes jornais apoiam o impeachment de Dilma Rousseff*, Pragmatismo Político, 5 de maio de 2016. Consultado em 14 de fevereiro de 2017. <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/05/os-grandes-jornais->

ao passo que outros veículos, ao contrário, afirmam expressamente que o *impeachment* teria sido uma construção narrativa *novelizada* feita pela mídia brasileira: “o *negócio da mídia brasileira não é jornalismo e nem notícias, é construção de crise, instabilidade e ‘normalidade’*”<sup>219</sup>. Há ainda os que criticam a grande mídia, chamando-a de *golpista*, ao passo que outros reconhecem que sem a mídia a crise política e econômica instaurada nos últimos quatro anos não teria sido levada ao conhecimento da sociedade de forma tão efetiva, e tampouco os cidadãos teriam conhecimento dos impressionantes e absurdos crimes cometidos pela grande classe política e empresarial do país, fatos estes denunciados e julgados no âmbito da famigerada operação “Lava-Jato”.

Veja-se, por exemplo, que o magistrado SÉRGIO MORO, Juiz Federal, que conduz e julga os casos relacionados à operação “Lava-Jato”, em palestra proferida no Fórum Aner, destacou o jornalismo investigativo e reafirmou o papel da imprensa nos desdobramentos da operação por meio da transmissão de suas informações à sociedade, cobrando ainda uma cobertura mais aprofundada a respeito das consequências de tão importante processo, como a necessidade de uma reforma política no país<sup>220</sup>.

Há diversos casos e exemplos contundentes a respeito da influência e possibilidade de transformação política levadas a cabo pela comunicação social na sociedade, sendo estes apenas exemplos recentes de outros tantos que poderiam ser citados. Inclusive, no âmbito brasileiro facilmente se constata atualmente um maior interesse social na política e, inclusive, uma maior participação e interação da sociedade com o processo político e legislativo, o que pode ser atribuído em grande parte ao alcance e influência das redes sociais, uma vez que nelas o cidadão pode, a partir da sua liberdade de expressão e também de comunicação, agir com verdadeiro *fiscal* do Estado, atuando como crítico e inclusive como propagador de informações; as quais, infelizmente, podem muitas vezes ser falsas devido à ausência de controle prévio ou mesmo em

---

apoiam-o-impeachment-de-dilma-rousseff.html. *O papel da mídia na cobertura do impeachment*, Congresso em Foco, 12 de abril de 2016. Consultado em 14 de fevereiro de 2017. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/visoes-sobre-o-papel-da-midia-na-cobertura-do-impeachment/>.

<sup>219</sup>- *Mídia brasileira construiu narrativa novelizada do impeachment*. Brasil de Fato, 2 de setembro de 2016. Consultado em 14 de fevereiro de 2017. <https://www.brasildefato.com.br/2016/09/02/midia-brasileira-construiu-narrativa-novelizada-do-impeachment/>

<sup>220</sup>- <http://propmark.com.br/mercado/juiz-sergio-moro-fala-sobre-papel-da-imprensa-na-lava-jato>. Consultado em 14 de fevereiro de 2017.

virtude da falta de conhecimento técnico sobre determinados assuntos pela maioria da população, que pode vir a compartilhar informações sem antes poder verificar a sua veracidade.

No âmbito da *função política*, a comunicação social exerce ainda o que se pode denominar de *subpapéis*, como o de *investigar*, *fiscalizar* e *denunciar* órgãos e agentes públicos, além de transmitir aos cidadãos as informações que possam conscientizá-los e auxiliá-los na tomada de decisões; é sem dúvida a formação de um debate público e democrático o resultado de uma mídia informativa, investigativa e fiscalizadora que cumpra suas funções sociais de informar com verdade e responsabilidade. Para EDILSON DE FARIAS, ainda no espectro da função política, a comunicação social exerce um papel de *cão de guarda público*<sup>221</sup>, ou seja, o de monitorar o trabalho do poder público e os agentes políticos, retransmitindo informações e, sobretudo, denunciando eventuais irregularidades<sup>222</sup>.

Nesse contexto, é a antiga, porém brilhante e ainda válida, a citação de RUI BARBOSA, para quem “*um dos maiores benefícios da liberdade de imprensa é acoroçar os cidadãos a vigiarem sem cessar os homens públicos, alumiarem-lhes o procedimento, desvendarem-lhes as intrigas, advertirem a sociedade dos perigos que ela corre*”<sup>223</sup>. Assim, a comunicação social é um mecanismo em favor da efetivação da democracia representativa<sup>224</sup>, assim entendemos, na exata medida em que ela permite que o indivíduo comum se informe e tenha o exato conhecimento sobre a forma de atuação dos representantes políticos. Os veículos de comunicação são, dessa maneira, um canal entre o poder público e político e a sociedade.

Entretanto, neste processo a *mass media* pode se corromper e sucumbir ao poder que ela deveria fiscalizar e muitas vezes denunciar; isto acontece quando a mídia se comporta de maneira não independente e se torna mera transmissora e intermediadora das intenções e desejos do poder público, agindo como um verdadeiro *agente político disfarçado de imprensa*. Logo, somente mediante uma atuação independente, institucional e legal é que os veículos de comunicação

---

<sup>221</sup>- Op. cit. p. 117.

<sup>222</sup>- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopia y la realidad*, Barcelona: Ariel, 1988. p. 15.

<sup>223</sup>- BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. São Paulo: Vozes, 1978. p. 91.

<sup>224</sup>- VENTURA, Adrian. *La función de la prensa en el controle de la corrupción*. Revista de abogados de Buenos Aires, T. 54, agosto 1994. p. 85

social conseguem efetivar sua *função política* no papel de fortalecimento da democracia. Caso contrário, ela se torna apenas mais um agente em favor da corrupção, agindo em favor de determinados interesses próprios, partidários ou econômicos.

Além das funções até aqui mencionadas, no âmbito do *papel político* exercido pela comunicação social encontra-se a função de *subsídio* à sociedade, ou seja, a função de, a partir da responsabilidade pela transmissão de dados, informações, pensamentos e opiniões diversas, propiciar aos indivíduos um amplo conhecimento de assuntos variados que lhe permitirão a tomada de decisões coerentes. Nesse sentido, EDILSON DE FARIAS exemplifica o caso brasileiro em que, a partir dos 18 anos, todo cidadão é *obrigado* a votar em eleições e que, nesta hipótese, o cumprimento deste dever cívico somente ocorrerá de maneira segura e adequada mediante pleno conhecimento dos fatos e informações que circundam cada candidato, bem como de suas propostas e que este trabalho pode ser muito bem desempenhado pelos veículos de comunicação em massa<sup>225</sup>. O que importa nesse contexto é uma pluralidade de informações, que só ocorre com uma mídia livre e independente. Daí porque, mais uma vez, a importância da liberdade de comunicação social.

## 2.5. Princípios norteadores da liberdade de expressão

A natureza da liberdade de expressão se torna mais facilmente compreendida quando analisados os princípios que a norteiam; o que também facilita esta melhor compreensão é o entendimento das concepções até então observadas e analisadas, de modo que princípios e concepções se complementam como pilares fundadores da liberdade de expressão.

Pode-se até mesmo afirmar que os princípios que norteiam a liberdade de expressão, e também a de comunicação, formam *valores*, ou um *sistema de valores*<sup>226</sup> que deve ser observado tanto no que diz respeito à atuação positiva do Estado em fomento e garantia da liberdade de expressão, quanto em relação à atuação do Poder Judiciário, quando da análise de conflitos entre direitos fundamentais, e, obviamente, do próprio cidadão, detentor e respeitador do direito à livre expressão e comunicação.

---

<sup>225</sup>- Op. cit. p. 120.

<sup>226</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 66.

Daí porque, estudar os princípios que norteiam a liberdade de expressão, ainda que de forma não exaustiva e um tanto quanto superficial, é de salutar relevância para o tema das restrições à liberdade de expressão.

ARCHIBALD COX destaca que os pilares da liberdade de expressão devem ser analisados como um *conjunto*, que apesar de existirem por si só, formam um sistema integrado que justifica a liberdade de expressão como um direito fundamental de natureza pessoal, mas também de natureza política, já que apresenta importante papel para a democracia é extensiva às necessidades dos cidadãos em comunidade<sup>227</sup>.

Em outras palavras, ARCHIBALD COX se refere ao fato de que a liberdade de expressão é, antes de tudo, um *princípio forte* em si mesmo, de modo que os demais princípios que a integram não são excludentes, mas, na realidade, abrem caminho para que a liberdade de expressão se insira como direito imprescindível à conquista e garantias de outros direitos nos mais diversos setores de uma sociedade. Neste aspecto, como *princípio forte*, a liberdade de expressão é necessária não apenas para a fortificação da democracia, como já defendido, mas também *um verdadeiro marco para a disseminação da cultura e das artes, das religiões, das variadas ideias, da ciência, sendo que a garantia de um ambiente livre em ideias permite que todos estes aspectos se conduzam livremente e de forma imparcial*<sup>228</sup>.

A citação de PONTES DE MIRANDA parece muito pertinente nesse contexto, quando afirma que o papel da liberdade de expressão não apenas é o “*informar o público quanto ao que se passa na política, na ciência, na arte, na economia e no direito*”<sup>229</sup>.

Talvez o princípio mais enraizado e principal na liberdade de expressão seja o *princípio da não censura*, ou *princípio da incensurabilidade*. Ora, a razão de ser da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, assim exposta na constituições brasileira e portuguesa, é justamente o fato de que os cidadãos podem livremente se comunicar e expressar suas ideias, sem

<sup>227</sup>- COX, Archibald. *Freedom of expression*. Harvard University Express, jan, 1981. p.10.

<sup>228</sup>- SMOLLA, Rodney A. *Jerry Falwell V. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Chicago: Illini books, 1990, p. 3.

<sup>229</sup>- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Liberdade de Imprensa* In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Forense, 1976, p. 186.

interferência, assim como deve necessária e efetivamente existir homens e mulheres livres se comunicando, expressando ideias, opiniões divergentes e variadas, de modo a tornar efetiva a democracia. Portanto, o *princípio da não censura* está diametralmente ligado à liberdade de pensamento e ao princípio do pluralismo<sup>230</sup>. Veja-se que, ao comentar a Constituição brasileira de 1946, PONTES DE MIRANDA já tratava sobre tal questão denominando *princípio da incensurabilidade* como aquele mais relevante da liberdade de expressão e aqui também da de comunicação, porquanto os pensamentos, as ideias e as manifestações não podem estar submetidas à inquisição ou a qualquer tipo de interferência de cidadãos comuns ou do Estado<sup>231</sup>.

CANOTILHO, ao comentar a Constituição Portuguesa, também afirma que “*a colocação da proibição da censura no artigo respeitante à liberdade de expressão e informação e não nos artigos referentes à liberdade de imprensa, significa que a proibição constitucional é de âmbito geral. Extensional e intensionalmente, a proibição de censura aplica-se a toda e qualquer forma de expressão e informação e não apenas à que tem lugar através dos meios de comunicação*”.<sup>232</sup> Além disso, CANOTILHO afirma na mesma oportunidade que a proibição de censura não se aplica apenas e tão somente perante o Estado, mas perante *toda e qualquer cidadão e toda e qualquer entidade*.

Ainda, ao se observar os pontos históricos já descritos até aqui, é possível constatar que os liberais, por exemplo, sempre defenderam a bandeira de que a ausência total de censura é pressuposto da liberdade de expressão, e que somente de tal maneira era se tornaria um direito fundamental, de forma que o ser humano não encontre obstáculos à exteriorização de suas ideias e pensamentos, independente das divergências de opiniões; e não poderia ser diferente, afinal, a história também revela que a busca da liberdade de expressão como direito, e, depois, como direito humano e, mais tarde, como direito fundamental, sempre se calcou na necessidade de defesa contra arbitrariedades e proibições sem fundamento. Veja-se, por exemplo, que mesmo a civilização grega, conhecida por suas raízes democráticas e filosóficas, sofria de censuras prévias

<sup>230</sup>- GONZALES, Santiago Sanchez. *La libertad de expression..* Madrid: Marcial Pons, 1994. p. 33.

<sup>231</sup>- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Ver. tomos IV e V, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971

<sup>232</sup>- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 571.

às manifestações artísticas e religiosas das cidades-Estados. Em Roma, também havia censura contra hábitos e costumes de seus cidadãos<sup>233</sup>.

Nos períodos subseqüentes, bem sabemos que a censura chegou a ser até mesmo legalizada, como no caso da Idade Média, em que o exercício de fé diversa da católica era considerado como heresia, assim como a divulgação de qualquer teoria ou doutrina que se mostrasse diversa do entendimento da Igreja, o que costumava resultar nas famosas penas de morte e tortura do período da Inquisição<sup>234</sup>. Mesmo no período de formação dos Estados modernos, como é o caso da Inglaterra, a censura prévia era igualmente institucionalizada, como já mencionado. Vale destacar que o próprio JOHN MILTON, apesar de se opor à censura prévia, como fica evidente em seu discurso da *Areopagítica*, não contrariava a possibilidade de censura posterior, com a queima de livros, por exemplo<sup>235</sup>.

Apesar de o *princípio da incensurabilidade* ser a raiz, ou até mesmo a causa da liberdade de expressão, ou seja, já há muito existir, ele permanece como um pressuposto deste direito fundamental e ainda hoje é considerado como o princípio necessário à garantia de que a liberdade de ideias, de pensamento e de expressão não pode ser obstaculizada por qualquer tipo de restrição, seja ela por parte do poder público, de cidadãos em geral, ou do poder privado.

Portanto, diante de sua natureza, de sua razão de ser, e de sua relevância, o *princípio da não censura* é praticamente unânime entre a doutrina, embora a *práxis* permita afirmar que, na jurisprudência ele é muitas vezes mitigado – e deve sê-lo –, mormente quando se trata de conflitos entre outros direitos fundamentais. Basta verificar que a liberdade de expressão, acompanhada de menções expressas à proibição da censura, de qualquer espécie, é colocada como norma não apenas na constituição dos principais Estados, mas também nas mais variadas declarações universais de direitos humanos<sup>236</sup>.

<sup>233</sup>- PELLET LASTRA, Arturo. *La libertad de expresión*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 22.

<sup>234</sup>- FÉDER, João. *Crimes da comunicação social*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

<sup>235</sup>- É o que bem destaca Felipe Fortuna, em sua tradução bilingue do discurso *Aeropagítica*, In: MILTON, John, *Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 24.

<sup>236</sup>- A Constituição Brasileira, em seu arts. 5º, IX e art. 220, § 1º afirmam respectivamente que: “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*” e “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*”. Veja que este artigo

É importante destacar importante menção feita por EDILSON DE FARIAS a respeito do *princípio da incensurabilidade*; o autor chama a atenção para o fato de que em séculos passados, especialmente entre os séculos XVIII e XIX, o *princípio da não censura* estava vinculado à liberdade de expressão de uma forma a torná-la uma liberdade negativa, ou em outras palavras, um *direito de defesa* dos cidadãos contra arbitrariedades cometidas pelo Estado, de modo que tal princípio conclamava apenas que os Estados se abstivessem de qualquer conduta que caracterizasse censura, prévia ou posterior, à liberdade de expressão e de imprensa<sup>237</sup>. Contudo, na atualidade referido princípio é muito mais abrangente, porquanto não se direciona apenas à atuação, ou abstenção do Estado quanto às práticas de censura, mas a todos os cidadãos, aos setores privados e a toda a estrutura do poder público. Além disso, não se trata mais de uma liberdade negativa, ou seja, da obrigatoriedade de abstenções quanto à censura, mas sim de uma liberdade positiva, que demanda a atuação do Estado não apenas no sentido de se abster, mas essencialmente de fomentar, promover e garantir a liberdade de ideias e de pensamentos, tal como a liberdade de comunicação social.

Ainda, há que se destacar, como se depreende da leitura da obra de EDWARD G. HUDON, que a liberdade de expressão, no que se refere ao *princípio da não censura*, não representa qualquer contradição em relação às restrições legalmente impostas em seu próprio âmbito, mormente porque tais restrições estão relacionadas com a necessidade de proteção a outros direitos fundamentais e até mesmo a proteção contra abusos que são cometidos por aqueles que se utilizam de forma equivocada da liberdade de expressão. Vale dizer, e isto é de suma importância, *a incensurabilidade não significa liberdade absoluta da transmissão de ideias e pensamentos, ou imunidade à censura de matérias ou reportagens claramente criminosas*<sup>238</sup>.

Há ainda, o *princípio do pluralismo* que também se destaca como princípio basilar da liberdade de expressão. Referido princípio também está diretamente vinculado à questão da liberdade de expressão como necessária para a efetivação da democracia e também com a cultura

---

220, § 1º está inserido em capítulo destinado exclusivamente à comunicação social. A Constituição Portuguesa também é expressa em relação à censura, ao afirmar em seu artigo 37, nn. 1 e 2, respectivamente, que: “*Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*”. “*O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura*”.

<sup>237</sup>- Op. cit. p. 68.

<sup>238</sup>- HUDON, Edward G. *Imprensa e liberdade*. Rio de Janeiro: Lidador, 1965. p. 28.

social. Ora, um dos objetivos primordiais da liberdade de expressão é garantir a variedade de ideias e pensamentos a respeito de questões sociais, políticas e culturais, porquanto tais questões enriquecem o debate público, e fortalecem a cultura cívica dos cidadãos. Nesse sentido, é o que bem destaca SUNSTEIN<sup>239</sup> ao afirmar que:

“A principal function of a democratic system is to ensure that through representative or participatory processes, new or submerged voices, or novel depictions of where interests lie and what they in fact are, are heard and understood. If representatives or citizens are able to participate in a collective discussion of broadcasting or the appropriate nature of the Internet, they can generate a far fuller and richer picture of the central social goals, and of how they might be served, than can be provided through individual decisions as registered in the market. It should hardly be surprising if preferences, values, and perceptions of what matters, to individuals and to societies, are changed as a result of that process.”

Como pondera EDILSON DE FARIAS, o pluralismo na liberdade de expressão e na comunicação social permite que os cidadãos tenham conhecimento a respeito de uma variedade de fatos, informações, ideias e pensamentos, o que lhes permitirá uma melhor e mais sólida formação em suas concepções políticas, em suas próprias ideologias, de tal forma que as decisões em âmbito político serão mais bem tomadas, assim como as responsabilidades cívicas, relacionadas com a soberania popular, serão igualmente melhor exercidas<sup>240</sup>. Tudo isso, contribui para a efetivação da democracia, do Estado de Direito e da própria manutenção dos direitos fundamentais, porquanto os cidadãos estão melhor preparados para reivindicá-los e fazê-los valer.

Além disso, o pluralismo de ideias e pensamentos também está estritamente vinculado com a comunicação social, uma vez que a variedade de ideias e pensamentos dá ensejo à fidedigna e melhor qualidade de notícias, reportagens e programas veiculados especialmente pela

---

<sup>239</sup>- SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Foundation Press, 1988. p. 208.

<sup>240</sup>- Op. cit. p. 70.

grande mídia; até mesmo porque, um dos objetivos da liberdade de expressão, tal como hoje se observa e se propõe em suas razões e princípios, é justamente impedir a homogeneização de ideias e pensamentos veiculados através das matérias e programas divulgados pela mídia.<sup>241</sup> Nesse sentido, mais uma importante e pertinente menção de SUNSTEIN<sup>242</sup>:

“a government effort to require quality and diversity would be simply another regulatory system, with different requirements and exclusions. The current conception of government 'regulation' turns out to misstate certain issues and sometimes disserves the goal of free expression itself. The present system is pervasively regulated. The notion of 'laissez-faire' is no less a myth - a conceptual error - for speech than it is for property”.

Portanto, vê-se que o *princípio do pluralismo de ideias e opiniões* existe por si só, mas também fundamenta e estrutura a liberdade de expressão, tornando-se razão de ser, especialmente na atualidade, de tais direitos fundamentais, de modo a garantir a variedade de ideias e pensamentos, o que diretamente contribui para a cultura e fomenta a democracia. Vale mencionar, ainda que não seja este o intuito, e especificamente no que se refere ao estatuto positivado da comunicação social, que ela encontra guarida na Constituição Brasileira, em capítulo específico, dos artigos 220 a 224<sup>243</sup> e também na Constituição Portuguesa, no artigo 39<sup>o</sup><sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup>- Op. cit. p. 72.

<sup>242</sup>- Op. cit. p. 210.

<sup>243</sup>- Constituição Brasileira, arts. 220 a 224: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais

Observa-se que a Constituição Brasileira, além de deixar claros os objetivos e direitos envolvidos na comunicação social, também se preocupou em regular questões técnicas e específicas sobre esta, inclusive no que diz respeito às empresas e veículos de comunicação em massa. É bem verdade que no Brasil, o tema relacionado com a comunicação social é extremamente controverso e, desde a promulgação da Constituição de 1988, diversos projetos de lei já tramitaram no Congresso Nacional objetivando justamente conferir maior regulamentação à *mass media*. De qualquer forma, a comunicação social é uma garantia institucional imposta pelo Poder Constituinte, e como tal, apresenta seus próprios valores e princípios.

Já a Constituição Portuguesa possui uma redação mais genérica, deixando ao encargo de leis infraconstitucionais a regulação mais específica da comunicação social. Contudo, vê-se que o texto, assim como a constituição brasileira, estabelece princípios e pressupostos que devem ser necessariamente obedecidos para se assegurar a comunicação social institucionalizada. Além

---

*e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional. Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão. Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei”.*

<sup>244</sup>- **Constituição Portuguesa:** Artigo 39.º ”Regulação da comunicação social. 1. Cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: a) O direito à informação e a liberdade de imprensa; b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social; c) A independência perante o poder político e o poder económico; d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais; e) O respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social; f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião; g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política. 2. A lei define a composição, as competências, a organização e o funcionamento da entidade referida no número anterior, bem como o estatuto dos respectivos membros, designados pela Assembleia da República e por cooptação destes”.

disso, ela dispõe de artigos próprios à liberdade de imprensa e meios de comunicação, inclusive conceituando o que vem a ser liberdade de imprensa<sup>245</sup>.

## 2.6. Os direitos relacionados com a liberdade de expressão

Neste ponto, é crucial uma análise dos direitos fundamentais estritamente relacionados com a liberdade de expressão, para melhor compreender seu âmbito de proteção *alargado* e as restrições que lhes são passíveis.

O primeiro direito a ser destacado é o *direito de informar*, que é um direito ativo ou positivo, ou seja, consistente na possibilidade de se transmitir ideias, pensamentos, opiniões e afins. O direito de informar é um direito fundamental, assim previsto na Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inc. XIV, segundo o qual, é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Já a Constituição Portuguesa, em seu artigo 37º, direcionado à liberdade de expressão e informação, estabelece no n. 1 que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*”.

Veja-se ainda que a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 19º, estabelece que “*todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão*”.

Portanto, a liberdade de expressão pressupõe o direito fundamental de informar e o direito de informar nada mais é do que a possibilidade legal de que o titular de tal direito possa difundir informações e divulgar fatos. Nesse aspecto, o direito de informar, num segundo momento, e no

---

<sup>245</sup>- **Constituição Portuguesa:** Artigo 38º, n. 2: “*A liberdade de imprensa implica: a) A liberdade de expressão e criação dos jornalistas e colaboradores, bem como a intervenção dos primeiros na orientação editorial dos respectivos órgãos de comunicação social, salvo quando tiverem natureza doutrinária ou confessional; b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à protecção da independência e do sigilo profissionais, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção; c) O direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias*”.

que tange à comunicação social, significaria a possibilidade, constitucionalmente amparada, de os veículos de comunicação social transmitirem fatos e informações de interesse coletivo.

Para EDILSON DE FARIAS<sup>246</sup>, o direito de informar deve ser tido como uma liberdade negativa, ou mesmo como um direito de defesa contra a atuação do Estado, ou mesmo contra a atuação do poder econômico, como bem ressalta o autor. Nesse sentido, o direito de informar demandaria pura e simplesmente que o Estado, o poder econômico ou todo e qualquer cidadão se abstinhasse de impedir qualquer modo de comunicação dos titulares do direito de informar, ou seja, de todos os cidadãos e dos veículos de comunicação.

Veja-se, também, que o direito de informar está diretamente vinculado com o *princípio da incensurabilidade*. Ou, em outras palavras, só há pleno funcionamento do direito de informar quando não há censura, prévia, ou posterior, sobretudo no âmbito da comunicação social.

Contudo, além de ser encarado como uma liberdade negativa, o direito de informar também pode ser entendido como uma liberdade positiva, como ressalta também<sup>247</sup>; é que, o Poder Público pode ter também o dever de prestação em relação ao direito de informar e tal questão é bastante perceptível na Constituição Brasileira, por exemplo.<sup>248</sup> Ainda nesse contexto de ações positivas se enquadra o fato de que, no caso brasileiro, em que pese a própria Constituição prever a liberdade de imprensa, ela também garante a possibilidade de indenização por dano material ou moral em caso de ofensa e dano, onde se inclui a calúnia, injúria e difamação. Isso também demonstra que a liberdade de expressão, embora assegurada, não é ilimitada ao ponto de que se possam veicular mentiras e informações capazes de ofender a honra

---

<sup>246</sup>- Op. cit. p. 76.

<sup>247</sup>- Op. cit. p. 78.

<sup>248</sup>- O artigo 5º, inc. XXXIII determina que: “*Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”. Além disso, o inc. LXXII, do mesmo dispositivo, dispõe sobre o habeas data, nos seguintes termos: “*conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo*”. Portanto, a CF dispõe de um remédio constitucional, cujo intuito é justamente o de garantir ao cidadão o acesso à informações relacionadas com seus registros em órgãos públicos. Este é um típico exemplo em que o Poder Público tem a obrigação positiva, consistente em propiciar meios de acesso à informação.

ou a imagem de uma pessoa; ou se veiculadas notícias e informações nesse sentido assegurada estará também a chance de o ofendido se ver indenizado<sup>249</sup>.

A Constituição Portuguesa, como afirma CANOTILHO, engloba em seu artigo 37º não apenas o direito de expressão de pensamento, mas precisamente o direito de informação. CANOTILHO afirma não ser tão fácil tratar da distinção entre os dois direitos, mas que, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, o seu regime é essencialmente o mesmo<sup>250</sup>.

O constitucionalista português afirma ainda que *o direito de informar integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. Estes três níveis constituem, na verdade, o direito de informação*. O direito de informar nada mais é do que a liberdade de difundir pensamentos e informações a terceiros, sem restrições. O direito de ser informado nada mais é do que o direito de obter ou recolher a informação, por qualquer meio que seja. E o direito de ser informado é precisamente a *versão positiva do direito de se informar*, ou seja, o direito que todo cidadão possui de ser verdadeiramente informado pelos meios de comunicação.<sup>251</sup> Vê-se, portanto, que o direito de informar, como não poderia deixar de ser, está diretamente vinculado com a liberdade de comunicação social.

O direito de informar tem como seu titular todo e qualquer cidadão, além do fato de a modernidade e o avanço tecnológico permitir que tal direito seja exercido também por agentes da informação, ou seja, por instituições próprias de comunicação social, ou, pelos próprios veículos de comunicação<sup>252</sup>. De outro lado, o polo passivo da comunicação, ou seja, o direito de ser informado revela-se como um dos pontos mais relevantes do processo constitucional atual<sup>253</sup>. Ou, em outros termos, o direito de ser informado tem sido considerado também sob o enfoque do receptor da informação e de que maneira ela chega a ele.

---

<sup>249</sup>- De tal questão advém o *dever de cautela*, ou seja, o dever de prudência do cidadão responsável por divulgar fatos ou transmitir informações, a fim de que se busque, antes de mais nada, a idoneidade da informação, como bem ressalta Gilberto Haddad Jabur, em sua obra *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 173.

<sup>250</sup>- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 572.

<sup>251</sup>- Op. cit. p. 573.

<sup>252</sup>- FARIAS, Edilson. Op. cit. p. 80.

<sup>253</sup>- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 224.

Nesse aspecto, mais uma vez, os meios de comunicação se revelam importantíssimos na construção deste processo, porquanto, o direito de ser informado é mais bem efetivado quando os veículos de comunicação transmitem com idoneidade e responsabilidade todos os fatos de interesse da coletividade<sup>254</sup>.

O *direito à comunicação* é um direito humano e fundamental, que se construiu como tal a partir de um contexto histórico, social, político e ideológico. Há muito já se discutiu um conceito e se o direito à comunicação se enquadraria como direito fundamental. Ainda em 1984, FISCHER argumentou que<sup>255</sup>:

“Um direito expressa uma necessidade contínua, necessidade que – caso recusada ou amputada – afeta o próprio ser do sujeito. Os seres humanos não podem ser privados de seus direitos de viver e ainda existir; nem podem ser privados de seu direito de comunicar sem que se diminua sua dignidade humana e sem que se negue sua própria condição de humanidade. [...] a liberdade tem uma conotação mais limitada. Ela implica que seu sujeito pode escolher entre exercê-la – ou não. Escolhendo assim não fazer, o sujeito não é diminuído de maneira alguma, no status dele ou dela como ser humano. Deve-se também indagar-se se o ‘direito de comunicar’ é a melhor maneira de declarar o conceito. Argumentam alguns que esta última formulação é demasiado estática, que ela se refere mais ao conteúdo do que está sendo comunicado do que ao ato de comunicação propriamente dito. Daí porque a expressão ‘droit à la communication’ é hoje preferida pela maioria dos que escrevem em francês que versam sobre o assunto, em vez de ‘droit de la communication’ [...]. Com adequação Cocca ressalta que o uso espanhol ‘el derecho a comunicar-se’ (literalmente o direito de alguém se exprimir) deixa claro que é a ação de comunicar, mais do que

---

<sup>254</sup>- COX, Archibald. Op. cit. p. 3.

<sup>255</sup>- FISHER, Desmond. *O direito de comunicar: Expressão, informação e liberdade*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

o conteúdo da comunicação propriamente dita, que está sendo descrita”.

Porém, ALUÍZIO FERREIRA, em obra de 1997<sup>256</sup>, apresentou o que se pode dizer como uma excelente solução para a conceituação do direito de comunicação, que também é capaz de contemplá-lo como direito fundamental:

“Para consagrar-se num só instituto jurídico o direito às três prestações – buscar, receber e comunicar informações – a esse instituto não convirá denominar-se simplesmente direito à informação, nem direito de comunicar, mas direito à comunicação, único conceito adequado para compreender as três correspondentes faculdades.”

Nesse contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos também contempla o direito à comunicação como um direito humano, a teor do que disciplina o art. 19; tudo isso decorre, logicamente, da importância que a comunicação adquiriu, mesmo em sede doutrinária, e especialmente a partir do Século XX, justificando, inclusive, uma nova disciplina jurídica.<sup>257</sup>

Para ALUÍZIO FERREIRA<sup>258</sup>, essa disciplina jurídica pode ser chamada de *Direito da Comunicação*, embora alguns a denominem de *Direito da Informação*, o que não nos parece mais adequado. Assim é que o Direito da Comunicação visa à análise e estudo de toda a legislação pertinente à busca, recepção e transmissão de comunicação, não apenas por cada cidadão comum, no âmbito do exercício de sua própria liberdade de expressão, mas também no âmbito da própria comunicação social. Ou, nas palavras de ALUÍZIO FERREIRA, em menção a ORLANDO SOARES<sup>259</sup>:

“Pode-se assim definir o Direito de Comunicação como o conjunto de normas jurídicas que regulam a exteriorização do pensamento, através dos diferentes meios de comunicação, ou

---

<sup>256</sup>- FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 168.

<sup>257</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 85.

<sup>258</sup>- Op. cit. p. 145.

<sup>259</sup>- Op. cit. p. 150.

seja, verbal ou por intermédios de veículos, tais como escritos em geral, jornais, periódicos, livros, radiodifusão, cinematografia, comunicações através de satélites, etc.”

Importante ressaltar que o Direito Constitucional jamais deixa de ser a base do Direito de Comunicação, de forma que o que se torna mais especificamente objeto do Direito de Comunicação são aquelas questões que se relacionem com concessões, autorizações, outorgas e afins dos veículos de comunicação social, ou seja, é um *direito especializado e regulatório*. Obviamente, outros ramos do direito serão inseridos nesta problemática, como o próprio Direito Administrativo, já que é função do Estado, tanto no Brasil (arts. 220 a 224, Constituição Federal), quanto em Portugal (art. 39, Constituição da República), regular a comunicação social.

Por fim, cabe aqui colocar que o Direito de Comunicação, como bem enuncia EDILSON DE FARIAS<sup>260</sup>, apresenta alguns princípios básicos, com inspiração em ENZO CHELI<sup>261</sup>, quais sejam, (I) interligação entre a livre comunicação, a democracia e o Estado democrático de direito, porquanto a liberdade de comunicação, de forma a garantir o pluralismo de ideias, é base de um sistema de direito justo e equilibrado; (II) pluralismo político e cultural, igualmente essencial para a democracia, especialmente porque o pluralismo de ideias, de informações, e de fontes de informações propicia melhores tomadas de decisões da opinião pública, assim como maior fiscalização por parte dos cidadãos; (III) a regulação constitucional da comunicação social (o que ocorre no Brasil e em Portugal, como já visto), de forma a evitar monopólio ou oligopólio no âmbito dos veículos de comunicação social; (IV) liberdade ativa e passiva da comunicação social, cujo intuito é, não apenas resguardar os direitos dos operadores de comunicação, como também, e principalmente, os direitos dos cidadãos comuns; e (V) transparência dos métodos de financiamento dos veículos de comunicação social.

---

<sup>260</sup>- Op. cit. p. 89.

<sup>261</sup>- CHELI, Enzo. *Introduzione*. In: CORASANITI, Giuseppe. *Ditto dell'informazione*. 4ª ed. , Padova: CEDAM, 2000, p. 33.

## 2.7. Natureza jurídica da liberdade de expressão

Encontrar ou mesmo definir a natureza jurídica de um instituto do direito constitucional consiste em, a partir dos elementos fundamentais que o compõem e da sua comparação ou contraposição com outras figuras do direito, classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no Direito. No caso da liberdade de expressão a sua natureza jurídica pode ser classificada da seguinte forma:

- *direito subjectivo*, próprio de cada indivíduo;
- *direito fundamental*, no sentido de direito fundamente de qualquer ordenamento jurídico e base do exercício de todos os outros direitos humanos;
- *direito negativo* porque é um direito contra intervenções agressivas e restritivas dos poderes públicos e privados;
- *direito positivo*, pois pressupõe e exige condições sociais de desenvolvimento da pessoa humana, quer de forma individual subjectiva quer de forma participada e colectiva;
- *direito preceptivo*, porque é de imediata aplicação não necessitando de disposições actuativas;
- *direito universal* porque é uma manifestação subjectiva que se observa em qualquer sociedade livre.

Entretanto, pode haver uma divergência sobre se a liberdade de expressão seria um *direito subjectivo privado* ou, do contrário, um *direito subjectivo público*; melhor e preferível que seja *privado*, de forma a valer *absolutamente*, se impondo *erga omnes*, inclusive contra entidades privadas, o que decerto lhe traria *mais operatividade prática, permitindo a cada indivíduo resistir oportuna e eficazmente às lesões ou tentativas de lesões*.

Nessa mesma linha, o Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES disse em palestra<sup>262</sup> que “*uma matéria que é objeto de análise e discussão na doutrina dos direitos fundamentais, a chamada ‘eficácia horizontal’ ou ‘eficácia privada’ dos direitos fundamentais*”.

<sup>262</sup>- Em palestra feita em São Paulo, no dia 19/05/2014, em evento na Associação dos Advogados de São Paulo. Íntegra disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-27/leia-palestra-ministro-gilmar-mendes-estado-religoes>

*Os alemães chamam isso de 'efeito entre terceiros'. E aqui nós temos, sem dúvida nenhuma, a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”.*

Em todo caso, como consequência dessa classificação já estabelecida, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é *irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível*; que são todas elas características inerentes ao regime dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, com vistas justamente a salvaguardar o seu *núcleo essencial*, ou seja, para evitar um *esvaziamento* da liberdade de se livremente expressar opiniões e pensamentos e de informar.

Vê-se, portanto, em conclusão, que a liberdade de expressão é um *direito fundamental subjetivo privado, irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível*; com um *âmbito de proteção* devidamente *alargado*, como já dito, de forma a, primeiro, negar uma conceituação objetiva ou subjetiva do que seria ou não *expressão* – o que não se aplica a *comunicação* no caso da Constituição Portuguesa – e, segundo, comportar eventuais direitos distintos, porém que lhes possam sejam conexos, tais como, por exemplo, a *proteção de personalidade*, a *liberdade de consciência*, a *liberdade de religião*, a *liberdade de manifestação* e *etc.*

### Capítulo 3

## ASPECTOS PRÁTICOS DOS LIMITES E AFETAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na concepção da já mencionada *Teoria dos Direitos Fundamentais* de ROBERT ALEXY, a distinção entre regras e princípios é aquela que assume maior relevância, visto que tanto um como o outro dizem aquilo que *deve ser*, de forma que essa *diferenciação* seria uma *distinção qualitativa*<sup>263</sup> entre duas espécies de normas.

Regras, portanto, seriam *normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas*, de forma que um conflito entre regras deve ser resolvido por meio da *introdução de uma cláusula de exceção* que elimine a antinomia ou pela *invalidade* de umas das normas em colisão<sup>264</sup>. Princípios, por outro lado, seriam *normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, de forma que num conflito entre princípios um deles terá que *ceder*, o que não significa, porém, que o princípio cedente deva ser declarado inválido ou que nele deverá ser introduzido uma cláusula de exceção.

Havendo, então, um conflito entre princípios, este deverá ser resolvido por um *sopesamento entre os interesses conflitantes* para que, desta forma, se possa definir *qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível*, ou seja, *têm maior pelo no caso concreto*. Assim, conflitos entre regras resolvem-se na dimensão da *validade*, enquanto que no caso dos princípios resolvem-se na dimensão do *peso*<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup>- Há quem sustente também, ao contrário de Alexy, (i) que não há como diferenciar a norma em duas classes – regras e princípios – e (ii) que uma diferenciação entre regras princípios seria somente de grau.

<sup>264</sup>- Vale lembrar que, conforme Dworkin, as regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma *tudo ou nada*. Porém, como demonstra Alexy, é possível que haja a introdução de uma *cláusula de exceção* em um caso concreto.

<sup>265</sup>- Princípios, enquanto *mandamentos de otimização*, são razões *prima facie*, enquanto regras são razões definitivas.

No caso que aqui nos interessa, notadamente relacionado a uma colisão entre princípios, *um deles deve restringir as possibilidades jurídicas de realização do outro*, isto é, a *solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência*<sup>266</sup> no caso concreto observando-se que um princípio tem maior peso que outro princípio se, no caso concreto, houver razões suficientes e uma fundamentação adequada pra que um prevaleça sobre o outro em determinada situação.

O estabelecimento dessa *relação de precedência*, ainda conforme ROBERT ALEXY, deve ser levada a cabo observando-se a proporcionalidade – *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*<sup>267</sup> –, devendo-se indagar em todo caso se essas três máximas foram satisfeitas ou não e se, havendo uma não satisfação, há como consequência uma ilegalidade. Dessa forma, a *lei do sopesamento* de ROBERT ALEXY, que poderia ser aplicada no conflito em debate, enuncia que “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior há que ser a importância da satisfação do outro*”<sup>268</sup>.

A par disso, certo é que “*nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada*”<sup>269</sup>, assim, conforme INGO SARLET<sup>270</sup>, apoiado na lição de JORGE REIS NOVAIS, “*os limites aos direitos fundamentais podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício e/ou reduzindo deveres estatais de garantia e promoção*”, o que pode se dar através de “*limitações propriamente ditas*”, “*reservas legais*” e “*colisões*”.

Porém, ainda conforme o douto jurista gaúcho<sup>271</sup>, “*a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia*”, pois “*mesmo quando o legislador está*

<sup>266</sup>- Os princípios traduzem um *dever ser ideal*, que quando postos no plano do *dever ser definitivo ou real* acarretam antinomias, as quais devem ser resolvidas pelo *sopesamento*, isto é, pelo estabelecimento de uma *relação de precedência* no caso.

<sup>267</sup>- A *adequação* deve corresponder à *otimização em face das possibilidades fáticas*, enquanto a *proporcionalidade em sentido estrito* é o *mandamento do sopesamento propriamente dito*, decorrente da *relativização em face das possibilidades jurídicas*.

<sup>268</sup>- Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 167.

<sup>269</sup>- Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 387).

<sup>270</sup>- em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 391.

<sup>271</sup>- Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 402).

*constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos”.*

Porém, como bem se sabe, “*na Constituição nenhum direito assume um conteúdo ilimitado*”<sup>272</sup>, mormente em Constituições como a brasileira e a portuguesa, nas quais a restrição de direitos fundamentais só pode ser feita se para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Porém, isso possibilita que quem quiser restringir um determinado direito fundamental disponha de muitas possibilidades de fazê-lo, podendo mobilizar para o efeito tantas razões quanto os restantes direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Ocorre que, esse raciocínio é um tanto quanto *perigoso*, pois pode resultar numa subversão da vontade do legislador constitucional de emprestar à pessoa humana uma *máxima proteção*. Por isso, os direitos fundamentais devem ser vistos como *comandos de otimização* das normas que enunciam, ou seja, com uma perspectiva *garantística*, e não apenas como fundamento para a eventual restrição de outros direitos.

No caso particular do direito à liberdade de expressão não se verificam *explicitamente* quaisquer restrições a ele no plano constitucional. Porém, isso não quer dizer que seja um direito destituído de limitações; o fato é que tal liberdade se desdobra em posições jurídicas albergadas por outros direitos, liberdade e garantias fundamentais, tais como, apenas a título ilustrativo, a liberdade religiosa e de culto, de reunião, de manifestação e até mesmo de associação.

Portanto, de acordo com JÓNATAS MACHADO e em paralelo com a liberdade religiosa<sup>273</sup>, na medida em que uma liberdade contém traços de outros direitos fundamentais e necessita deles para sua própria otimização, “*ela encontra já alguns limites constitucionais directos e indirectos, na medida em que lhe são aplicáveis os que valem genérica e formalmente para aquelas atividades*”.

---

<sup>272</sup>- Conforme Jónatas Machado (em *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, pp. 277/278).

<sup>273</sup>- Em *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 280.

Por essa razão, a liberdade de expressão não deve vir a ser utilizada com fins escusos, isto é, de forma a contrariar frontalmente outros direitos, liberdades e garantias fundamentais. Para tanto, isso exige que, na prática, seja realizado um processo de *harmonização compromissória* para que, a partir daí, se obtenha, a *medida razoável e proporcional* dos direitos e bens jurídicos constitucionais, de forma a se obter uma *concordância prática* entre estes direitos e bens eventualmente confronto.

Nessa esteira, a Constituição deve rejeitar qualquer metodologia que recorra a fórmulas fáceis e simplistas para resolução dos problemas concretos de uma efetiva garantia da liberdade religiosa. A preservação do respectivo núcleo essencial exige que eventuais restrições *atendam a perspectiva do sujeito em causa*, sob pena de “*verificar-se uma restrição ilegítima, mesmo que não haja qualquer intenção estadual nesse sentido*”<sup>274</sup>. Por isso, conforme JÓNATAS MACHADO<sup>275</sup>, “*se o fim estadual puder ser atingido com a atenuação ou suspensão da restrição, então deve ser essa a via adotada*”.

Ainda nesse aspecto, já dizia KANT que o Direito é “*uma justa restrição à liberdade de cada um para que todas as liberdades coexistam*”.<sup>276</sup> Com efeito, não há controvérsia a respeito do fato de que os direitos fundamentais não são ilimitados – e nem deveriam sê-los. Tanto isso é verdade que já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, de longínquos 1789, se previa que os direitos possuem limites, mais precisamente, os direitos de outros cidadãos e da coletividade. Veja-se, por exemplo, que a própria Declaração determina que as restrições a direitos fundamentais devem ser determinadas pela própria lei, a teor do que dispõe o artigo 4º, senão vejamos:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos

<sup>274</sup>- Conforme Jónatas Machado (em *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 285)

<sup>275</sup>- Em *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 284.

<sup>276</sup>- *Apud* Josemar Dantas In: *A imprensa e os direitos humanos*.

mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 30º, estabelece que:

“As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.”

Como explica EDILSON DE FARIAS<sup>277</sup>, as restrições possuem três concepções distintas, que decorrem: (I) da própria essência dos direitos fundamentais de que são titulares outros cidadãos; (II) dos bens sociais e coletivos, tais quais a segurança pública e o meio ambiente; (III) dos valores da sociedade, expostos na Constituição de cada Estado, sendo que cada Constituição é fruto justamente de um contexto histórico, político e social. Logo, para o autor, a restrição só é legítima quando fincada em texto da constituição – como não poderia deixar de ser.

Numa análise concreta, as constituições brasileiras e portuguesas comungam com o postulado de que não existe direito fundamental absoluto; em outras palavras, os próprios estatutos constitucionais erigem um sistema de restrições, sendo elas restrições expressas ou restrições tácitas.

Na Constituição brasileira vê-se como exemplo de restrição de direito fundamental os incisos VIII e XVI, do artigo 5º, respectivamente:

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”;

---

<sup>277</sup>- FARIAS, Edilson de. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/FILES/anexos/1192-1206-1-PB.pdf>.

“todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Contudo, a carta brasileira, a despeito do que ocorre na Constituição portuguesa, não prevê de forma expressa o procedimento a ser adotado em casos de restrição de direitos fundamentais, apesar de, obviamente, e como já visto, impor ela própria restrições. De qualquer forma, cabe à doutrina e à jurisprudência, sempre com base em dispositivos da própria Constituição, identificar quais seriam as restrições de diversos direitos fundamentais. Pode-se dizer que, para a doutrina brasileira, além das restrições expressas pela própria norma constitucional, devem ser respeitados os seguintes requisitos: (I) legalidade (artigo 5º, inciso II); (II) proporcionalidade e devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV); (III) núcleo essencial do direito fundamental; (IV) proibição de restrições casuístas.<sup>278</sup> Nesse sentido, a Constituição portuguesa, em seu artigo 18º, nn. 1 a 3, afirma que:

“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

**“2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.**

“3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

---

<sup>278</sup>- MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241.

Como ressalta JOSÉ MELO ALEXANDRINO, em comentário ao referido artigo<sup>279</sup>:

“[...] para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação cumulativa das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (nº 2, a parte); (b) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (nº 2, 2ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa, atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (nº 3, in fine)”

O constitucionalista português ainda chama atenção para o fato de que existem as *intervenções restritivas*, outro tipo de restrição de direitos fundamentais, que consiste em atos de autoridades públicas em questões muito concretas e imediatas, sobre um determinado direito, garantia ou liberdade<sup>280</sup>. Evidentemente, tais restrições estão, antes de tudo, sujeitas ao regime geral constitucional de restrições de direitos fundamentais e, assim, podem e devem ser analisadas sob o enfoque de princípios, como a proporcionalidade, a proibição do excesso, e afins.

JORGE MIRANDA faz outras distinções igualmente relevantes; o professor lusitano distingue restrições de (I) limites ao exercício de direitos, (II) condicionantes de direitos, (III) regulamentação de direitos e (IV) concretização legislativa. Nesse sentido, as restrições seriam apenas aquelas em que há amputação de determinada faculdade inserida no âmbito de proteção de um determinado direito, o que deve decorrer de disposição expressa e específica. Os limites estariam relacionados com a maneira em que se determina a prática de um direito em determinada situação e tal fato e, a partir disto, é que podem surgir condições para se exercer um determinado direito<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup>- Op. cit. p. 388.

<sup>280</sup>- Op. cit. p. 388.

<sup>281</sup>- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000, p. 329.

JORGE REIS NOVAIS defende que o artigo 18º da Constituição portuguesa se refere às chamadas *leis restritivas* e que regula os *limites aos limites dos direitos fundamentais*<sup>282</sup>. A ordem constitucional portuguesa parece, portanto, se filiar à *teoria externa*, aqui já tratada, segundo a qual a restrição de direitos fundamentais deve ser dar em um momento posterior a tal direito, isto é, destacado dele e não lhe imanente. Nesse sentido é o que afirma PETER HABERLE<sup>283</sup>, segundo o qual, a liberdade somente tem razão de ser em sociedades juridicamente organizadas, porquanto, para o convívio, o direito é essencial. Ou seja: nesse aspecto, o papel da lei e do legislador seria preponderante, de maneira que a existência de um direito fundamental não pode justificar abusos ou a violação de qualquer outro direito.

Por isso, para JORGE REIS NOVAIS<sup>284</sup>, os limites ou restrições não são externos aos direitos fundamentais, mas suas próprias fronteiras, ou limites imanentes. Ou, em outras palavras, as possíveis restrições de determinado direito fundamental são, em realidade, declarações e, ainda nesse contexto, as leis restritivas viriam a ser concretizadoras do direito, tendo o condão de possibilitar a interpretação de suas fronteiras.

Vale ressaltar, no entanto, que se a teoria externa vincula-se a uma natureza liberal, a teoria interna acaba por reforçar a intervenção do Poder Público e demanda que as restrições estejam necessariamente previstas a partir do texto constitucional. É exatamente o caso do direito português, com a inserção em sua Constituição do artigo 18º.

Por tais razões, alguns têm se apegado à teoria dos princípios como forma de controlar a questão das restrições de direitos fundamentais<sup>285</sup>; o modelo mais adotado é, sem dúvida, o da *ponderação*, partindo-se da premissa de que os princípios são normas mais gerais e abstratas, intrinsecamente relacionadas com valores e necessitam de concretização, são *mandados de*

---

<sup>282</sup>- Novais, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

<sup>283</sup>- HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79.

<sup>284</sup>- Op. cit. p. 313.

<sup>285</sup>- DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 13, 2007. p. 77-93.

*otimização* e, por isso mesmo, podem ser mais facilmente aplicados em casos concretos.<sup>286</sup> Ora, se os princípios possuem tal natureza, e são diversos das regras (e a teoria *tudo ou nada* de ALEXY) e, por assim ser, mesmo que haja conflito entre princípios, eles não serão excluídos do ordenamento jurídico, podendo ser aplicados princípios diversos em situações fáticas de cada caso concreto.

Por fim, CANOTILHO<sup>287</sup> e JORGE REIS NOVAIS<sup>288</sup> admitem restrições a direitos fundamentais sem direta e expressa ligação com texto constitucional. Se analisada a doutrina dos constitucionalistas, essencialmente a posição de JORGE REIS NOVAIS, é possível afirmar que, apesar de se tratarem de restrições legais, estas não podem ser tidas como *limites imanes*, mas existem de fato e são relevantes justamente para a metodologia da ponderação; sobretudo porque não é possível ao legislador prever todas as situações da vida que possam justificar eventuais restrições

Pois bem. Considerando ainda a doutrina sobre o assunto, podemos afirmar que existem duas principais correntes a respeito das restrições de direitos fundamentais. A primeira delas é justamente a que teve início com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, quando ao determinar em seu artigo 11º que “*a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previsto na Lei*”, deixou bem clara a possibilidade de que leis possam determinar limites para conter eventuais abusos. De outro lado, a segunda corrente baseia-se na supremacia dos direitos da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual, a liberdade de expressão não pode sofrer qualquer restrição, nem mesmo legal.

No Brasil e em Portugal há uma opção por seguir a doutrina francesa, cuja influência seguiu no *civil law*, até mesmo porque, mesmo na América, a concepção altamente liberal e

---

<sup>286</sup>- Gilmar Ferreira Mendes, Op. cit. p. 226, adota esta linha de raciocínio, de que os direitos fundamentais são princípios e por tal razão, definem posições *prima facie*. Para o constitucionalista brasileiro, a questão das restrições, ao menos no direito brasileiro, pende mais à teoria externa, mas admite que o método da ponderação é de salutar importância na resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

<sup>287</sup>- Op. cit. p. 1.276

<sup>288</sup>- Op. cit. p. 254.

absolutista dos direitos fundamentais não se concretizou na doutrina e jurisprudência, em que pese a primazia dos direitos elencados pela Primeira Emenda, conforme doutrina dos *preferred freedoms*<sup>289</sup>. Aliás, é de se ressaltar que mesmo a doutrina mais liberal profetizou a necessidade de limites à liberdade de expressão, quando em jogo outros direitos relevantes ou valores pessoais e sociais. Veja-se, por exemplo, que LOCKE não é hostil à atuação do Estado propriamente dita, mas precisamente é contra à atuação arbitrária<sup>290</sup>.

No aspecto específico da comunicação social, EDILSON DE FARIAS<sup>291</sup> destaca que, apesar de certa iniciativa no sentido de se defender a ideia de autocontrole do mercado da *mass media* por meio de códigos deontológicos elaborados pelo próprio setor, tais medidas não seriam suficientes para controlar abusos, sendo primordial o enquadramento jurídico destes e a possibilidade de restrições, estas oriundas do próprio ordenamento jurídico.

Portanto, está claro que o objetivo do ordenamento jurídico, essencialmente o constitucional, é conciliar os direitos fundamentais, de modo que os cidadãos sejam livres no exercício de seus direitos. Especificamente quanto à liberdade de expressão, está claro que as restrições, como melhor se verá, igualmente têm o condão de conciliar a liberdade com a responsabilidade dos cidadãos, do Estado e dos veículos de comunicação. Ou seja: paralela à liberdade de expressão deve estar a responsabilidade por esta, ou, em outro termos a possibilidade de *accountability*<sup>292</sup>.

Ora, a história mostra que jamais a liberdade de expressão, de imprensa ou de comunicação esteve desacompanhada da respectiva responsabilidade, porquanto o exercício de qualquer desses direitos sem idoneidade e responsabilidade acarreta danos efetivos, em menor ou maior escala, e estes são plenamente passíveis de punição civil e penal/criminal e mesmo de indenização.

---

<sup>289</sup>- SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. p. 8.

<sup>290</sup>- HOLMES, Stephen. *Liberal constraints on private power? reflections on the origins and rationale of access regulation*, p. 22, IN: In: LICHTENBERG, Judith. *Democracy and mass media*. New York : Cambridge University Press, 1995, pp. 21-65

<sup>291</sup>- Op. cit. p. 224.

<sup>292</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 226.

### 3.1. Âmbito de proteção e as restrições e afetações aos direitos fundamentais

De acordo com os valorosos ensinamentos de CANOTILHO<sup>293</sup>, os direitos fundamentais têm duas funções: primeiramente, “*constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual*” e, ainda, “*implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)*”.

Nesse sentido, é importante a distinção entre *direitos e liberdades* de JORGE MIRANDA<sup>294</sup>, no sentido de que “*as liberdades valem por si; as garantias têm função instrumental e derivada*”, pois:

“As liberdades são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado; As liberdades envolvem sempre a escolha entre o facere e o non facere ou entre agir e não agir em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva ou negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas.”

Portanto, em arremate, conforme CANOTILHO<sup>295</sup>, uma norma atinge o *status de direito fundamental* quando possui o “*sentido de direito fundamente de qualquer ordenamento jurídico e base do exercício de todos os outros direitos humanos*”. Porém, é importante a ressalva de INGO SARLET<sup>296</sup> no sentido de que “*todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção*”.

---

<sup>293</sup>- Em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 541.

<sup>294</sup>- Em *Manual de Direito Constitucional*, pp. 95/96.

<sup>295</sup>- Em *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*, p. 781.

<sup>296</sup>- Em *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 386.

Em todo caso, segundo ROBERT ALEXY, há “*estreitas conexões*” entre os conceitos de norma de direito fundamental e direito fundamental propriamente dito<sup>297</sup>, visto que sempre que houver um direito fundamental subjetivo atribuído a alguém, deve haver uma norma que garanta o seu exercício. Portanto, para ALEXY, “*direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda*”<sup>298</sup>. Entretanto, a existência de uma linha tênue entre os referidos conceitos não implica necessariamente que não se possa diferenciar um do outro.

A norma de direito fundamental, enquanto *norma* – conceito fundamental e problemático do qual a Ciência do Direito cuida<sup>299</sup> –, traduz um conceito mais amplo do que o de direito fundamental propriamente dito. Assim sendo, na esteira da teoria dos direitos fundamentais de ALEXY<sup>300</sup> e partindo de uma premissa concreta, para se definir *o que são normas de direitos fundamentais* é necessário identificar dentro de determinado ordenamento jurídico ou Constituição as normas que cuidam de direitos fundamentais e aquelas que não o fazem.

Portanto, quando se trata de *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais, está-se a discutir, em verdade, os bens efetivamente assegurados ou protegidos pela respectiva norma constitucional que o inclui ou vincula à categoria de direito fundamental e suas correspondentes restrições.

CANOTILHO fala em *domínio normativo, âmbito normativo, suporte fático hipotético, objeto de proteção*.<sup>301</sup> J. BAPTISTA MACHADO fala em *facti espécies* e situação de fato<sup>302</sup>. A partir desses ensinamentos e conceitos, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais aponta de forma

<sup>297</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, 2008, p. 52.

<sup>298</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 52.

<sup>299</sup>- Segundo Robert Alexy (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 53), o conceito de “norma”, diferenciando-se daquele emprestado a “enunciado jurídico”, foi objeto de estudo por diversos autores, de forma que a terminologia é “bastante vacilante”, havendo uma “série de diferenças”, conforme Alf Ross (*Directives and Norms*, London: Routledge & Kegan Paul, 1968, pp. 34 e ss.), Hans Kelsen (*Reine Rechtslehre*, p. 73), Hans J. Wolff (*Verwaltungsrecht*, I, 9ª ed., Munchens: Beck, 1974, p. 115) e outros.

<sup>300</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 65.

<sup>301</sup>- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina, Coimbra, 2003. p. 1223.

<sup>302</sup>- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Almedina, 2014. p. 80.

objetiva quais os bens são tutelados e protegidos e em que medida ou extensão ele é protegido pela norma que o delimitou como direito fundamental.

O *âmbito de proteção*, ou, em outros termos, o *suporte fático* de um direito, portanto, “*trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado pela norma*”, ou ainda dos “*diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica*”, o que nem sempre se afigura de fácil identificação<sup>303</sup>. Contudo, a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não tem por escopo conceder uma garantia jurídica definitiva e intransponível, mas ao contrário, objetiva conceber o bem protegido sem considerar as restrições impostas pelos próprios direitos fundamentais<sup>304</sup>.

Portanto, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais abrange as formas de exercício desses direitos, ao mesmo tempo em que possibilita a exclusão de algumas formas de exercício destes mesmos direitos, impondo-lhes restrições.

Um exemplo típico para clarear a contraposição do conceito é dado por EDILSON PEREIRA DE FARIAS, ao mencionar a hipótese de um artista que pretende pintar um quadro em um cruzamento de vias movimentadas. Em princípio, o desejo do pintor é tutelado pelo seu direito fundamental de liberdade de expressão artística, mas pode ser facilmente limitado pela necessidade de proteção à segurança coletiva dos demais indivíduos que circulam em carros pelas vias movimentadas do tal cruzamento<sup>305</sup>.

Por todas estas questões, vê-se que o âmbito de proteção dos direitos humanos está diretamente relacionado com as formas de restrição a estes mesmos direitos.

Evidentemente, e apesar da relevância histórica e jurídica dos direitos fundamentais, eles não são direitos ilimitados ou ilimitáveis. Aliás, o Direito muitas vezes é chamado a limitar

---

<sup>303</sup>- Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 386/387).

<sup>304</sup>- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 292.

<sup>305</sup>- FARIAS, Edilson Pereira de. op. cit. p. 26.

direitos fundamentais para resguardar outros direitos fundamentais de outros indivíduos ou proteger bens jurídicos de importância peculiar, como a ordem pública ou a segurança.

Isso é, sem dúvida, o resultado prático dos direitos fundamentais postos em aplicação dentro de uma sociedade, na qual comumente ocorrem colisões de tais direitos, apesar do caráter geral de universalidade e interdependência destes. Daí porque, diz-se que a análise da concretização e efetivação dos direitos fundamentais geralmente se faz somente por meio de uma verificação conjunta da realidade de determinada sociedade. Ou seja: espera-se para uma melhor e adequada interpretação que se proceda a um cotejo analítico entre uma determinada situação de fato e o texto legal.

Para efeitos deste trabalho, vale dizer que os termos *limites* ou *restrições* sempre estarão relacionados com qualquer alteração ou afetação que sofra qualquer direito fundamental, tanto em seu âmbito de proteção quanto em seu próprio exercício. Com isso, de forma geral, *limites* e *restrições* conseqüentemente abrangem restrição, em sua essência, e suspensão do exercício de determinado direito, muito embora não seja de interesse deste trabalho tratar de forma específica sobre as formas de suspensão do exercício dos direitos fundamentais.

Não é demais destacar, contudo, os divergentes conceitos adotados por JORGE MIRANDA, que ao tratar do constitucionalismo português, esclarece que *restrições* divergem de *limites ao exercício de direitos*, de *condicionamentos*, de *regulamentação* e de *concretização legislativa*.

Assim, restrições seriam a extração dos poderes que um direito fundamental compreende e que decorrem necessariamente de previsão legal. Os limites, por sua vez, se relacionam com o modo pelo qual um direito fundamental pode ser exteriorizado, que se desdobra em condicionamento, ou seja, em requisitos para o exercício do direito. Por fim, a regulamentação compreende o preenchimento de alguma lacuna do direito fundamental e a concretização, a criação de normas que concedam eficácia ao direito fundamental<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup>- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. P. 329.

As restrições aos direitos fundamentais abrem reflexões sobre a maneira pela qual o Direito deve administrar estas ditas colisões e gerir esta gama de direitos fundamentais, identificando limites, barreiras, ou, quem sabe, uma forma de coexistência pacífica. Por isso mesmo, o tema das restrições aos direitos fundamentais é essencial para esta pesquisa, pois não apenas neste plano, como de forma geral, assume grande relevo no regime jurídico dos direitos fundamentais.

Uma vez que a restrição a um direito fundamental geralmente ocorre por meio da atuação do Estado e/ou de seus poderes públicos, essencialmente considerado o Estado Democrático de Direito, cujos poderes estão sujeitos a regramento específico e preestabelecido, é evidente que eventual limitação aos direitos fundamentais estará previamente autorizada por lei, ainda que de forma não específica.

Importa assim, identificar de que maneira se concebem as formas de restrição aos direitos fundamentais, dissecando limites de atuação dos poderes públicos e os próprios requisitos para tais medidas.

Porem, primeiramente, é importante remetermos à *teoria dos direitos fundamentais* de ROBERT ALEXY e sua distinção entre *regras* e *princípios*, distinção esta que, na sua teoria, consiste a “*base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais*”<sup>307</sup>, permitindo a formulação de uma teoria suficiente e adequada acerca das restrições e colisões e sobre o papel que os direitos fundamentais desempenham no sistema jurídico.

Com efeito, para ALEXY, “*a distinção entre regras e princípios constitui (...) um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais*”<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

<sup>308</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

Existem diversos elementos de diferenciação entre *regras* e *princípios*, muito embora ambos sejam *normas*, visto que, tanto um como outro, “*dizem o que deve ser*”<sup>309</sup>. Portanto, princípios e regras são *razões* para juízos concretos de *dever-ser* de espécies distintas, de maneira que “*a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas*”<sup>310</sup>, *existindo entre tais conceitos “não apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”*<sup>311</sup>.

A distinção entre regras e princípios se mostra mais evidente nas hipóteses de colisão entre *normas* (*regras x regras* ou *princípios x princípios*), uma vez que, segundo a teoria dos direitos fundamentais de ROBERT ALEXY, “*conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso*”<sup>312</sup>. Isto significa que num conflito entre regras, ou se insere uma *cláusula de exceção* ou se *invalida* uma das regras conflitantes. No conflito entre princípios, por outro lado, um deles terá de *ceder*, sem que isso implique a inserção de uma cláusula de exceção ou invalidade de um dos princípios em choque.

Diante dessa conjectura, é importante sublinhar que os “*princípios exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”, posto que “*não contém um mandamento definitivo, mas apenas prima facie*”<sup>313</sup>, o que leva a caracterização dos direitos fundamentais como verdadeiros princípios.

Passando à categoria dogmática dos *limites* aos direitos fundamentais, esta traduz a ideia de que, conforme INGO W. SARLET, “*existem limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem*”<sup>314</sup>, que podem ser traduzidos como ações ou omissões que afetem o exercício deste direito. Os limites dos direitos fundamentais seriam decorrentes das suas (i) *limitações propriamente ditas*, (ii) *das reservas legais* e das (iii) *colisões*.

<sup>309</sup>- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 87.

<sup>310</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 87.

<sup>311</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

<sup>312</sup>- *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 94.

<sup>313</sup>- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 104-05.

<sup>314</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 391.

Já as *limitações propriamente ditas* seriam as normas que devem limitar os bens jurídicos protegidos *prima facie*, sendo constituídas em mandados ou proibições dirigidos aos titulares dos direitos fundamentais. As *reservas legais* fundamentariam a competência estatal para impor limitações a bens jurídicos protegidos *prima facie*, possibilitando e autorizando o legislador a intervir e eventualmente restringir direitos fundamentais. Por derradeiro, as *colisões* seriam restrições derivadas de conflitos entre direitos fundamentais, “*o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição*”<sup>315</sup>.

No âmbito das *colisões* entre direitos fundamentais, que necessariamente devem ser decididas/resolvidas judicialmente, inclusive por meio do *controle de constitucionalidade*, se afigura imprescindível o emprego prático da *ponderação*, que implica na aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, despontando, assim, como instrumento metódico de controle.

Ressalte-se que, para INGO SARLET, “*há quem questione tal modelo, vislumbrando na proporcionalidade uma figura substancialmente distinta das regras e dos princípios, qualificando-a como sendo um postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz também referência a um dever de proporcionalidade*”<sup>316</sup>. Porém, a verdade é que o princípio da proporcionalidade, na forma como foi estudado e desenvolvido dogmaticamente na Alemanha, não equivale de pronto à razoabilidade do sistema dogmático americano.

Em todo caso, o que deve ser precipuamente preservado após o juízo de *ponderação* é o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. Ou seja, sempre que houver uma limitação a um direito fundamental, tal restrição não pode priva-lo de um *mínimo de eficácia* de forma a torna-lo inócuo. Conseqüentemente, mesmo nas hipóteses nas quais o legislador estiver constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele estará vinculado à salvaguarda do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais.

---

<sup>315</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 392.

<sup>316</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 396.

Os *limites aos limites*, por seu turno, têm a serventia de óbice e baliza às eventuais restrições dos direitos fundamentais, agindo, portanto, como “*garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções*”, e “*dentre tais limites dos limites, despontam, pela sua repercussão teórica e prática, a proporcionalidade (e a razoabilidade), assim como a garantia do núcleo essencial*”<sup>317</sup>.

Destaque-se, diante dessa conjectura, que toda e qualquer eventual limitação a um direito dito fundamental somente poderá ser reputada como justa, legítima e correta se guardar compatibilidade com a Constituição, tanto formal quanto material. No plano formal, deve se observar a primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico vigente. Na perspectiva material, a Constituição estabelece uma ordem de princípios substanciais, lastreados basilaramente na dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Acrescente-se ainda que, conforme observa o próprio INGO SARLET, “*na Constituição do Brasil, diferentemente de outros países, como é o caso da Alemanha e Portugal, não existe previsão constitucional expressa a respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais*”<sup>318</sup>.

Assim, nesse contexto, das restrições aos direitos fundamentais, cumpre evidenciar que há duas principais teorias acerca da restringibilidade e limites dos direitos fundamentais, notadamente a *teoria interna* e a *teoria externa*. Senão vejamos:

A primeira teoria reza que um direito fundamental já nasce, isto é, existe desde sempre, com seu conteúdo determinado, o que implica que esse direito possui limites inerentes, de forma que, nos moldes da *teoria interna*, um direito fundamental possui apenas um único objeto, que é composto pelo *direito* e seus *limites iminentes*, o que leva a conclusão de que “*o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele*”<sup>319</sup>. Portanto, em suma, conforme lição de

---

<sup>317</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 395

<sup>318</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 395.

<sup>319</sup>- Conforme Virgílio Afonso da Silva (*O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*, p. 165).

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “os direitos e seus limites formam uma unidade, visto algo interno a ele”, excluindo fatores de origem externa como as restrições decorrentes de colisões.

A segunda teoria, ao contrário da primeira e conforme VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, preconiza que um direito fundamental possui dois objetos: “há em primeiro lugar o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições”<sup>320</sup>. Neste sentido, como bem ensina INGO W. SARLET, “existe uma distinção entre a posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”<sup>321</sup>.

Cumprе evidenciar que há duas principais teorias acerca da restringibilidade e limites dos direitos fundamentais, notadamente a *teoria interna* e a *teoria externa*. Senão vejamos:

A primeira teoria reza que um direito fundamental já nasce, isto é, existe desde sempre, com seu conteúdo determinado, o que implica que esse direito possui limites inerentes, de forma que, nos moldes da *teoria interna*, um direito fundamental possui apenas um único objeto, que é composto pelo *direito* e seus *limites imanes*, o que leva a conclusão de que “o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele”<sup>322</sup>. Portanto, em suma, conforme lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “os direitos e seus limites formam uma unidade, visto algo interno a ele”, excluindo fatores de origem externa como as restrições decorrentes de colisões.

A segunda teoria, ao contrário da primeira e conforme VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, preconiza que um direito fundamental possui dois objetos: “há em primeiro lugar o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições”<sup>323</sup>. Neste sentido, como bem ensina INGO W. SARLET, “existe uma distinção entre a posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado”<sup>324</sup>.

---

<sup>320</sup>- *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*.

<sup>321</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 389.

<sup>322</sup>- Conforme Virgílio Afonso da Silva (*O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*, p. 165).

<sup>323</sup> *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*.

<sup>324</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 389.

No caso da constituição brasileira, percebe-se uma estrutura de restrições aos direitos fundamentais, cuja classificação importa em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais e restrições tácitas constitucionais. Como a própria nomenclatura já sugere, as restrições diretamente constitucionais são aquelas expressas na própria norma constitucional, como o exemplo já mencionado.

As restrições indiretamente constitucionais são estabelecidas por legislação infraconstitucional, mas isto porque a Constituição estabelece a possibilidade de o legislador impô-las. Exemplo clássico é o do artigo 5º, inciso XIII, segundo o qual “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Neste caso, por exemplo, o exame de ordem é uma restrição indiretamente constitucional, já que somente por meio de aprovação em tal exame é que o bacharel em direito poderá exercer a advocacia.

Ainda, a constituição brasileira estabelece a possibilidade de que o legislador infraconstitucional imponha restrições aos direitos fundamentais por meio de lei simples ou qualificada, sempre a depender da matéria tratada. Sempre que a Constituição estabelecer requisitos para a criação de uma lei restritiva, estaremos diante de uma lei qualificada.

Exemplo nesse sentido é o do artigo 5º, inciso XII, para o qual “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*”. Ora, *para fins de investigação ou instrução processual penal* é justamente o requisito que a lei restritiva deverá adotar para possibilitar a violação de sigilo.

No que tange às restrições tácitas, entendemos que são aquelas que a Constituição permite que o legislador ou o Poder Judiciário imponham em determinados casos, no intuito de solucionar um conflito ou colisões entre os próprios direitos fundamentais por ela estatuídos. Estes casos, nos parece, seriam aqueles mais complexos, que geralmente envolvem direitos coletivos garantidos pela Constituição, como os relacionados com segurança e saúde públicas.

Neste cenário é que se incluem, por exemplo, conflitos entre a liberdade de expressão, garantida pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição brasileira e o direito à privacidade, previsto no artigo 5º, inciso X. Não há na Constituição brasileira nenhum óbice para que o legislador ordinário elabore uma lei que possa, eventualmente, restringir direitos em rota de colisão, em situações determinadas. Da mesma forma, o Poder Judiciário não está impedido de solucionar o conflito entre tais direitos, devendo-o fazer conforme as técnicas de hermenêutica e ponderação de princípios e valores do caso concreto.

O fato é que, em relação a preservação do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, partindo dos conceitos de HANS KELSEN para *validade, vigência e eficácia (social e jurídica)* – que também se aplicam para as normas constitucionais –, em alguns casos específicos e pontuais não se afigura possível à manutenção de uma *eficácia mínima* de salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas, sim, a conservação da *vigência e validade* da norma, de forma a não *feri-la de morte*. Até mesmo porque, como bem disse ROBERT ALEXY, os conflitos entre normas de direitos fundamentais, enquanto princípios – que exigem que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – se resolvem na dimensão do “*peso*”, devendo uma das normas colidentes “*ceder*” após um juízo de *ponderação*.

A manutenção de uma *eficácia mínima* de um direito fundamental implica que este direito está produzindo efeitos concretos, ainda que *minimamente*. Ocorre que, se um direito está produzindo efeitos concretamente, mas não pode ser *realizado*, então ele não está, na verdade, tendo *eficácia*, mas, sim, permanecendo *vigente e válido*, de forma que o destinatário deste direito continua a ser seu titular, muito embora não possa exercê-lo concretamente em face de uma determinada situação prática de colisão ou restrição. Com efeito, é de se supor que eventualmente poderão existir situações nas quais um direito poderá se sobrepor a outro de tal forma a lhe retirar até mesmo sua *eficácia mínima*, fulminando o seu *âmbito de proteção*.

Assim, partindo da premissa de que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, é de se concluir que a imposição ou a necessidade de *limites* aos direitos fundamentais, seja por meio de *limitações propriamente ditas, reserva legal* ou *colisões*, atrai a aplicação da *teoria externa*, visto que em qualquer uma destas hipóteses

o direito é, primeiramente, caracterizado como um bem jurídico tutelado *prima facie* (“direito antes de sua limitação”) e, depois, como uma posição definitiva (“direito já limitado”).

No caso das *colisões*, onde a *realização de um direito* se dá “às custas” do outro, a posição final, ou seja, o “*direito já limitado*”, será resultado de um juízo de *ponderação* no qual não deverá haver o “*sacrifício*” de um dos valores ou bens em conflito, mas, sim, uma busca pela harmonização de preceitos constitucionais para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.

Diante dessa conjectura, nota-se que a *teoria interna* é absolutamente falha quando posta diante de casos práticos de colisões entre direitos fundamentais, posto que para tal corrente o direito já *nasce* limitado de forma imanente, de maneira que o direito e sua própria limitação formam um só objeto previamente definido, não admitindo, assim, restrições ou limitações *a posteriori*, o que leva ao entendimento de que um ordenamento jurídico analisado sob o prisma de tal teoria não comportaria colisões ou restrições de direitos vigentes, uma vez que todos eles já seriam intrinsecamente limitados desde o seu nascedouro.

Portanto, sob a ótica da *teoria interna*, para a qual inexiste a técnica da *ponderação*, não é possível se vislumbrar uma forma adequada e suficiente para a resolução de conflitos entre normas, o que acaba por afastar por completo a aplicação de tal teoria para qualquer constituição ou ordenamento jurídico vigente, haja vista que sempre haverá casos concretos de colisões de direitos fundamentais.

Entretanto, a própria *ponderação* também apresenta um vício, qual seja a sua elevada carga de subjetivismo, uma vez que o juízo de sopesamento entre um direito fundamental e outro será sempre feito, a princípio, pelo Judiciário e, portanto, por um Juiz – que como tal está sujeito a erros, inclusive, a erros crassos.

Ademais, a *ponderação* será levada a cabo com fulcro na técnica ou ferramenta da *proporcionalidade/razoabilidade* e nas etapas formais de justificação racional do discurso propostas por ROBERT ALEXY, possibilitando ao Juiz intérprete da norma construir argumentos

jurídicos que melhor lhe convenha para possibilitar o desarme de conflitos normativos, levando-o muitas vezes a extrapolar os limites semânticos dos textos jurídico-normativos, podendo fazer prevalecer um decisionismo ou o ativismo judicial.

Inclusive, como bem destaca INGO W. SARLET, por esta razão há quem questione acerca da utilização da *proporcionalidade em sentido estrito*, onde, conforme ROBERT ALEXY, se daria a ponderação propriamente dita, visto que essa terceira fase do princípio da proporcionalidade seria responsável por “*excessos de subjetivismos*”.

Diante do que foi exposto, isto é, da inegável possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, é importante sublinhar, ainda que de maneira não exaustiva, os limites impostos às próprias restrições de direitos fundamentais.

A Constituição brasileira não prevê de forma expressa a maneira pela qual as restrições aos direitos fundamentais devem ocorrer. Nesse aspecto, a doutrina e o Supremo Tribunal Federal, enquanto intérprete final da Constituição Federal, são os responsáveis por se debruçarem sobre o tema e identificarem os limites às restrições de direitos fundamentais, destacando (I) a própria legalidade, que se extrai de interpretação de dispositivo expresso (artigo 5º, inciso II, CF), (II) a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, (III) o princípio da proporcionalidade (que também se extrai pela interpretação do devido processo legal substantivo – artigo 5º, inciso LIV, CFB) e (IV) a impossibilidade de restrições casuísticas<sup>325</sup>.

Por sua vez, a Constituição portuguesa, trata de maneira bem expressa sobre essas restrições e inclusive prevê, em seu artigo 18º<sup>326</sup>, o que a doutrina denomina “*limites aos limites*” dos direitos fundamentais. Tais disposições conduzem à conclusão de que a ordem constitucional portuguesa se filia à *teoria externa* dos direitos fundamentais, que, como já dito, coloca *em*

<sup>325</sup>- MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P. 241.

<sup>326</sup>- Art. 18º: 1. *Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.*

*primeiro lugar o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições*<sup>327</sup>, de maneira que “*existe uma distinção entre a posição prima facie e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado*”<sup>328</sup>.

Assim, é possível afirmar que a inexistência de uma norma geral sobre restrições tem seu lado positivo, porquanto permite que a jurisprudência constitucional reconheça a existência de uma reserva geral de ponderação (art. 5º, incisos II e LIV, CFB), ao passo que a ordem constitucional portuguesa esbarra em problemas de interpretação do alcance das normas de restrição, a exemplo do próprio nº 2 do artigo 18 da Constituição portuguesa<sup>329</sup>.

De uma forma ou de outra, é possível concluir que a restrição aos direitos fundamentais encontra limites no princípio da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade, com a proibição de casuísmos.

### **3.2. Âmbito de proteção e restrições à liberdade de expressão no Brasil**

A análise do texto constitucional nos permite identificar o âmbito de proteção da liberdade de expressão; o artigo 5º, incs. VI e IX, da Constituição Federal do Brasil estabelecem respectivamente que “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*” e “*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*”.

Portanto, a proteção da liberdade de expressão é *alargada* o suficiente para enquadrar *manifestação pública de pensamentos, de crença, ideias em geral, opiniões divergentes ou não, juízos de valor, críticas em geral e afins*. Ou seja: trata-se da *proteção de elementos subjetivos*, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no português. Apenas para ressaltar essa abrangência do âmbito de proteção da liberdade de expressão e sua relação e com diversos outros

<sup>327</sup>- *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*.

<sup>328</sup>- *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 389.

<sup>329</sup>- DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 13, 2007. P. 77-93.

direitos fundamentais que lhes são afins e conexos, conforme JORGE MIRANDA<sup>330</sup>, *a liberdade religiosa deriva da liberdade de consciência, que, por seu turno, associa-se à liberdade de expressão*, ao passo que para PONTES DE MIRANDA, no direito brasileiro *a liberdade religiosa desde sempre deriva da liberdade de pensamento, e portanto, de expressão*<sup>331</sup>.

Nesse sentido, tratando-se de elementos subjetivos a serem protegidos, a primeira constatação é a de que a liberdade de expressão não pode ser submetida ao crivo do requisito da *verdade*. Ou, como afirma EDILSON DE FARIAS, “*a natureza abstrata do conteúdo subjetivo não se presta ao exame de sua correção*”. Tal afirmação parece até mesmo óbvia frente a todos os princípios que norteiam a liberdade de expressão; é que, como bem afirma EDUARDO ZANNONI<sup>332</sup>, a variedade de ideias, pensamentos, crenças, opiniões em geral são discutidas e confrontadas justamente a partir de outras ideias, pensamentos, crenças e opiniões em geral, o que significa dizer que, por exemplo, um mesmo pensamento ou ideia é tido como *verdadeiro* para um cidadão e falso ou incorreto para outro cidadão, a depender da sua orientação política, sexual, religiosa e *etc*; isto é, no conceito de *verdade* o contexto histórico e cultural de determinado indivíduo pode vir a desempenhar um fator de discordância.

Com efeito, o requisito de só se exprimir a *verdade* só tem razão de ser no âmbito de proteção da liberdade de comunicação social e, portanto, quanto à veiculação de fatos e notícias; por isso é que se costuma dizer, com razão, que *a liberdade de expressão é mais abrangente que a liberdade de comunicação*, ou mesmo que *são dois lados de uma mesma moeda*, mas que *a liberdade de comunicação está contida na de livremente de expressar*.

De qualquer forma, EDILSON DE FARIAS afirma que a liberdade de expressão possui certos parâmetros para seu efetivo exercício e que o marco da liberdade de expressão estaria relacionado com exigências de pertinência nessa transmissão de ideias, pensamentos e opiniões<sup>333</sup>. Ou seja, leva-se em conta o princípio da proporcionalidade e indaga-se em que medida determinada

<sup>330</sup>- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª. ed. rev. ampl. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. v. 4. p.

<sup>331</sup>- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 5.

<sup>332</sup>- ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 24.

<sup>333</sup>- Op. cit. p. 72.

transmissão de opinião pode caracterizar desrespeito a direitos personalíssimos como a *intimidade, honra, imagem e vida privada*.

Em outras palavras, por óbvio, o âmbito de proteção da liberdade de expressão não abarca – e nem deveria abarcar – pensamentos, opiniões, ideias (transmitidas e propagadas) que contenham injúria, difamação e afins – as *fighting words* –, especialmente quando a transmissão de tal ideia ou pensamento não for *essencial* ou mesmo *útil* para o indivíduo<sup>334</sup>. Ademais, a liberdade de expressão deve possuir ainda uma outra barreira, qual seja a dignidade humana consubstanciada em fatores inerentes da *condição humana*, notadamente em relação ao sexo, cor da pele, deficiências, nacionalidade, etnias e *etc*, porém isto desde que o discurso, como já dito antes, não incite a violência ou ameace concretamente qualquer grupo social, pois se este permanecer no campo do *discurso político* deverá ser admitido.

Ainda EDILSON DE FARIAS também destaca a questão da liberdade de expressão na esfera política, o que é muito oportuno e pertinente ao tema em questão. Para o autor, no que há de se concordar, a liberdade de expressão no âmbito de agentes políticos deve ser mais *elástica* do que aquela verificada na esfera privada e a razão de ser de tal afirmação parece evidente<sup>335</sup>; os homens públicos estão mais necessariamente expostos às opiniões da sociedade, às críticas e, especialmente, e aos juízos de valor. Nesse sentido, a liberdade de expressão na política leva em consideração determinados fatores: (i) os políticos nada mais são do que representantes do povo e por meio do povo é que chegam aos cargos públicos e (ii) os políticos, dada a natureza da Administração Pública, são responsáveis pela administração da sociedade e, considerando justamente tais aspectos, é imanente à vida pública e essência do debate democrático qualquer tipo de juízo de valor ou críticas às figuras políticas.

Pertinentes nessa seara as palavras de MIGUEL REALE JR.<sup>336</sup>: “*É, portanto, da essência da vida política criticar e ser criticado. O habitat do político é a disputa, o confronto de posições, sendo de relevo para o povo, ao qual se dirige a ação política, que a crítica seja ampla aos atos*

---

<sup>334</sup>- SALGADO, Concepcion Carmona. Op. cit. p. 195.

<sup>335</sup>- Op. cit. p. 76.

<sup>336</sup>- REALE JR., Miguel. *Direito de informação e interesse público*. Revista dos Tribunais, n. 72, v. 596, 1985. pp. 295-301.

*legislativos e da Administração, pois constitui meio indispensável à melhoria do atendimento dos interesses gerais”.*

Não obstante isso, e ainda que a liberdade de expressão na esfera política seja mais alargada, deve-se observar a pertinência e adequação das expressões transmitidas e propagadas, porquanto *os agentes políticos sofrem apenas e tão somente uma certa restrição de sua privacidade e não uma total supressão*, pois, em qualquer caso, ainda estará resguardada honra objetiva e subjetiva, e por óbvio, sua intimidade<sup>337</sup>.

Vê-se, de todo modo, que via regra, pelo sistema constitucional brasileiro e português, a caracterização de uma liberdade de expressão ampla, de modo a se garantir pluralismo de ideias e pensamentos e proteção contra a censura. Portanto, *a restrição é a exceção*; ainda assim, é o próprio ordenamento constitucional que fundamenta as restrições à liberdade de expressão.

No ordenamento jurídico brasileiro podem ser citadas como restrições diretamente constitucionais as seguintes:

- (I) *Vedação ao anonimato*, conforme previsão do artigo 5º, inc. IV, da CF, segundo o qual se entende que há obrigatoriedade de o comunicador ou divulgador de determinado pensamento ou informação ser *identificado* ou *identificável*. Não é admissível transmissão de informações sem identificação ou em documento apócrifo, o que fica clarividente pelo texto constitucional. Nesse sentido, o âmbito de proteção da Constituição em relação à liberdade de expressão abarca apenas e tão somente situações em que o comunicador ou divulgador de pensamentos e informações se identifique.
- (II) *Proibição de reivindicação da liberdade de expressão relacionada à religião, ideologias filosóficas ou políticas para não cumprimento de obrigações legais*, conforme previsão do artigo 5º, inc. VIII, da CF, segundo o qual se entende que o âmbito de proteção da liberdade de

---

<sup>337</sup>- FARIAS, Edilsom de. Op. cit. p. 72.

expressão não abarca situações em que o indivíduo se utiliza de tal princípio para inadimplir obrigações, recusando-se à prestação alternativa. Aqui vale ressaltar que não apenas a Constituição impõe uma restrição, como também prevê uma sanção, no caso a descrita no artigo 15, inc. IV.<sup>338</sup>

**(III)** *Inviolabilidade de direitos à honra, intimidade, imagem e vida privada*, conforme previsão do artigo 5º, inc. X, da CF, segundo o qual se entende que deve ser resguardado o devido respeito à vida privada, intimidade e honra dos indivíduos, o que se estende, principalmente, à comunicação social e é tratado em capítulo específico da própria Constituição (artigo 220, parágrafo primeiro, CF<sup>339</sup>). Aqui são relevantes algumas ressalvas, especialmente porque as situações de maior conflito entre princípios ocorrem justamente no âmbito da liberdade de expressão com direitos personalíssimos. Sem dúvidas, estamos diante das restrições mais relevantes em relação à liberdade de expressão. Isso porque, os direitos personalíssimos também são tidos como direitos fundamentais, a teor do que determina o artigo 5º, inc. X, da CF<sup>340</sup>. A privacidade, como esclarece JOSEMAR DANTAS<sup>341</sup>, caracteriza-se pelo direito de que o indivíduo mantenha sua vida íntima resguardada. A imagem caracteriza-se pelo direito de cada indivíduo poder dispor de sua própria aparência, cuja divulgação depende de consentimento.<sup>342</sup> A intimidade caracteriza-se pela proteção da personalidade de cada indivíduo, tal qual a vida privada caracteriza-se pela proteção da intimidade, dos segredos de cada indivíduo.<sup>343</sup> Contudo, é de se ressaltar que, assim como a liberdade de expressão não é absoluta,

<sup>338</sup>- Art. 15, inc. IV, CF: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de”: “recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII”.

<sup>339</sup>- Art. 220. “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. § 1º “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”.

<sup>340</sup>- Art. 5º, inc. X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

<sup>341</sup>- DANTAS, Josemar. *A imprensa e os direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996. p. 639-643.

<sup>342</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 231.

<sup>343</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 231.

também não são absolutos os direitos personalíssimos aqui tratados, porquanto não qualquer direito, ainda que fundamental, é limitado. Desta maneira, os direitos personalíssimos não restringem *automaticamente* a liberdade de expressão<sup>344</sup> e na colisão entre tais direitos fundamentais, deve-se ter em mente as peculiaridades de cada caso concreto, a compreensão do lugar, das pessoas envolvidas e sua postura, da cultura e da maneira em que determinada informação ou juízo de valor foi divulgado<sup>345</sup>. Mas não é só; há extensa legislação infraconstitucional que tipifica crimes delitos contra a honra, como é o caso da *injúria*, *calúnia* e *difamação*, todas elas tipificadas pelo Código Penal, em capítulo *Dos Crimes contra a Honra*.<sup>346</sup> Obviamente, a própria Constituição prevê no inciso V, do art. 5º a possibilidade de indenização por danos morais ou materiais, o que implica a possibilidade de indenização por abuso da liberdade de expressão.

(IV) *Restrição ao recebimento de informações de órgãos públicos*, conforme previsão do artigo 5º, inc. XXXIII, da CF, segundo o qual os órgãos públicos não estão autorizados a conceder informações que possam comprometer a segurança pública. Ou seja: a restrição aqui decorre justamente da obrigatoriedade de que o Estado garanta segurança à sociedade. Veja-se que há lei infraconstitucional tratando especificamente desta matéria, qual seja, a Lei n. 8.159/1991, que trata sobre a política nacional de arquivos públicos e privados<sup>347</sup>.

<sup>344</sup>- FARIAS, Edilsom de. Op. cit. p. 232.

<sup>345</sup>- ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998. p. 70. Não se pode perder de vista, obviamente, os critérios abordados pela doutrina e adotados pela jurisprudência, que podem e devem servir de parâmetros e precedentes para decisões futuras. Ora, é justamente a doutrina capaz de criar mecanismos de hermenêutica suficientes para a solução de *hard cases*.

<sup>346</sup>- **Calúnia**: Art. 138: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos”; **Difamação**: Art. 139: Difamar alguém, imputando-lhe ato ofensivo à sua reputação: Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa; **Injúria**: Art. 140: “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa”.

<sup>347</sup>- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8159.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8159.htm). Consultado em 19 de março de 2017.

(V) *Restrições sobre a propriedade dos meios de comunicação social*, conforme previsão dos artigos 220, § 5º e 222, da CF<sup>348</sup>. A regra estabelecida nestes artigos tem o condão de impedir o monopólio e oligopólio dos veículos de comunicação e se traduz como importante mecanismo de estruturação da comunicação em massa, sendo que o Estado não só pode como obrigatoriamente deve intervir por meio da criação de legislação específica que regule o setor. Ora, uma análise mais profunda desta restrição nos permite perceber que sua intenção – a de proibir monopólio dos veículos de comunicação – é justamente impedir qualquer tipo de mitigação da liberdade de expressão<sup>349</sup>, o que obviamente comprometeria a democracia e o Estado de Direito<sup>350</sup>. O capítulo destinado à comunicação social também impõe outras restrições, como a obrigatoriedade de que empresas de jornal e radiodifusão sejam de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 anos, ou de pessoas constituídas sob as leis brasileiras, com sede no país. Aqui é salutar a crítica de que tais restrições não existem na *práxis*, pois, de fato o que se vê de fato no Brasil e em Portugal é a concentração dos maiores e principais meios de comunicação nas mãos de determinados grupos, o que por certo acaba por *corromper* a democratização da *mass media*.

(VI) *Restrições aos programas de rádio e televisão*, conforme previsão do art. 221, da CF<sup>351</sup>. Ora, aqui, as restrições estão relacionadas com o conteúdo divulgado por programas de rádio e televisão e tendem a proteger outros direitos fundamentais e os valores da sociedade brasileira, tais quais, o *respeito à família, ao ser humano, devendo ainda observar finalidades culturais e educativas*.

<sup>348</sup>- Art. 220, § 5º “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”.

<sup>349</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 237 e

<sup>350</sup>- HOLMES, Stephen. Op. cit. p. 28.

<sup>351</sup>- Art. 221: “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

(VII) *Restrições de exploração dos serviços de radiodifusão, sons e imagens*, conforme previsão do artigo 223, da CF<sup>352</sup>. Observa-se que a restrição de exploração não abarca os veículos impressos, os quais não necessitam de licença concedida pelo Estado para funcionamento. Mas, os serviços de radiodifusão dependem da outorga de concessão por parte do Poder Executivo, obedecendo-se ainda a outras disposições do texto constitucional. Isso porque, os serviços de radiodifusão prescindem de ondas eletromagnéticas, que não podem ser utilizadas de forma irresponsável e sem controle em virtude da sua escassez, daí porque a necessidade regulamentação e intervenção do Estado.<sup>353</sup>

Vale ainda destacar, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, a existência de restrições que não estão expressas diretamente no texto constitucional, as *indiretamente constitucionais*.

Uma das mais relevantes está relacionada com a publicidade dos atos processuais. É que o artigo 5º, inc. LX, estabelece que “*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*”. Trata-se do famigerado *princípio da publicidade*, a que está sujeita inclusive a Administração Pública e o Poder Judiciário<sup>354</sup> Contudo, a própria lei estabelece possibilidade genérica de restrição da publicidade dos atos processuais, com base, mais uma vez, na defesa de direitos personalíssimos, como a *intimidade* e a *privacidade*. Ocorre que legislação infraconstitucional também aborda a questão do segredo de justiça.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, vigente desde 18 de março de 2016, estabelece em seu artigo 189<sup>355</sup> as hipóteses restritivas em que um processo poderá tramitar sob

---

<sup>352</sup> - Art. 223: “*Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal*”.

<sup>353</sup> - FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 39.

<sup>354</sup> - É o que determina o *caput* do artigo 37, da Constituição Federal.

<sup>355</sup> - Art. 189. “*Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. § 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às*

sigilo, com a ressalva de que *a regra geral será sempre a total transparência dos atos processuais*. Contudo, esta pode ser considerada uma restrição de liberdade de expressão, porquanto ela abrange justamente o direito do cidadão de ter acesso às informações no âmbito da função jurisdicional e, em segundo grau, de critica-las ou mesmo divulga-las.

Há ainda outra lei infraconstitucional que trata sobre a divulgação de atos relacionados com o exercício da jurisdição, especialmente no que se refere aos veículos de comunicação. É o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.068/1190, cujo artigo 247 tipifica como infração administrativa o ato de *“divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional”*. Exatamente por tal motivo é que se vê o cuidado que os veículos de comunicação em massa têm ao divulgar reportagens que contenham referências a menores, haja vista que nestes casos pode a autoridade judiciária determinar a apreensão da publicação (art. 247, § 2º).

Outra relevante restrição, que não está diretamente prevista na Constituição Federal, diz respeito à veiculação de propagandas comerciais de cigarros, medicamentos em geral e bebidas alcoólicas; o que por certo é uma restrição a liberdade de expressão no que tange a divulgação de ideias. Nesse sentido, o § 4º, do artigo 220, da CF, estabelece que *“a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”*. Assim é que leis infraconstitucionais vêm regulamentar a matéria, tal qual a Lei n. 9.294/1996, dispondo sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do mencionado dispositivo constitucional. Veja-se que esta restrição tem o intuito de proteger um bem jurídico aparentemente comum, maior e mais relevante, qual seja a saúde dos indivíduos e seus direitos enquanto consumidores.

---

*partes e aos seus procuradores. § 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação”*.

Há ainda a existência de *restrições tácitas* à liberdade de expressão, o que claramente decorre da natureza essencial dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Isso porque, os direitos fundamentais, especialmente quando analisados sob a ótica de princípios<sup>356</sup>, demandam garantias de efetivação a fim de que sejam concretizados e, sob tal raciocínio, é que nasce a possibilidade de se reconhecer a existência jurídica das restrições tácitas.

Nesse sentido, vem a calhar ensinamento de GILMAR MENDES, ao afirmar que a possibilidade de surgimento das restrições tácitas é legitimada pela inevitável e contumaz colisão de direitos fundamentais igualmente tutelados sem reserva ou sem restrição pela própria Constituição.<sup>357</sup> De qualquer modo, o estabelecimento ou a aceitação de determinada restrição tácita deve obedecer à lógica dos princípios que norteiam a Constituição e, no caso específico da liberdade de expressão, devem ser analisadas sob a ótica dos direitos e valores da Constituição que se colidem com as liberdades aqui tratadas, considerando ainda as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse contexto, EDILSON DE FARIAS afirma expressamente que<sup>358</sup>:

“sendo a possibilidade de colisão da liberdade de expressão e comunicação e da garantia da comunicação social com direitos de terceiros ou com outros valores de hierarquia constitucional o principal motivo para o estabelecimento de restrições implícitas à liberdade e à garantia em tela, é plausível invocar os cânones hermenêuticos da *unidade hierárquico-normativa* (todas as normas constitucionais têm igual dignidade), da *concordância prática ou da* harmonização (como não há hierarquia entre os bens protegidos pela constituição, a colisão será superada pela harmonização ou concordância prática entre os valores colidentes) e da *proporcionalidade* (adequação, necessidade e ponderação das medidas restritivas) também para explicar a necessidade das restrições tácitas”.

---

<sup>356</sup>- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 199.

<sup>357</sup>- MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 230.

<sup>358</sup>- FARIAS, Edilson de. Op. cit. p. 249.

Posto isto, a doutrina costuma aceitar as seguintes restrições tácitas:

- (I) *Observância da presunção de inocência*: tal restrição acaba sendo mais direcionada à *mass media*, especialmente no que diz respeito à veiculação de informações e notícias sobre investigações criminais. Qualquer cidadão envolvido em investigações tem o direito de não ser tratado pela mídia, e mesmo pelos demais cidadãos, como criminoso, antes que qualquer ação com condenação tenha *transitado em julgado*. Esse entendimento decorre do princípio da presunção de inocência insculpido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Não há legislação específica sobre esse tema ou o tratamento da mídia, mas entende-se que esta é uma restrição tácita, aceita inclusive pela doutrina e jurisprudência.<sup>359</sup>
- (II) *Observância das leis penais*: é expressamente vedada a incitação ou apologia ao crime, conforme se extrai da leitura do artigo 19, da Lei n. 5.250/1967. Veja-se que esta é uma lei, infraconstitucional, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação e que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Portanto, quando qualquer ideia, pensamento, informação ou notícia divulgada ou veiculada tiver o intuito de incitar crimes, tal conduta poderá não ser abarcada pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão ou de comunicação.
- (III) *Observância da imagem e dignidade das crianças e adolescentes*: observa-se que tal entendimento advém, além dos princípios contidos na Constituição, também do já mencionado Estatuto da Criança e do Adolescente, que contém diversas restrições à liberdade de expressão e aqui também da de comunicação.

---

<sup>359</sup>- GOMES, Luiz Flávio. *Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa*. IBCCRIM, A.5, N. 58, 1997, p. 3

### 3.3. Âmbito de proteção e limites à liberdade expressão em Portugal

O artigo 37º, n. 1, da Constituição portuguesa estabelece que “*todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações*”. Tratando sobre o âmbito de proteção da liberdade de expressão, JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>360</sup>, na Constituição Anotada coordenada por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, afirma que:

“o âmbito de protecção (ou conteúdo protegido) da liberdade de expressão envolve: (i) o direito de não ser impedido de se exprimir e de divulgar, pelos meios a que se tenha acesso, ideias e opiniões (Ac. nº 636/95); (ii) a liberdade de comunicar ou de não comunicar o seu pensamento; (iii) uma pretensão à expressão, através da remoção de obstáculos não-razoáveis não acesso aos diversos meios (princípio da máxima expansão das possibilidades de expressão); (iv) uma pretensão a alguma medida de acesso, em termos a configurar por lei, às estruturas de serviço público de rádio e de televisão; (v) pretensões de protecção contra ofensas provenientes de terceiros.”

Portanto, o âmbito de proteção da liberdade de expressão no direito português compreende o *direito de expressão do pensamento* e o *direito de informação*, ou, de forma mais específica, *a expressão de ideias ou opiniões e a recolha e transmissão de informações*, de maneira que, como já dito, “*o âmbito normativo desta liberdade deve ser o mais extenso possível, de modo a englobar opiniões, ideias, pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto (questões políticas, económicas, gastronómicas, astrológicas) e quaisquer que sejam as finalidades (influência da opinião*

---

<sup>360</sup>- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Ed. Coimbra, 2ª edição, 2010. P. 849.

*pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais, cognitivos, etc)”*<sup>361</sup>.

Ainda, a doutrina portuguesa admite que a liberdade de expressão sequer pressupõe o *dever de verdade*, ainda que tal questão possa vir a ter relevância em conflitos com outros direitos fundamentais<sup>362</sup>. Porém, vale ressaltar que, em que pese o dispositivo constitucional mencionar que a liberdade de expressão deverá ser consolidada *sem impedimentos e sem restrições*, conforme CANOTILHO e VITAL MOREIRA<sup>363</sup>, “*sem impedimentos não pode querer dizer sem limites, visto que, se o seu exercício pode dar lugar a infrações (cfr. N° 3), é porque há limites ao direito. Sem discriminações não pode eliminar o alcance das exceções expressamente previstas na Constituição*”.

Nesse contexto, colocando verdadeira *pá de cal* na discussão sobre a questão das restrições à liberdade de expressão, JÓNATAS MACHADO<sup>364</sup> assegura que, de fato, tal direito não é absoluto e ilimitado, haja vista que há questões que são passíveis de divergências doutrinárias e jurisprudenciais que podem vir a ser incluídas no âmbito de proteção da liberdade de expressão, conforme cada caso concreto ou evolução legislativa<sup>365</sup> e, ademais, porque mesmo as matérias já abarcadas pelo âmbito de proteção podem ser mitigadas em favor da observância de outros direitos igualmente fundamentais que possam ser preponderantes na respectiva análise da questão em discussão.

Sobre o que não há controvérsia é que obrigatoriamente deve ser respeitado o *núcleo essencial do direito*, e sobre este núcleo essencial é que não poderá a liberdade de expressão sofrer qualquer restrição. Assim é que, quanto à liberdade de expressão, a doutrina portuguesa mais autorizada reconhece a existência de limites diretamente previstos na Constituição, limites

<sup>361</sup>- CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 572.

<sup>362</sup>- CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 572.

<sup>363</sup>- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. P. 573

<sup>364</sup>- MACHADO, Jónatas E.M.. *Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito, Volume 85, Coimbra, 2009. P. 708.

<sup>365</sup>- Um exemplo dessa discussão pode ser a questão da proibição de incitação à guerra e discurso de ódio, conforme preceito do artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “1. *Toda a propaganda em favor da guerra deve ser interdita pela lei. 2. Todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência deve ser interdito pela lei*”.

previstos em legislações obviamente elaboradas com amparo na Constituição e limites oriundos de conflitos entre direitos fundamentais, que geralmente são analisados caso a caso, devendo a solução ser baseada na ponderação dos direitos e bens envolvidos na discussão<sup>366</sup>.

CANOTILHO<sup>367</sup> afirma, quanto ao n. 1, do artigo 37º, da Constituição, que:

“não é evidente o alcance deste enunciado. Sem impedimentos não pode querer dizer sem limites, visto que seu exercício pode dar lugar a infrações, é porque há limites ao direito. Sem discriminações não pode eliminar o alcance das exceções expressamente previstas na Constituição. Todavia, dentro dos limites do direito (expressos ou implícitos), não pode haver obstáculos ao seu exercício e, fora as exclusões constitucionalmente admitidas, todos gozam dele em pé de igualdade. Na falta de uma cláusula de restrição dos referidos direitos, ele tem de ser pelo menos harmonizado e sujeito a operações metódicas de balanceamento ou de ponderação com outros bens constitucionais e direitos com eles colidentes como a dignidade da pessoa humana, os direitos das pessoas à integridade moral ao bom nome e reputação, à palavra e à imagem, à privacidade, etc. (art. 26º). Há que contar também com as restrições específicas em relação aos militares e agentes militarizados (art. 270º), bem como as que decorrem da previsão constitucional do segredo de Estado (art. 164º) e do segredo de justiça (art. 20º).”

O ensinamento de CANOTILHO torna evidente que o direito português, até como já afirmado anteriormente, admite a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais, assim, obviamente, como à liberdade de expressão. Ainda, nos parece muito claro que eventuais restrições também encontram seus próprios limites, porquanto não se admite, em qualquer hipótese, desrespeito ao *núcleo essencial* do direito. A questão é definitivamente identificar o

---

<sup>366</sup>- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. cit. p. 850.

<sup>367</sup>- Op. cit. p. 572-573.

âmbito de proteção da liberdade de expressão, o que já fora colocado em item anterior, e, a partir disso, determinar se eventuais restrições encontram guarida no ordenamento jurídico.

No que tange à liberdade de imprensa e os meios de comunicação social, há diversas restrições ou limites nesse sentido nos próprios artigos destinados a tais direitos, e especialmente no intuito de regular a efetivação de tais dos direitos vinculados à comunicação social. Nesse sentido, podem ser destacadas as seguintes restrições constitucionais à liberdade de expressão:

- (I) *Inviolabilidade de direitos pessoais*, conforme previsão do artigo 26<sup>o368</sup>, da Constituição portuguesa, segundo o qual se entende que deve ser observado o devido respeito à identidade pessoal, à personalidade de cada indivíduo, ao bom nome, à intimidade da vida privada e familiar. Há muita semelhança das disposições constitucionais portuguesas em relação ao ordenamento constitucional brasileiro e ao que lá atrás mencionamos sobre os direitos personalíssimos. Ora, tal como no direito brasileiro, o direito português consagra os *direitos pessoais* como direitos fundamentais, tanto que incluídos no texto constitucional imediatamente após o direito à vida (art. 24<sup>o</sup>) e o direito à integridade pessoal (art. 25<sup>o</sup>), motivo pelo qual o âmbito da liberdade de expressão obviamente não pode abarcar violações ou desrespeito a tais direitos. Aqui também se encontra, talvez, o ponto mais nebuloso quando se trata de colisão entre direitos fundamentais, porquanto, mesmo os direitos da personalidade são muitas vezes de difícil delimitação.<sup>369</sup> Daí porque, a importância de se socorrer às técnicas de hermenêutica, à ponderação, não sem antes identificar o núcleo essencial de cada um desses direitos.

---

<sup>368</sup>- 1. *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.* 2. *A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.* 3. *A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.* 4. *A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.*

<sup>369</sup>- CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 462.

(II) *Restrições quanto à publicidade dos atos*, conforme previsão do artigo 20º, n. 3, da Constituição portuguesa, segundo o qual “*a lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça*”. Muito embora a própria Constituição estabeleça em seu artigo 20º, n. 1, que “*todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consultas jurídicas, ao patrocínio jurídico e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade*”, ou seja, a regra é de que os atos processuais são públicos, sendo que as hipóteses de segredo de justiça poderão ser definidas e asseguradas por lei. Veja-se, que o segredo de justiça é uma restrição à liberdade de informação, que obviamente se insere na liberdade de expressão, como já analisamos. Contudo, a Constituição portuguesa nos parece um tanto genérica ao definir a questão do segredo de justiça, sendo um tanto quanto indefinida a localização e sentido do segredo de justiça. Por tal razão, nos recorreremos ao Código Penal e ao Código de Processo Penal de Portugal, os quais estabelecem em seus artigos 89º-2, e 86º, respectivamente, *a possibilidade de sigilo como forma de se proteger a investigação criminal*. O segredo de justiça é ainda aplicável em qualquer outro processo em que estejam em discussão direitos relacionados com a imagem, intimidade, privacidade dos indivíduos, independente da esfera em que tramite tal processo. Aliás, a Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, em seu artigo 6º<sup>370</sup>, também prevê que os Juízes devem prestar informações, observadas as limitações do segredo de justiça.

(III) *Restrições relacionadas com informações públicas e segredo de Estado*, conforme previsão do artigo 164º-Q, a Assembleia da República pode legislar sobre matérias que se refiram a segredo de Estado. Tal disposição evidencia a possibilidade de que o Estado limite o acesso a informações que possam ser caracterizadas como *segredo de Estado*. Um exemplo está na no Decreto Regulamentar n.º 2/2016, que estabelece o regime aplicável à

---

<sup>370</sup>- 6 - Incumbe, ainda, aos juízos de proximidade: a) Prestar informações de carácter processual, no âmbito dos tribunais sediados na respetiva comarca, em razão do especial interesse nos atos ou processos, desde que observadas as limitações previstas na lei para a publicidade do processo e segredo de justiça.

organização e funcionamento da Unidade de Coordenação Antiterrorismo, cujo artigo 6<sup>o</sup><sup>371</sup> prevê a obrigatoriedade de confidencialidade.

- (IV) *Restrições relacionadas com os militares.* Neste quesito, a Constituição estabelece restrição expressa e específica no artigo 270º: “*A lei pode estabelecer, na estrita medida das exigências próprias das respectivas funções, restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição colectiva e à capacidade eleitoral passiva por militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo, bem como por agentes dos serviços e das forças de segurança e, no caso destas, a não admissão do direito à greve, mesmo quando reconhecido o direito de associação sindical*”. Como afirma CANOTILHO<sup>372</sup>, a estrutura deste artigo não evidencia um direito autónomo dos militares, mas insinua que a causa aqui são as possibilidades de *restrições específicas, cuja competência será do legislador em cada um dos direitos referidos no artigo*. De qualquer forma, vê-se que a própria Constituição determina a existência de restrições relacionadas diretamente com o exercício da profissão dos militares.

Além disso, ainda especificamente quanto à liberdade de imprensa e comunicação social, o artigo 38º, n. 4 estabelece que: “*O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social perante o poder político e o poder económico, impondo o princípio da especialidade das empresas titulares de órgãos de informação geral, tratando-as e apoiando-as de forma não discriminatória e impedindo a sua concentração, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas*”. O n. 7, do mesmo artigo, determina que: “*as estações emissoras de radiodifusão e de radiotelevisão só podem funcionar mediante licença, a conferir por concurso público, nos termos da lei*”.

---

<sup>371</sup>- Artigo 6º, Confidencialidade: *Os membros da UCAT e todos aqueles que participem das suas reuniões ou lhe prestem apoio, relativamente às matérias de que tenham conhecimento por força das suas funções, observam os deveres de sigilo aplicáveis nos termos da lei, consoante a natureza da informação, designadamente os deveres que resultam dos respetivos estatutos funcionais de origem, dos regimes do segredo de Estado e do segredo de justiça e do quadro normativo respeitante à segurança das matérias classificadas.*

<sup>372</sup>- Op. cit. p. 845.

JORGE MIRANDA destaca que o artigo 38º é bastante vasto e contém (I) regras gerais sobre todos os meios de comunicação social (nn. 1, 2, alíneas *a* e *c*), (II) regras direcionadas apenas à imprensa escrita (n. 2, alínea *c*); (III) regras só para a rádio e a televisão e ainda, regras gerais para todo e qualquer órgão de comunicação social, bem como (IV) regras direcionadas apenas ao serviço público e órgãos de comunicação públicos e, por fim, (V) regras direcionadas apenas aos órgãos de comunicação privados. Por meio destas regras, é que conseguimos auferir os direitos dos cidadãos enquanto coletividade (nn. 1 e 2), dos jornalistas e colaboradores (n. 2, alínea *a*), direitos individuais (n. 2, alíneas *a*, *b* e *c*), direitos institucionais (n. 2, alínea *a*), liberdades e garantias (n. 2, alíneas *a* e *b* e n.4)<sup>373</sup>.

Já o artigo 39º trata diretamente da regulamentação da comunicação social. Nesse sentido, há diversas leis nacionais no direito nacional português, tais quais, (I) a Lei Orgânica do Instituto da Comunicação Social, do ano de 1997, mas alterada pelo DL n. 65/99, (II) o Regime de Atribuição de alvará para o exercício da atividade de radiodifusão, DL 130/97, (III) Estatuto do Jornalista, L. n. 1/99, (IV) Lei da Televisão, L. n. 32/2003, dentre outras. Cada uma destas leis tem o condão não especialmente de restringir a liberdade de imprensa ou de comunicação social, mas de regulamentar a maneira pela qual a comunicação é institucionalizada no país.

Obviamente, e para além do próprio texto constitucional, essas leis possuem o intuito de proteger valores e bens constitucionalmente relevantes, como é o caso, por exemplo, do artigo 24º, da Lei da Televisão<sup>374</sup>, cujo objetivo primordial é *o respeito à dignidade da pessoa humana, às suas garantias e liberdades individuais e, essencialmente, o não incitamento ao ódio*. Ainda, elas ajudam a estabelecer os critérios e parâmetros utilizados pela jurisprudência na resolução de conflitos que surgem envolvendo, principalmente, questões como *quebra de sigilo profissional vs. os valores em favor dos quais o sigilo é quebrado; abuso da liberdade de imprensa vs. responsabilidade dos editores; recusas de publicação, crimes de imprensa* e tantos outros casos.

<sup>373</sup> - MIRANDA, Jorge. *Liberdade de comunicação social e serviço público de rádio e de televisão*.

Aula ministrada em 2 de maio de 2013, para o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/jm785\\_liberdade\\_de\\_comunicacao\\_social.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/jm785_liberdade_de_comunicacao_social.pdf). Consultado em 17 de março de 2017.

<sup>374</sup> - “1 - Todos os elementos dos serviços de programas devem respeitar, no que se refere à sua apresentação e ao seu conteúdo, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a livre formação da personalidade das crianças e adolescentes, não devendo, em caso algum, conter pornografia em serviço de acesso não condicionado, violência gratuita ou incitar ao ódio, ao racismo e à xenofobia”.

### 3.4. A jurisprudência brasileira

Sobre a jurisprudência brasileira no âmbito da liberdade de expressão há dois casos que, a título ilustrativo de uma posição consolidada, merecem destaque e análise, quais seja, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 (sobre a Lei de Imprensa), por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal firmou relevantes precedentes para a solução dos conflitos que envolvem colisão entre direitos fundamentais.

Desde sua criação, o Supremo Tribunal Federal tem sido responsável por concretizar a liberdade de expressão e de dar contornos a tal direito. Um caso é, em especial, bastante emblemático; trata-se do *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, conhecido como *Caso Ellwanger*, impetrado por indivíduo condenado, com base no artigo 20 da Lei n. 7.716/1989, à pena de reclusão de dois anos pelo cometimento do *crime de preconceito ou racismo*. Na ocasião, o Supremo decidiu pelo encarceramento do editor de livros Sigfried Ellwanger, cuja obra foi caracterizada como *antissemita*: no caso, mais especificamente, o autor e editor acusou os judeus dos mais diversos infortúnios, inclusive pelo estopim da Segunda Guerra Mundial.

Importante, neste ponto, esclarecer que no Brasil não há legislação específica em relação ao discurso do ódio, de forma que o dispositivo legal que trata do tema, sob um viés não discriminatório, é o art. 20 da Lei n. 7.716/1989, que define como crime “*praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”

O conflito levado ao STF teve dois pontos cruciais: (I) a possibilidade de enquadramento do preconceito contra judeus ao crime de racismo e (II) a prevalência ou não da liberdade de expressão frente a outros direitos tidos por violados. Em sua defesa, o editor impetrante do *habeas corpus* reivindicou os fundamentos constitucionais da liberdade de expressão, ao passo que a Procuradoria Geral da República e o *amicus curiae*, Celso Lafer, defenderam o indeferimento do *habeas corpus* sob o fundamento de que o mesmo preceito constitucional invocado por Ellwanger prevê a igualdade entre as pessoas. Defendeu-se ainda que *o crime de racismo deve abranger não apenas o preconceito com fundamento em raça, mas também na cor, etnia, nacionalidade ou religião*.

Para além das questões processuais e para o que importa ao tema em debate, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou o *habeas corpus* e, por conseguinte, manteve a condenação imposta a Sigried Ellwanger pelo *crime de racismo*. Ao final do julgamento, os Ministros, por maioria, entenderam que “*a liberdade de expressão não pode servir de respaldo para manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância religiosa contra grupos humanos*”.

Dos votos dos Ministros Celso de Melo, Gilmar Mendes e Carlos Velloso, os seguintes argumentos são de extrema valia, respectivamente: (i) “*aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando motivado por razões de fundo racista, também – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós*”; (ii) *numa ponderação da colisão entre a dignidade humana e a liberdade de expressão, deve prevalecer a primeira*; e (iii) *a liberdade de expressão em momento algum pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana*<sup>375</sup>.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, num verdadeiro *leading case* aderiu ao entendimento alemão de sobrepor o valor da dignidade da pessoa humana, ainda que não expressamente consagrado na Constituição brasileira, à liberdade de expressão. Porém, é importante frisar que a decisão não foi unânime, havendo três de onze Ministros votado pela absolvição de Ellwanger, ou seja, dando um *maior valor* à liberdade de expressão. Dentre esses votos divergentes, vale destacar o do então Ministro Carlos Ayres Brito, que, seguindo o modelo de liberdade norte americano, entendeu que “*a liberdade de expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e, portanto, excludente de qualquer limite*”<sup>376</sup>.

Neste caso, os ministros utilizaram o critério de hermenêutica da *ponderação* e o *princípio da proporcionalidade*, decidindo que *a dignidade da pessoa humana deveria prevalecer sobre a liberdade de expressão*, mas que, a colisão entre princípios constitucionais deve ser solucionada por meio de um *processo de ponderação*, em cada caso concreto. Eis os termos da ementa da decisão do Supremo Tribunal Federal:

<sup>375</sup>- Conforme GUSTAVO FERREIRA SANTOS, em *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, p. 245.

<sup>376</sup>- Conforme GUSTAVO FERREIRA SANTOS, em *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, p. 246.

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada”.<sup>377</sup>

---

<sup>377</sup>- Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82424/Rio Grande do Sul, Tribunal Pleno, rel. Min. MOREIRA

A segunda referência inicial é o julgamento da ADPF 130, relacionada à Lei de Imprensa. Referida lei foi promulgada sob a égide de *regime limita* e, portanto, sob uma ditadura, de maneira que tinha como *pretexto de ser*, ou seja, como *motivo disfarçado*, institucionalizar uma censura aos veículos de comunicação, isto sob a alegação oficial de que legislação serviria para regulamentação da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, de forma a se coibir eventuais abusos<sup>378</sup>. Basta verificar, por exemplo, a redação do parágrafo primeiro do artigo 1º: “*não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe*”.

Na fundamentação de seu pedido, o Partido Democrático Trabalhista, autor da ADPF, afirmou que *a Lei de Imprensa seria incompatível com os tempos democráticos e feriria os artigos 5º, incs. IV, V, IX, X, XIII e XIV e 220 a 223 da Constituição Federal*. No julgamento, de início, o Supremo Tribunal Federal destacou que a Constituição de 1988 não teria o condão de declarar referida lei inconstitucional, se o caso, mas, sim, de revogá-la, porquanto sua edição se deu duas décadas antes da promulgação do texto constitucional.

No julgamento de mérito da causa, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência dos pedidos formulados na ADPF, de modo a não recepcionar a Lei de Imprensa. Pela análise do acórdão, vê-se uma técnica de julgamento já utilizada em casos anteriores<sup>379</sup> com a utilização da *ponderação* entre *blocos de constitucionalidade*, quais sejam: o bloco dos direitos relacionados à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos relacionados à personalidade. Decidiu-se que o bloco de constitucionalidade da liberdade de expressão prevalece e prevalece ao bloco dos direitos de personalidade, que incidiria somente de forma ulterior, se for o caso, para assegurar um direito de resposta e responsabilização por eventuais abusos<sup>380</sup>.

Para os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, alguns dispositivos da lei poderiam ser recepcionados pela Constituição, porquanto poderiam garantir proteção à intimidade e à honra,

---

ALVES, 17.9.2003.

<sup>378</sup>- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Liberdade de expressão e seus limites: imagem, honra e intimidade*. Artigo publicado em 29 de janeiro de 2017 no Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2017-jan-29/constituicao-liberdade-expressao-limites-imagem-honra-intimidade>. Consultado em 20 de março de 2017.

<sup>379</sup>- ADI n. 521, rel. Min. PAULO BROSSARD, J. 24.4.1992 e ADPF 33, rel. Min. GILMAR MENDES, J. 27.10.2006.

<sup>380</sup>- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Op. cit. p. 2.

bem como uma eventual punição por abusos. São esses os artigos: 1º, § 1º, já transcrito alhures; 2º, *caput*: “*é livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) ou quando atentem contra a moral e os bons costumes*”; 14: “*fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe: Pena: de 1 a 4 anos de detenção*”; dentre outros. Referidos Ministros foram votos vencidos, não sendo, portanto, tais dispositivos recepcionados.

O fato é que, por maioria, decidiu-se que a lei seria incompatível com os princípios do ordenamento constitucional vigente, apesar de alguns Ministros argumentarem que a lei seria inócua, uma vez que a Constituição disciplina o exercício da liberdade de expressão e reconhece a possibilidade de indenização por abusos. Destaca-se aqui a argumentação da Ministra Cármen Lúcia no sentido da importância que se tem a liberdade de imprensa como liberdade de informar, informar-se e ser informado, o que também concretiza a dignidade de cada indivíduo.

Portanto, foi privilegiada a liberdade de expressão frente ao bloco de constitucionalidade dos direitos de personalidade, com a ressalva de que a própria Constituição já prevê os mecanismos necessários à coibição de abusos. Eis a ementa da decisão:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL.

LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE

PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL”.<sup>381</sup>

Feitos esses breves comentários sobre esses dois *leading cases*, passa-se, a seguir, a análise de algumas colisões específicas, quais sejam, (I) *liberdade de imprensa vs. veracidade de informações* e (II) *liberdade de expressão vs. crimes contra a honra*.

---

<sup>381</sup>- Supremo Tribunal Federal, ADPF n. 130/Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. CARLOS AYRES BRITTO, J. 30.4.2009.

***Liberdade de expressão, liberdade de imprensa vs. veracidade de informações, conclusões principais:***

- (I) A doutrina brasileira faz *distinção entre o direito de informação e a liberdade de expressão*, que, de forma mais genérica, destina-se a tutelar o direito de externar *ideias* de qualquer cidadão, ao passo que o direito de informar caracteriza-se pela liberdade de comunicar fatos e de ser informado de *fatos*;
- (II) *A liberdade de imprensa é resultado do exercício prático da liberdade de informação e expressão*, por meio dos veículos de comunicação em massa;
- (III) A liberdade de comunicação encontra limites no compromisso com a *ética* e com a *informação verossímil*;
- (IV) Apesar da necessidade de *verossimilhança*, não se exige do trabalho jornalístico *verdades absolutas*, isto é, provadas previamente em investigações administrativas ou judiciais;
- (V) A liberdade de comunicação também encontra limites na obrigatoriedade de observância aos direitos de personalidade;
- (VI) O interesse público, ressalvada a razoabilidade e métodos de transmissão da informação, é essencial para a constatação de eventual abuso.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSO COM A ÉTICA E A VERDADE. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. 1. A doutrina brasileira distingue as liberdades de informação e de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; por seu turno, a liberdade de

expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. 2. A liberdade de imprensa, por sua vez, é manifestação da liberdade de informação e expressão, por meio da qual é assegurada a transmissão das informações e dos juízos de valor, a comunicação de fatos e ideias pelos meios de comunicação social de massa. 3. As liberdades de informação, de expressão e de imprensa, por não serem absolutas, encontram limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffamandi*). 4. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para por termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade. 5. No caso dos autos, após a informação de um fato verdadeiro, que, por si só, não seria notícia, desenvolveu-se uma narrativa afastada da realidade, da necessidade e de razoabilidade, agindo o autor da publicação, evidentemente, distante da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeiro escárnio com a instituição policial e, principalmente, em relação ao Superintendente Regional da Polícia Federal, condutor das atividades investigativas, que foram levemente colocadas à prova pelo jornalista. 6. Detectado o dano, exsurge o dever de indenizar e a determinação do quantum devido será alcançada a partir do método bifásico de arbitramento equitativo da indenização: numa primeira etapa, estabelece-se o valor básico para a

indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes e, na segunda etapa, as circunstâncias do caso serão consideradas, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Recurso especial provido”.<sup>382</sup>

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PROGRAMA TELEVISIVO. TRANSMISSÃO DE REPORTAGEM INVERÍDICA (CONHECIDA COMO "A FARSA DO PCC"). AMEAÇA DE MORTE POR FALSOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EFETIVO TEMOR CAUSADO NAS VÍTIMAS E NA POPULAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. ACTUAL MALICE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. A liberdade de informação, sobretudo quando potencializada pelo viés da liberdade de imprensa, assume um caráter dúplice. Vale dizer, é direito de informação tanto o direito de informar quanto o de ser informado, e, por força desse traço biunívoco, a informação veiculada pelos meios de comunicação deve ser verdadeira, já que a imprensa possui a profícua missão de "difundir conhecimento, disseminar cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares, enfim, orientar a opinião pública no sentido do bem e da verdade". 2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a

---

<sup>382</sup>- Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1247863/Distrito Federal, 4ª Turma, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, J. 25.10.2016.

honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. 3. Nesta seara de revelação pela imprensa de fatos da vida íntima das pessoas, o digladiar entre o direito de livre informar e os direitos de personalidade deve ser balizado pelo interesse público na informação veiculada, para que se possa inferir qual daqueles direitos deve ter uma maior prevalência sobre o outro no caso concreto. 4. A jurisprudência do STJ entende que "não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação ('actual malice'), para ensejar a indenização" (REsp 680.794/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010). 5. Apesar do aparente interesse público, inclusive por trazer à baila notícia atemorizando pessoas com notoriedade no corpo social, percebe-se, no caso, que, em verdade, o viés público revelou-se inexistente, porquanto a matéria veiculada era totalmente infundada, carregada de conteúdo trapaceiro, sem o menor respaldo ético e moral, com finalidade de publicação meramente especulativa e de ganho fácil".<sup>383</sup>

***Liberdade de expressão, liberdade de imprensa vs. crimes contra a honra, conclusões principais:***

- (I) A liberdade de expressão acarreta *responsabilidade jurídica*, ensejando danos morais e materiais;
- (II) *O âmbito de proteção da liberdade de expressão não abrange crimes contra a honra, tampouco de crime de preconceito;*
- (III) *O âmbito de proteção da liberdade de comunicação social não abrange divulgação de informações falsas, como se verdadeiras fossem.*

---

<sup>383</sup>- Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1473393/São Paulo, 4ª Turma, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, J. 4.10.2016.

“RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE LIVRO. FALSO RELATO DE CUNHO RACISTA E EUGÊNICO ATRIBUÍDO A POLÍTICO. REPERCUSSÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DA FALSA IMPUTAÇÃO. DANO MORAL REPARAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. Consoante se extrai do acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 4.815/DF, a dispensa de autorização prévia dos envolvidos para a publicação de biografias implica a responsabilidade a posteriori por danos comprovadamente causados. Extrai-se do voto da relatora, a Ministra Cármen Lúcia, que "não há, no direito, espaço para a imunidade absoluta do agir no exercício de direitos cointerferência danosa a direitos de outrem. Ação livre é ação responsável. Responde aquele que atua, ainda que sob o título de exercício de direito próprio." 2. A liberdade de expressão acarreta responsabilidade e não compreende a divulgação de falsidade e a prática de crimes contra a honra. A divulgação de episódio falso, como se verdadeiro fosse, além de ofender a honra do lesado, prejudica o interesse difuso do público consumidor de bens culturais, que busca o conhecimento e não a desinformação. 3. Publicação de livro imputando falsamente a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico. Ampla divulgação na mídia impressa, televisiva e virtual, tendo acarretado também processo criminal contra o autor perante o Supremo Tribunal Federal por crime de racismo e processo de cassação de mandato perante a Câmara dos Deputados por quebra de decoro parlamentar. 4. Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado,

ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. A indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos. 6. Indenização no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a cargo de cada recorrido, que, no caso, mostra-se adequada para mitigar os danos morais sofridos, cumprindo também com a função punitiva e a preventiva, sem ensejar a configuração de enriquecimento ilícito. 7. O direito de resposta, de esclarecimento da verdade, retificação de informação falsa ou à retratação, com fundamento na Constituição e na Lei Civil, não foi afastado; ao contrário, foi expressamente ressalvado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Trata-se da tutela específica, baseada no princípio da reparação integral, para que se preserve a finalidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil (Código Civil, arts. 927 e 944). 8. Segundo o entendimento pacífico do STJ, ao juiz, como destinatário da prova, cabe indeferir as que entender impertinentes, sem que tal implique cerceamento de defesa. Incidência da Súmula 7/STJ. 9. Tendo sido negado processamento ao recurso de apelação interposto pela Editora, por decisão transitada em julgado, não cabe apreciar sua inconformidade de mérito em grau de recurso especial”<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup>- Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1440721/Goiás, 4ª Turma, rel. Min. ISABEL GALLOTIL, J. 11.10.2016.

### 3.5. A jurisprudência portuguesa

No ano de 2003, o Tribunal Constitucional de Portugal julgou caso bastante relevante, cuja origem é um recurso contencioso interposto por Juiz de Direito do Supremo Tribunal de Justiça em relação à deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 21 de janeiro de 1997, que aplicou ao Juiz pena de aposentação compulsiva. Para o Juiz, seriam inconstitucionais os artigos 82º, 85º e 95º, do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Aqui assume relevo o entendimento do Tribunal Constitucional acerca de uma das questões que lhe foi colocada à apreciação, notadamente em relação à suposta inconstitucionalidade do artigo 82º do referido Estatuto, porquanto, no entendimento do magistrado, *a proibição de divulgação pública de pensamentos e opiniões por juízes, que constitui infração disciplinar, feriria o artigo 3º da CRP, traduzindo-se ainda no exercício de censura.*

O Supremo Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que não haveria que se falar em inconstitucionalidade dos artigos suscitados. No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público. Em sua fundamentação, e superando as outras questões que não estão relacionadas com o tema em foco, sustentou o Tribunal Constitucional importante posicionamento quanto à liberdade de expressão, nos seguintes termos:

“A primeira questão de inconstitucionalidade colocada pelo recorrente reporta-se à norma do artigo 82º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, na interpretação segundo a qual “a divulgação pública de pensamentos e opiniões por Magistrados constitui infração disciplinar”, por entender que tal norma viola o artigo 37º da Constituição e traduz exercício proibido de censura. O problema suscitado prende-se, desde logo, com a questão de saber se existem limites constitucionais à liberdade de expressão e com a questão de saber se é constitucionalmente admissível que a repressão dos abusos da liberdade de expressão se faça, não através de sanções de

natureza penal, mas de sanções de outra natureza, nomeadamente disciplinares. O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar sobre estas questões, retomando aliás jurisprudência da Comissão Constitucional. No Acórdão n.º 81/84 (publicado no Diário da República, II Série, n.º 26, de 31 de Janeiro de 1985, p. 1025), a propósito dos artigos 154º, n.º 1, e 155º, n.º 1, do Código de Processo Civil, o Tribunal começou por esclarecer que “a liberdade de expressão [...] não é um direito absoluto nem ilimitado” e que, não obstante o artigo 37º, n.º 2, da Constituição proibir toda a forma de censura, ‘é lícito reprimir os abusos da liberdade de expressão’.

E acrescentou: ‘O art. 37º [da Constituição da República Portuguesa] aponta [...] no sentido de que se não devem permitir limitações à liberdade de expressão, para além das que forem necessárias à convivência com outros direitos, nem impor sanções que não sejam requeridas pela necessidade de proteger os bens jurídicos que, em geral, se acham a coberto da tutela penal, mas não impede que o legislador organize a tutela desses bens jurídicos, lançando mão de sanções de outra natureza (civis, disciplinares...). Não terá, assim, que haver apenas sanções criminais. É que o direito criminal deve limitar-se à tutela de bens jurídicos essenciais para a livre realização e

desenvolvimento em comunidade da personalidade de cada homem. Só deve intervir quando os meios não criminais da política social se mostrem insuficientes para tutela daqueles bens jurídicos. Dizendo de outro modo: só deverá recorrer-se a sanções penais para tutelar os bens jurídicos mais importantes e fazer frente aos ataques mais graves. As sanções penais surgem, assim, como ultima ratio. É o princípio da subsidiariedade ou – como se expressa certa doutrina – o princípio da liberdade máxima intervenção mínima [...]. A política criminal deve orientar-se por critérios de

racionalidade. Só deve, por isso, ir-se pela via das sanções criminais quando elas possam ser minimamente eficazes. Devem, com efeito, adoptar-se soluções que conduzam a maximizar o conformismo e os ganhos sociais e a minimizar os custos. [...] Por consequência, nenhuma razão existe para que se não entenda agora também, com a Comissão Constitucional, que o art. 154º, nº 1, do Código de Processo Civil não prevê qualquer forma de censura, sim uma medida disciplinar, cuja aplicação o texto constitucional não proíbe’.

A fundamentação utilizada pelo Tribunal Constitucional no acórdão acabado de citar é perfeitamente transponível para o caso dos autos, sendo certo que está agora em causa a instauração de um processo disciplinar que se fundamenta em declarações proferidas – e nos termos em que o foram – a propósito da solução consagrada no actual artigo 217º da Constituição quanto ao exercício do poder disciplinar relativamente aos magistrados judiciais através de um órgão autónomo (o Conselho Superior da Magistratura)”<sup>385</sup>.

Tal julgado reconhece a existência de limites à liberdade de expressão e de imprensa, tal como acontece com os demais direitos fundamentais. Os acórdãos verificados *a posteriori* sustentam o mesmo posicionamento, sem deixar de reconhecer a importância da liberdade de expressão; apenas limitando-a dentro do possível quando em xeque outros direitos fundamentais de salutar importância.

Além do referido acórdão, é importante averiguar o Sumário sobre *A liberdade de expressão e informação e os direitos de personalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, onde se constata algumas colisões específicas, a saber, (I) *liberdade de imprensa vs. direito de personalidade*; (II) *liberdade de imprensa vs. direito ao bom nome*; (III) *liberdade de expressão vs. críticas, opinião e juízo de valor*; (IV) *liberdade de expressão vs. discurso de ódio*.

---

<sup>385</sup>- Tribunal Constitucional, Acórdão n. 384/03, Proc. n. 40/03, 1ª Secção, Relatora: MARIA HELENA BRITO. Julgado em 15 de julho de 2003.

***Liberdade de expressão, liberdade de imprensa vs. Direito de personalidade, conclusões principais:***

- (I) *A liberdade de expressão e de imprensa não é absoluta, devendo ser respeitados os limites impostos por lei a partir do que consagra a Constituição, sendo que o respeito à integridade moral dos cidadãos mostra-se mais relevante;*
- (II) O direito à honra é uma das mais importantes conquistas da tutela da privacidade e do direito da personalidade;
- (III) A dignidade da pessoa humana tem como pressuposto o reconhecimento do *espaço da privacidade de cada indivíduo;*
- (IV) O direito à privacidade pode colidir frequentemente com o direito à liberdade de expressão, mas, sobretudo, com a liberdade de imprensa;
- (V) O dever de informar impõe a veiculação de notícias, ou fatos que, desde que verdadeiros e noticiados de *forma precisa e adequada*, independente da natureza do seu conteúdo e da possibilidade de ofender a honra do indivíduo;
- (VI) O interesse público legitima a divulgação de fatos ou notícias *relevantes* para a sociedade, mesmo que tais fatos possam ferir a honra ou a imagem;
- (VII) Fatos narrados de maneira *precisa, sem exageros* ou *sensacionalismos*, ou *juízos de valor*, não podem ser censurados.

“Direitos de personalidade - Liberdade de informação - Abuso de liberdade de imprensa - Jornalista - Direito ao bom nome - Direito à honra – Responsabilidade extracontratual - Prazo de prescrição. I - O direito de indemnização por responsabilidade civil extracontratual prescreve no prazo de três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete (art. 498.º, n.º 1, do CC). II - Tal prazo interrompe-se com a citação do réu (art. 323.º do CC). III - Se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei

estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo de prescrição aplicável (art. 498.º, n.º 3, do CC). (...) V - Não revelando os factos provados o preenchimento dos elementos subjectivos do crime imputado aos réus - ofensa à honra, cometido através de imprensa, previsto e punido nos arts. 180.º, 183.º, n.º 2, e 184.º do CP e 9.º e 30.º da Lei n.º 2/99, de 13-01 -, não pode o autor beneficiar do prazo de prescrição de cinco anos a que cabe tal ilícito penal (art. 118.º, n.º 1, al. c), do CP). VI - O direito de informação (art. 37.º da CRP) não é absoluto: deve ser exercitado no respeito da lei e, designadamente, no respeito da integridade moral dos cidadãos (art. 26.º da CRP). VII - Porém, actos ou factos há que, mesmo que aptos a ofender a honra e consideração dos cidadãos, podem/devem ser noticiados pelo jornalista, no exercício do direito/dever de informar o público em geral, divulgando-os pela imprensa, como função pública. VIII - Trata-se de actos ilícitos, ou meramente criticáveis, erros ou vícios, praticados no âmbito de funções públicas por seus membros. IX - Impõe-se, contudo, que tais actos sejam verídicos e publicitados em termos precisos e adequados, de forma a conterem-se nos limites do necessário à sua divulgação: é o interesse público que legitima a divulgação daqueles factos, o interesse dos cidadãos em preservar a moralidade de uma função pública. X - Não merece censura a conduta da ré jornalista que elabora um escrito narrativo – sem exageros ou expressões sensacionalistas e sem quaisquer juízos de valor - do que foi requerido pelas partes num processo que não se encontra em segredo de justiça e no qual foi suscitado o incidente de recusa do juiz-desembargador relator, pessoa que é conhecida devido a algumas decisões judiciais”.<sup>386</sup>

---

<sup>386</sup>- 31-03-2009 - Revista n.º 656/09 - 2.ª Secção - MOTA MIRANDA (Relator), ALBERTO SOBRINHO e MARIA DOS PRAZERES BELEZA.

Liberdade de imprensa - Direitos de personalidade - Direito ao bom nome - Reputação. I - Se a informação passa pelo assegurar da livre possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, não se pode olvidar que essa possibilidade não pode beliscar os direitos de personalidade de cada cidadão. Como ressalta dos arts. 25.º e 26.º da Constituição, toda a pessoa goza do direito à integridade moral e física, e ao bom nome e reputação. Para no n.º 1 do art. 70.º do CC, ao versar sobre a tutela geral da personalidade, se dispôr que a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Este normativo pressupõe a existência de direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente, e de entre eles o direito ao bom nome e reputação. Ainda que constituindo o direito à liberdade de expressão um pilar essencial do Estado de Direito democrático, o certo é que esse direito não pode ser exercido com ofensa de outros direitos, designadamente o direito ao bom nome e reputação, direito de igual dignidade e idêntica valência normativa. II - Assumindo estes dois direitos consagração e protecção constitucional, é difícil estabelecer uma ordem hierárquica entre eles, pelo menos em abstracto. Essa ordem deve antes fazer-se sopesando as circunstâncias concretas de cada caso, e com base em princípios de adequação e proporcionalidade em ordem à salvaguarda de cada um dos direitos. III - Decorrendo dos factos noticiados uma clara ideia de um comportamento incoerente do autor, porque contraditório com aquilo que apregoa, de um oportunista, que não hesitou em aceitar uma reforma ancorada apenas em alguns meses de trabalho, de mais um privilegiado, ao receber uma pensão de elevado valor, no fundo, de ser um político em tudo idêntico aos outros que se aproveitam de toda a ordem de benesses mesmo que moralmente inaceitáveis, a

sua publicação viola o bom nome e reputação do autor, conduta que reveste um comportamento anti-jurídico”<sup>387</sup>.

“Responsabilidade extracontratual - Direitos de personalidade - Direito à imagem - Direito a reserva sobre a intimidade - Protecção da vida privada - Vida privada - Reserva da vida privada - Liberdade de expressão - Liberdade de imprensa – Publicação. I - A lesão da personalidade é, em princípio, ilícita. II - Para a apreciação do grau de ilicitude deve ser ajuizado, em concreto, o modo como for feita a publicação da imagem ou a revelação dos factos da vida privada. III - O direito à honra é uma das mais importantes concretizações da tutela da privacidade e do pudor e do direito da personalidade. IV - Só deve considerar-se ofensivo da honra e consideração de outrem aquilo que, razoavelmente, isto é, segundo a sã opinião das pessoas de bem, deverá considerar-se ofensivo daqueles valores individuais. V - A dignidade das pessoas exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros. VI - A reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a excepção. VII - O direito à privacidade só pode ser lícitamente agredido quando – e só quando – um interesse público superior o exija, em termos tais que o contrário possa ser causa de danos gravíssimos para a comunidade; VIII - O direito à privacidade colide frequentemente com o direito à liberdade de expressão, principalmente com da liberdade de imprensa. IX - Quando o interesse público o imponha, o direito à honra e à privacidade não podem impedir a revelação daquilo que for estritamente necessário e apenas no que for estritamente necessário. X - Qualquer pessoa tem o direito de exigir que o conhecimento da

---

<sup>387</sup>- 18-06-2009 - Revista n.º 159/09.1YFLSB - 7.ª Secção - ALBERTO SOBRINHO (Relator), MARIA DOS PRAZERES BELEZA e LÁZARO FARIA.

sua situação de presidiária seja apenas conhecida pelas pessoas que necessariamente e inevitavelmente tomaram contacto com ela como actores de factos relacionados com a prisão e não seja publicitada para além desse círculo de pessoas”<sup>388</sup>.

***Liberdade de expressão, liberdade de imprensa vs. direito ao bom nome, conclusões principais:***

- (i) O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *valor supremo* de qualquer Estado Democrático de Direito determina que a colisão entre direitos fundamentais deva resolver-se pela *prevalência* dos direitos pessoais (art. 335º, n. 2, Código Civil);
- (ii) A liberdade de expressão e de imprensa não é absoluta, devendo ser respeitados os limites impostos por lei a partir do que consagra a Constituição, sendo que o respeito à integridade moral dos cidadãos mostra-se mais relevante;
- (iii) Os direitos de informação, de livre expressão e da imprensa sofrem as restrições necessárias à *coexistência* na sociedade democrática de outros direitos fundamentais relacionados à honra e a reputação dos indivíduos;
- (iv) O dever de informar impõe a veiculação de notícias, ou fatos que, desde que verdadeiros e noticiados de forma *precisa e adequada*, independente da natureza de seu conteúdo e da possibilidade de ofender a honra do indivíduo;
- (v) Em casos de colisão, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser respeitados
- (vi) O dever de informação prevalece sobre um direito pessoal de determinado indivíduo quando estiver em discussão o interesse coletivo;
- (vii) Em casos de colisão, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem ser respeitados.

---

<sup>388</sup>- 13-01-2011 - Revista n.º 153/06.4TVLSB.L1.S1 - 2.ª Secção - OLIVEIRA VASCONCELOS (Relator), SERRA BAPTISTA e ÁLVARO RODRIGUES.

“Liberdade de imprensa - Liberdade de expressão - Liberdade de informação – Direito ao bom nome - Colisão de direitos - Direitos fundamentais. I - Os direitos (e as liberdades) de expressão e informação, e de imprensa, constitucionalmente consagrados, não são direitos inteiramente absolutos, vivendo por si e para si como se fossem únicos. II - Há outros direitos constitucionalmente assegurados e é no confronto entre todos que tem que definir-se, em concreto, a medida do absoluto de cada qual e a relativização necessária ao respeito pela dimensão essencial de todos e de cada um. III - A liberdade de imprensa não é uma criação pela criação, mas uma exigência em ordem à defesa do interesse público e à consolidação da sociedade democrática. IV - No confronto entre os direitos à liberdade de expressão e informação, exercidos através da imprensa, e outros direitos constitucionalmente consagrados, maxime o direito à integridade pessoal e o direito ao bom nome e reputação, não pode deixar de reflectir-se na verdadeira dimensão do exercício desses direitos - se há um qualquer interesse público a prosseguir, haverá eventualmente que privilegiar o direito à informação e a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos individuais; se o interesse de quem informa se situa no puro domínio do privado, sem qualquer dimensão pública, o direito à integridade pessoal e ao bom nome e reputação não pode ser sacrificado para salvaguarda de uma egoística liberdade de expressão e de informação”.

“Direitos fundamentais - Direitos de personalidade - Figura pública - Liberdade de imprensa - Direito ao bom nome - Colisão de direitos - Danos não patrimoniais – Indemnização. I - No normativo inserto no art. 70.º, n.º 1, do CC, instituiu-se o direito geral de personalidade, com natureza de direito subjectivo, pessoal e absoluto, que, como tal, goza da tutela do direito público – direito constitucional e criminal – e de

“reforçada” tutela civil, nomeadamente, a derivada do instituto da responsabilidade civil por facto ilícito. II - De entre os direitos especiais de personalidade em que aquele se desdobra, emergem os direitos ao bom nome e à reputação pessoal, que integram o bem da personalidade humana e têm a seu lado a tutela inerente a esta. III - A regra da prevalência deste direito fundamental no confronto com o exercício do direito de liberdade de imprensa sofre uma interpretação restrita quando os queixosos são políticos ou outras figuras públicas, cujo estatuto e proeminência no governo das sociedades hodiernas há-de ser mais permissivo e tolerante com o tom mais elevado e intenso das críticas de que são objecto pela imprensa, desde que não se trate de ofensa gratuita, desproporcionada ou desvirtue o interesse geral subjacente à informação. IV - Atenta contra o bom nome e reputação do autor – ao tempo a exercer funções de Secretário Regional do Governo Regional de Região Autónoma –, um título/notícia de um jornal diário, que os respectivos subdirector e director fizeram publicar, por ser falsa e suscitar a suspeita de o autor ter violado a lei em favor de um familiar. V - O autor – que gozava de prestígio profissional – viu, como efeito da notícia publicada, prejudicada a sua imagem pessoal e profissional, causando-lhe inerente desgosto e desconforto os comentários a que a mesma deu azo. VI - Trata-se de danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, merecem a tutela do direito, e justificam a atribuição de uma compensação adequada, acentuando-se também nesta uma função sancionatória, fixada na quantia de € 10 000 (e não de € 15 000, conforme decidiu o acórdão recorrido)”<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup>- 01-04-2014 - Revista n.º 218/11.0TBPD.L1.S1 - 1.ª Secção - MARTINS DE SOUSA (Relator), GABRIEL CATARINO e MARIA CLARA SOTTOMAYOR.

***Liberdade de expressão, liberdade de imprensa vs. críticas, opinião e juízo de valor, conclusões principais:***

- (i) Não é possível exigir imparcialidade ou grau de rigor na investigação de fatos em que se assentam comentários ou opiniões, porque o transmissor da notícia ou do fato também tem a intenção de levar o leitor à reflexão e levar a sociedade ao debate de fatos já conhecidos;
- (ii) A exigência de investigação pessoal de cada opinante ou comentário inviabilizaria o trabalho jornalístico (desde que críticas e opiniões sejam feitas com base em fatos já conhecidos);
- (iii) Sendo credível a fonte de informação, é *excesso* a exigência de veracidade desta;
- (iv) Descrições objetivas ou juízos moderados de valor não extravasam o direito e o dever de informar de quem escreve e publica;
- (v) O contexto circunstancial que motiva a veiculação de fatos e notícias, além da análise objetiva do conteúdo, deve ser levado em consideração na análise da colisão entre os direitos aqui tratados.

“Jornalista - Juiz - Órgãos de comunicação social - Ofensa do crédito ou do bom nome - Responsabilidade extracontratual - Pressupostos - Texto de opinião - Causas de exclusão da culpa I - Numa acção inserida na responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, a nível probatório, como elementos constitutivos do direito à indemnização, é ao autor, lesado, que compete a prova de todos os pressupostos, inclusive a prova da culpa, salvo se houver presunção legal em contrário - arts. 483.º, 487.º e 342.º, n.º 1, do CC; ao réu, por sua vez, compete provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado - art. 342.º, n.º 2, do CC. II - No caso em apreço, como em nenhuma das partes dos textos publicados no jornal havia qualquer referência ao autor ou algo que o identificasse como um dos juízes desembargadores

subscritores do acórdão, não estão preenchidos todos os pressupostos para a responsabilidade civil extracontratual em que assentava a acção; não está provado onexo de causalidade entre o facto ilícito (divulgação de um texto que não correspondia à verdade dos factos) com as lesões concretas sofridas pelo autor. III - Os danos que o autor refere como tendo por si sofridos (profundo desgosto por ver prejudicada a sua reputação e imagem pessoal), resultaram da publicação de textos que noutros meios de comunicação social o apresentaram como um dos subscritores do acórdão; só que, sublinha-se, foram outros órgãos de comunicação social que fizeram essa revelação, pelo que a relação directa dos danos com o acto ilícito está ausente nos textos em apreciação. IV - Aos artigos de opinião/comentário não pode exigir-se o grau de rigor na investigação dos factos em que os comentários ou opiniões assentam, pois mais do que a notícia - já conhecida - o que pretendem é levar o leitor à reflexão e lançar o debate sobre factos já conhecidos. V- Se cada opinante ou comentarista tivesse de fazer a sua própria investigação, provavelmente teria de ficar sempre calado ou só em muito poucos casos poderia escrever. É certo que o próprio comentador tem de ter contenção e colocar dúvidas quando a fonte em que se assenta não é credível. Mas, sendo credível a fonte, é demasiado exigir que tenha de desconfiar da eventual autenticidade e veracidade desta. VI - Os desmentidos de notícias, quando provenientes de agências credenciadas são casos raros, não porque só raramente se fazem, mas porque são normalmente fiáveis as notícias que vão sendo comunicadas. VII - A avaliação da diligência deve ser feita em função da actuação que em abstracto tomaria o *bonus pater familiae*, colocado perante as circunstâncias concretas de cada caso - art. 487.º, n.º 2, do CC. O *bonus pater familiae* será aqui o jornalista/comentador ou jornalista/opinante prudente, que, em órgão de comunicação social, teria assumido naquela situação,

ou seja, pensando que fosse verdadeira a base sobre a qual trabalhava e não tendo razões para desconfiar da sua veracidade, por ser a sua fonte uma entidade credenciada. VIII - A nível psicológico os réus actuaram com culpa na sua forma mais leve (culpa inconsciente), mas perante um quadro que se lhes apresentou como real, sem terem razões objectivas para duvidar que assim não fosse ou não pudesse plausivelmente ser. Afigurase-nos que mesmo que se aceitasse o nexos causal entre o ilícito e o dano, estaríamos perante uma causa de escusa, exonerante de responsabilidade”<sup>390</sup>.

“Liberdade de imprensa - Liberdade de informação - Jornalista - Decisão judicial - Direito de crítica - Juízo de valor - Direito ao bom nome - Responsabilidade civil – Ilícitude. I - A honra de uma pessoa é essencialmente o substrato moral e ético da sua existência, e a consideração social, bom-nome ou reputação são o resultado do julgamento dos outros acerca dela. II - A lei traça limites à liberdade de imprensa de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática. III - Na interpretação do conteúdo dos relatos jornalísticos, face ao direito à integridade moral de quem exerce a função jurisdicional, deve considerar-se o contexto circunstancial que os motivaram, o seu interesse jornalístico e do público, a sujeição das decisões judiciais à crítica e a distinção entre elas e as pessoas que as proferem. IV - O relato objectivo da forma insólita do protesto de um cidadão, em greve de fome junto do tribunal, incluindo a motivação e um outro juízo moderado de valor por ele afirmados, não extravasa do direito e do dever de informar de quem o escreveu e publicou. V - Não se verifica o pressuposto

---

<sup>390</sup>- 21-04-2010 - Revista n.º 6160/05.7TVLSB.L1.S1 - 1.ª Secção - MÁRIO CRUZ (Relator), GARCIA CALEJO e HELDER ROQUE (declaração de voto).

da responsabilidade civil ilicitude da acção nos relatos jornalísticos que, objectiva e contextualizadamente interpretados, não se revelem idóneos a gerar a ofensa à integridade moral da pessoa que decidiu, embora esta tenha sentido compreensivamente essa ofensa e quem os escreveu tenha configurado esse sentimento<sup>391</sup>.

### 3.6. Uma breve análise da liberdade de expressão no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

De acordo com JOSÉ MELO ALEXANDRINO e LUÍS PEREIRA COUTINHO<sup>392</sup>, e ainda conforme demonstra a própria *praxis* e as estatísticas, há um *desprestígio* da liberdade de expressão junto aos Tribunais lusitanos e parte da doutrina portuguesa, que *menorizam o valor desta liberdade, não fazendo prevalecer, como deveriam, os interesses da liberdade de expressão sobre os bens e interesses tais como a honra, o bom nome e o segredo de justiça*, de maneira que, por isso, *Portugal é um dos membros do Conselho da Europa com um dos padrões mais baixos de tutela jurisdicional da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa*<sup>393</sup>.

Com efeito, denota-se que a que a jurisprudência portuguesa é direcionada para uma prevalência do direito à honra e à reputação em detrimento da liberdade de expressão, inclinando-se na ampla maioria dos casos em favor dos primeiros Já no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por outro lado, numa pesquisa de uma década de jurisprudência<sup>394</sup>, a liberdade de expressão assume protagonismo quando em conflito com o *direito ao bom nome, privacidade e segredo de justiça*, o que também pode ser confirmado por LUÍS PEREIRA COUTINHO em artigo sobre o tema<sup>395</sup>.

<sup>391</sup>- 27-05-2008 - Revista n.º 1478/08 - 7.ª Secção - SALVADOR DA COSTA (Relator), FERREIRA DE SOUSA e ARMINDO LUÍS.

<sup>392</sup>- Respectivamente nos artigos *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão e O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e A Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses*. Ambos em *Media, Direito e Democracia*.

<sup>393</sup>- Isto conforme JOSÉ MELO ALEXANDRINO em *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, pp. 64/66.

<sup>394</sup>- Conforme artigo publicado por EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, intitulado *A Liberdade de Expressão na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, em *Justitia*, São Paulo, n. 65, jan/jun 2008.

<sup>395</sup>- *A Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses*, em *Media, Direito e Democracia*.

O fato, portanto, é que o TEDH, ao contrário das jurisprudências brasileira e, sobretudo, lusitana, tem atribuído uma *aplicação preferente ao direito à liberdade de expressão*<sup>396</sup>. Em arremate, LUÍS PEREIRA COUTINHO<sup>397</sup>, citando FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, afirma que a jurisprudência portuguesa dominante – análise esta que também pode ser estendida ao caso brasileiro – possui uma “*clara tendência para a liberdade de expressão ser relegada para um lugar secundário face a um direito ao bom nome sobrevalorizado*”, enquanto que, na esteira da lição de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>398</sup>, “*no âmbito do constitucionalismo multinível, a importância deste direito não tem deixado de ser reiteradamente afirmada pela jurisprudência do TEDH*”.

---

<sup>396</sup>- Expressão utilizada por LUÍS PEREIRA COUTINHO em *A Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 346.

<sup>397</sup>- *A Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 360.

<sup>398</sup>- *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, p. 48.

## Considerações Finais

I. A liberdade de expressão é inegavelmente um direito pertencente ao dileto rol dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo, portanto, universalmente inerente a qualquer ser humano simplesmente pela condição de sê-lo; podendo, até mesmo, ser considerado como um fundamento e *condição sine qua non* para a consecução de um verdadeiro Estado Democrático de Direito considerado no seu conceito literal. Por conseguinte, é um direito que goza – *ou pelo menos deveria* – gozar de uma proteção superior em relação aos demais, sendo, conforme a doutrina norte americana, *preferencial* em relação a outros direitos fundamentais ou mesmo um *trunfo* contra as aspirações legislativas ou política da maioria.

II. A liberdade de expressão é um *direito subjetivo*, próprio de cada indivíduo; um *direito negativo* porque é um direito contra intervenções agressivas e restritivas dos poderes públicos e privados; um *direito positivo*, pois pressupõe e exige condições sociais de desenvolvimento da pessoa humana, quer de forma individual subjetiva quer de forma participada e coletiva; e um *direito preceptivo*, porque é de imediata aplicação não necessitando de disposições atuantes.

III. A liberdade de expressão, dada a sua importância, inclusive para a personalidade e dignidade humana, sendo esta a *pedra angular* do Constitucionalismo moderno, possui um *âmbito normativo alargado* ou *aberto*, capaz, portanto, de abarcar as mais diversas formas de expressão do pensamento, fatos, notícia, críticas, opiniões e *etc*, seja por meio físico, virtual, escrito, desenhado, artístico e *etc*. Inclusive, por este motivo, utiliza-se de um *conceito tipológico*, de forma a afastar um *conceito objetivo*, demasiadamente restrito e, portanto, capaz de tolher o direito de forma arbitrária, e um *conceito subjetivo*, excessivamente genérico e, com efeito, sem segurança jurídica. Ou seja, o *âmbito de proteção alargado* da liberdade de expressão deve ser *captado a partir de conceitos amplos e não definitório*.

IV. A liberdade de expressão, a princípio, em que pesem entendimentos contrários, não abarca a liberdade de imprensa – ou de comunicação, caso assim prefira se denominar –, pois, adotando-se o entendimento de JOSÉ MELO ALEXANDRINO<sup>399</sup>, “*nem pelo seu fundamento, nem pelo seu objeto, nem pelo seu conteúdo, nem pelos seus limites, nem pelos seus titulares, o direito de informação ou a liberdade de imprensa se podem entender como um caso especial da liberdade de expressão*”. Porém, por outro lado, é fato que a liberdade de expressão sempre é chamada a fundamentar e resguardar a liberdade de comunicação quando estão em conflito a divulgação de notícias, informações, críticas e *etc* com o direito ao bom nome, a privacidade e o segredo de justiça. Portanto, ainda que a liberdade de expressão possa, por questões conceituais e teóricas, do ponto de vista dogmático da ciência jurídico-constitucional, não abranger a liberdade de comunicação, a primeira é essencial a correta efetivação da segunda.

V. Inobstante a finalidade inquestionável da liberdade de expressão e comunicação para uma sociedade verdadeiramente democrática e livre, é fato que a liberdade de comunicação, caso não devidamente regulamentada pelo Estado – evidentemente que sem a intenção de se impor qualquer censura ou óbice ao livre exercício desta – pode vir a ser *desvirtuada* e, com efeito, utilizada justamente para o efeito contrário, qual seja o desvirtuar o processo democrático e político, o que pode vir a acontecer por meio da concentração indevida das mídias de informação nas mãos de determinados grupos ou famílias, de maneira a se criar verdadeiros monopólios ou oligopólios; e com isto se desvirtua a verdadeira função da comunicação, notadamente a de informar fatos, informações e notícias aos cidadãos, possibilitando-lhes o desenvolvimento de uma correta consciência crítica cívica no âmbito da pluralidade de ideias e discursos.

VI. Em que pese sua extrema relevância e universalidade, a liberdade de expressão não é absoluta – assim como nenhum outro direito fundamental o é – e, por isso mesmo, está sujeita à *limites e afetações – limitações propriamente ditas, reservas legais e colisões entre direitos fundamentais* –, os quais, vale ressaltar, não se confundem com o próprio direito e podem ser traduzidos como ações ou omissões que afetem o seu exercício deste direito, porém devendo tais *restrições e afetações* sempre serem legitimadas e harmonizadas com o texto constitucional.

---

<sup>399</sup> - *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, p. 43.

VII. A liberdade de expressão propriamente dita, assim como a liberdade de comunicação, possuem, a grosso modo e de forma genérica, como maiores limites as colisões com direitos fundamentais essencialmente conectados e inerentes à dignidade e personalidade da pessoa humana, tais como a privacidade, a honra e a imagem; porém, sempre se observando os princípios basilares da liberdade de expressão e comunicação, quais sejam o *princípio do pluralismo* e o *princípio da incensurabilidade*.

VIII. No caso de colisões entre a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais a dignidade humana *parece ser* a fronteira final destes, mormente em relação a questões relacionadas à *condição humana*, isto é, questões sobre as quais o ser humano não tem propriamente uma escolha, tais como a cor da pele, o sexo, a naturalidade e *etc*; tais matérias não devem comportar qualquer tipo de emissão de opinião ou ideia em sentido pejorativo e muito menos discriminatório, ainda que tais manifestações possam vir em forma de piadas ou mesmo charges. O fato é que a liberdade de expressão está longe de ser um direito incontroverso e de fácil exercício, mormente nos dias atuais, onde parece haver uma verdadeiramente *patrulha do politicamente correto*, para a qual qualquer comentário – textual ou não – pode ser travestido – ainda que indevidamente – em uma afronta a qualquer minoria ou grupo social. Em todo caso, é importante lembrar sempre que a liberdade de expressão não deve jamais ser utilizada ou invocada como meio para se ofender, humilhar ou denegrir – *fighting words* – quem quer que seja, até mesmo porque, por certo, não foi essa a intenção do legislador constitucional ao alça-la ao *status* de direito fundamental, valendo igualmente a aplicação dos limites da teoria do *Clear and Present Danger*.

IX. Não parece haver muitas diferenças ou mesmo quaisquer divergências significativas entre a postura jurisprudencial brasileira e portuguesa, posto que, na realidade, as restrições encontram guarida nas próprias Constituições dos dois países e na preocupação de defesa de outros direitos fundamentais, mais especificamente os direitos relacionados com a personalidade; vale notar neste aspecto que, nos casos que envolvem conflitos entre direitos de personalidade e a liberdade de expressão ou de imprensa, se constata uma maior prevalência dos direitos de personalidade, e isto quase sempre sob o fundamento de que tais direitos têm seu nascedouro na própria dignidade da pessoa humana. Porém, isto não significa que não se reconheça a

importância ímpar da liberdade de expressão, uma vez que não são poucos os casos em que não se admite a censura, mesmo quando suscitadas supostas violações a direitos intrínsecos à personalidade.

X. Contudo, vale destacar que as Constituições lusitana e brasileira não consagram expressamente a dignidade da pessoa humana como princípio ou mesmo como direito fundamental, isto muito embora se saiba que tal valor é o fundamento máximo de tais sistemas jurídicos e até mesmos dos Estados Democráticos de Direito no Brasil e em Portugal. A partir daí, o fato é que: se por um lado, a dignidade da pessoa humana serve de alicerce e fundamento jurídico em casos concretos levados ao judiciário para fazer prevalecer, na maioria das vezes, os direitos ao bom nome, à privacidade e do segredo de justiça sobre a liberdade de expressão; por outro lado, a liberdade de expressão – inclusive enquanto um dos mais valorosos e essenciais direitos fundamentais, sendo ele próprio também um pilar para o Estado Democrático de Direito – também possui assentamento na dignidade da pessoa humana, de maneira que, assim sendo, esta não deve ser invocada tão comumente e tão rasamente para subjugar a liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos fundamentais, uma vez que esta, a exemplo da tradição norte americana, deve ser um valor *absoluto* ou *quase absoluto*.

## Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, José Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, Vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006.

ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Princípa, 2011.

ALEXANDRINO, José Melo. *Hermenêutica dos Direitos Humanos*. jan. 2011. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Alexandrino-Jose-de-Melo-Hermeneutica-dos-Direitos-Humanos.pdf>

ALEXANDRINO, José Melo. *O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão*, em *Media, Direito e Democracia*, pp. 41/66, Almedina, 2014.

ALEXANDRINO, José de Melo. *O papel dos Tribunais na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos*, texto da palestra proferida na “Conferência Alusiva ao 2º Aniversário do Tribunal Constitucional de Angola”, em 05 de agosto de 2010, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=hNJ12hoyqm0%3D&tabid=331>

ALEXANDRINO, José de Melo. *Os Tribunais e a defesa dos direitos fundamentais: Reflexões em torno da experiência cabo-verdiana*, texto da conferência proferida no Colóquio universitário “18 Anos de Estado Constitucional, de Direito e Democrático”, organizado pelo Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, na Cidade da Praia, em 24 de Setembro de 2010, para assinalar os 18 anos da Constituição da República de Cabo Verde. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7hr0CK9iUnU%3D&tabid=333>

AMARAL, Maria Lúcia do. *Problemas da judicial review em Portugal*, em Themis, Ano VI, nº 10, Almedina, 2005, pp. 67/90.

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

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica: seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1998.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Companhia de Bolso, 1979.

ARNT, Ricardo. *A desordem do mundo e a ordem do jornal*. In: *Rede imaginária, televisão e democracia*. Coord. Adauto Novaes, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARBOSA, Rui. *República: teoria e prática*. São Paulo: Vozes, 1978.

BARZOTO, Luís Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética*, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 56 (Set.-Dez.2005), pp. 47-88.

BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

BEZERRA, André Augusto Salvador. *Liberdade de expressão na Venezuela e no Brasil a partir do caso da RCTV*. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências Políticas. 2001.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988. p. 30.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BRAGANÇA, Isabela. Evolução da comunicação.

Consultado em <<http://pt.scribd.com/doc/16088693/Evolucao-da-comunicacao-humana-Podemos-explicar-a-historia-da-existencia-humana-atraves-das-etapas-do-desenvolvimento-da-comunicacao>>, em 2 de fevereiro de 2017.

BRITTO, Valério Cruz.; COLLAR, Marcelo Schmitz. *Direito à comunicação e democratização no Brasil*. In: *Democracia e regulação dos meios de comunicação de massa*. Org. Enrique Saraiva, Paulo Emílio Matos Martins, Octavio Penna Pieranti, FGV Editora, 1ª ed. 2008

BURGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah. STEWART, David. *International Human Rights*. 3ª ed., 2002, St. Paul, Wets Group.

CANÇADO TRINDADE, Antonio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio António Fabris Editor. 2003.

CALZADILLA, Maria Cruz Llamazares. *Las libertades de expresión e infomación como garantia del pluralismo democrático*. Madri: Civitas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos*; in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 2007, pp. 779/788.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Sobre o tom e o dom*. Revista Jurídica Consulex, a. IV, n. 45, Brasília, set.2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Traduzida por AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARRILHO, Manuel Maria. *Sob o signo da verdade*, Lisboa: Dom Quixote, 2006.

CHAFFE JR., Zechariah, *Free Speech in the United States*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1967.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Liberdade de expressão e seus limites: imagem, honra e intimidade*. Artigo publicado em 29 de janeiro de 2017 no Consultor Jurídico. <http://www.conjur.com.br/2017-jan-29/constituicao-liberdade-expressao-limites-imagem-honra-intimidade>. Consultado em 20 de março de 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A democratização dos meios de comunicação de massa*. Revista da Universidade de São Paulo, n. 48. Dez./fev. 2000-2001

COUTINHO, LUÍS PEREIRA. *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e A Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses*, em *Media, Direito e Democracia*, pp. 319/360, Almedina, 2014.

COUTINHO, Luís Pereira. *Os discursos dos direitos humanos e a sua protecção internacional*, em *ESTUDOS DE HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA*. v. 5, Coimbra Editora, 2012.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COSTA, Sergio. *As cores de Ercília: esfera pública, democracia, configurações pós-nacionais*. Belo Horizonte: Editorial UFMG, 2002.

COX, Archibald. *Freedom of expression*. Harvard University Express, jan, 1981

DANTAS, Josemar. *A imprensa e os direitos humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996

DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 13, 2007. p. 77-93.

DORF, Michael C; TRIBE, Laurence H. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: Teoria e proteção constitucional*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador Prof. Dr. SILVIO DOBROWOLSKI, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988*. Revista da Justiça Federal no Piauí, Teresina, v. 1, n. 1, pp. 77-88, jul./dez. 2000.

FARIAS, Edilsom de. *Liberdade de expressão e comunicação, teoria e proteção constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005. pp. 112-121

FÉDER, João. *Crimes da comunicação social*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

FERREIRA, Aluízio. *Direito à informação, Direito à comunicação: direitos fundamentais na constituição brasileira*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997

FERREIRA, Argemiro. *As redes de TV e os senhores da aldeia global*. In: *Rede imaginária, televisão e democracia*. Coord. Aduino Novaes, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

FISS, Owen M. *Libertad de expresión y estructura social*. México: Distribuciones, 1997.

FORTUNA, Felipe. *John Milton e a liberdade de imprensa*. In: MILTON, John - Areopagítica : discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro : Topbooks, 1999.

Gardó, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

GENTILLI, Victor. *O jornalismo brasileiro do AI-5 à distensão: “milagre econômico”, repressão e censura*. Artigo apresentado para o Grupo de Estudos em jornalismo e mídia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 1, n. 2, 2004.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra: Almedina, 1994.

GONZALES, Santiago Sanchez. *La libertad de expression..* Madrid: Marcial Pons, 1994.

HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1984.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Traduzido por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HUDON, Edward G. *Imprensa e liberdade*. Rio de Janeiro: Lidador, 1965.

IBÁÑEZ, Andrés. *Garantia judicial dos direitos humanos*, em *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a.20, n.78 (Abr.-Jun.1999), pp. 11-31.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano: Società Eitrice Libreria, 1987.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Traduzido por Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição*, em *Sub Judice*, 20/21, 2002, pp. 9/32.

LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

LASKI, Harold J. *Liberty in the modern state*. Londres: Penguin Books, 1937. p. 94

LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. Nova Iorque: Basic Books, 2007.

LICHTENBERG, Judith. *Democracy and mass media*. New York: Cambridge University Press, 1995

LICHTENBERG, Judith. *Foundations and limits of freedom of the press*. In: *Democracy and mass media*.  
New York : Cambridge University Press, 1995.

LIMA, Venício A. de. *Mídia: crise política e poder no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

LOUZADA, Douglas Admiral. *Os contornos do direito de liberdade de expressão sob a ótica da teoria jurídica de Dworkin*. Artigo apresentado à Universidade de Santa Catarina em 24 de agosto de 2009. Consultado em 16 de fevereiro de 2017. <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31861-37036-1-PB.pdf>.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Almedina, 2014.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MACHADO, Jónatas E.M.. *Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas equiparadas*. Separata de Boletim da Faculdade de Direito, Volume 85, Coimbra, 2009.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Um símbolo nacional norte-americano e o direito de expressão*. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, p. 7-12, abr/jun. 2008, Superior Tribunal de Justiça.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 2006.

MALUSCHKE, Günther. *Desenvolvimento histórico dos direitos humanos*, em *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 2, n. 1, pp. 81-94, 1998.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana*. Revista Sequência, n. 48, jul. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Teoria geral dos direitos fundamentais - limitações dos direitos fundamentais*. In: Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MESQUITA, Mário. *O universo dos media entre 1974 e 1986, em Portugal, 20 Anos de democracia*. Lisboa: Círculo de Leitores.

MCGEHEE, Lucius Polk. *Due process of law under the federal constitution*. 2ª ed., New York: Edward Thompson, 1980.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia; SALGADO, Susana. *Meios de comunicação e política: evolução histórica e comparações entre Brasil e Portugal*. In *Diálogos Lusófonos em Comunicação e Política*, Orgs. Hélder Prior, Liziane Guazina e Bruno Araújo. LABCOM.IFP, Covilhã, 2016.

MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1991.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Ed. Coimbra, 2ª edição, 2010.

MIRANDA, Jorge; DA SILVA, Jorge Pereira. *Constituição da República Portuguesa*, 5ª ed., Editora Principia, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV – Direitos Fundamentais, 9ª ed., Coimbra: Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5 ed. Parede: Príncipeia. 2012.

MIRANDA, Jorge. *Os Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año. Num. 18. Septiembre-Diciembre 1986.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed. Ver. tomos IV e V, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

MIRANDA, Jorge. *Liberdade de comunicação social e serviço público de rádio e de televisão*. Aula ministrada em 2 de maio de 2013, para o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Disponível em: [https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/jm785\\_liberdade\\_de\\_comunicacao\\_social.pdf](https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/jm785_liberdade_de_comunicacao_social.pdf). Consultado em 17 de março de 2017.

MILTON, John. *The Areopagitica. A speech for the liberty of unlicensed printing to the parliament of England*. 1644.

MOREIRA, Adriana Fragalle. *Interpretação e âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão: reflexões sobre o “quem”, “quando” e “o quê” na manifestação do pensamento*. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, São Paulo, 2016.

NAVAK, John, ROTUNDA, Ronald. *Principles of constitutional law*. 4ª ed. St. Paul, MN: Thomson, 2009. p. 627 e *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U. S. 234 (1957), consultado em: <http://supreme.justia.com/us/354/234>, em 9 de janeiro de 2017.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Santos. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio no Brasil*, em Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN, v. 16, n. 3, p. 227-255, set/dez. 2014.

NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. Série Estudios de Derechos Humanos.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional*, em Themis, Ano VI, nº 10, Almedina, 2005, pp. 91/117.

O'BRIEN, D.M. *Constitutional Law na Politics*, Vol. II, 6ª ed. Nova Iorque: W.W. Norton, 2005.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Historical Contributions Of American Law For Construction Of A Theory Of Fundamental Rights*. Artigo publicado na plataforma Publica Direito. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a8a812400df8963>. Consultado em 10 de janeiro de 2017.

PELLET LASTRA, Arturo. *La libertad de expresión*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. Caderno de Direito Constitucional da Escola de Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Brasil, 2006

PINTO, Ricardo Leite. *Liberdade de imprensa e vida privada*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 54, Abril/1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Liberdade de Imprensa* In: *As tendências atuais do direito público: estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco*. Forense, 1976

PRIOLLI, Gabriel. *Antes da brasilidade. In: A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições*. São Paulo: Ática, 1986.

REALE JR., Miguel. *Direito de informação e interesse público*. Revista dos Tribunais, n. 72, v. 596, 1985.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho : entre la utopia y la realidad*, Barcelona: Ariel, 1988.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, Direitos Humanos e cidadania, in Direitos Humanos no Século XXI*, Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Senado Federal, 2002.

SALGADO, Concepcion Carmona. *Libertad de expression e informacion y sus limites*. Madrid: Edersa, 1991.

SALGADO, Susana. *Comunicação do Poder ou o Poder da Comunicação*. Media & Jornalismo, nº 7, 2006.

SARAIVA, Paulo Lopo. *A comunicação social na Constituição Federal de 1998*. In *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11<sup>a</sup> e 12<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012 e 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SERRANO, Estrela. *Jornalismo Político em Portugal. A cobertura de eleições presidenciais na imprensa e na televisão (1976-2001)*, Lisboa: Colibri, 2006.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão – contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Orientador Prof. Dr. Álvaro de Vita. São Paulo. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*; in *Revista de Direito do Estado*, nº 4, 2006, pp. 23/51.

SILVA, Deonísio. *A reportagem volta às bancas*. Observatório da imprensa, São Paulo, n. 448, 28 ago. 2007. 1p. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-reportagem-devolta-as-bancas>

SIMÕES, Euclides Dâmaso. *A Liberdade de Expressão na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, em *Justitia*, São Paulo, n. 65, jan/jun 2008.

SMOLLA, Rodney A. *Jerry Falwell V. Larry Flynt: the First Amendment on trial*. Chicago: Illini books, 1990

SODRÉ, Wernek. *História da imprensa no Brasil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

STRAUSS, David A. *Freedom of speech and the Common-Law Constitution* in BOLLINGER, L. C.; STONE, G. R. *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*. University of Chicago Press, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, Raquel. *Direitos humanos de onde vêm, o que são e para que servem?*, 2ª ed.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 3ª ed. New York: The Foundation Press, 2000.

URBINA, Francisco Zuniga. *Libertad de opinión e información. De la libertad de imprenta a la libertad de antena*. *Revista de Derecho*, LXIII, n. 197, 1995.

VENTURA, Adrian. *La función de la prensa en el controle de la corrupción*. *Revista de abogados de Buenos Aires*, T. 54, agosto 1994.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WERHAN, Keith. *Freedom of Speech: a reference guide to the United States Constitution*. Praeger, 2004.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. Tradução de Carlos Sérgio Duarte, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2002.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. Ampl. Maryland: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ZAFFORE, Jorge, *La comunicación masiva: regulación, libertad y pluralismo, bases sociológicas*. Buenos Aires: Depalma. 1990.

ZANNONI, Eduardo A.; BÍSCARO, Beatriz R. *Responsabilidad de los medios de prensa*. Buenos Aires: Astrea, 1993.