

ano 13 - n. 53 | julho/setembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio – Da restrição como violação à limitação como proteção

Indiara Liz Fazolo Pinto

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (NINC). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.
E-mail: <indiarafazolo@gmail.com>.

Resumo: A liberdade de expressão e comunicação é direito fundamental que constitui um dos pilares da democracia, apresentando dupla dimensão, uma subjetiva e individual, a qual demanda abstenção estatal, e outra objetiva e coletiva, que exige do Estado o cumprimento de um papel promocional na sua efetivação. Diante das relevantes funções por ela exercidas, bem como pela grande influência que possui sobre a sociedade, deve ser limitada pelo poder público, de modo a garantir a igualdade material, a dignidade humana e a lisura do debate coletivo. A intervenção estatal na comunicação social assume caráter ambivalente, na medida em que pode caracterizar a censura, acarretando a desnaturalização da liberdade de imprensa, mas também pode representar a limitação protetiva de outros valores constitucionais, bem como da própria liberdade de expressão. A Lei nº 5.250/67, que dava margem à opressão de toda espécie de manifestação do pensamento contrária ao regime autoritário instaurado pela Ditadura Militar, pelo que o STF, no bojo da ADPF nº 130, declarou inconstitucional todos os seus dispositivos. Um dos possíveis limites à liberdade de imprensa consiste na vedação ao discurso do ódio, o qual possui como objetivo precípuo a ofensa a grupos historicamente estigmatizados pela sociedade. Tratados e convenções internacionais de direitos humanos obrigam os Estados a adotarem medidas de limitação ao *hate speech*, de modo a preservar outros direitos igualmente importantes. Assim, desde que observados os parâmetros de proporcionalidade, o discurso do ódio deve ser proibido, por agredir a dignidade humana e macular o ambiente de deliberação pública.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Limitação estatal. Discurso do ódio. ADPF nº 130.

Sumário: 1 Introdução – 2 Liberdade de imprensa, democracia e direitos humanos – 3 A liberdade de imprensa na Constituição de 1988 – Conteúdo

jurídico e possibilidades de limitação – **4** A restrição da liberdade de imprensa como violação de direitos fundamentais – a Lei nº 5.250/67 e o julgamento da ADPF nº 130 pelo Supremo Tribunal Federal – **5** A limitação da liberdade de imprensa como proteção de direitos fundamentais – Discurso do ódio – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução

A liberdade de expressão, embora goze de relevância amplamente reconhecida, ainda experimenta desafios a serem enfrentados na seara jurídico-política contemporânea, principalmente em razão da contraposição de outros valores também constitucionalmente garantidos e de igual importância, tais como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o objeto do presente trabalho é, mais especificamente, a liberdade de expressão e comunicação (cuja delimitação semântica será elucidada logo no início deste trabalho), analisada em cotejo com o discurso do ódio, vale dizer, aquele propagado com o exclusivo intuito de ofender grupos historicamente estigmatizados pela sociedade, tais como negros, homossexuais, mulheres e minorias religiosas.

Para o estudo ora proposto, propõe-se a perfilhar o seguinte caminho:

- a) no item 2, “Liberdade de imprensa, democracia e direitos humanos”, primeiramente, elucida-se a opção terminológica pelos termos liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de comunicação. Ademais, analisa-se os aspectos subjetivo e objetivo de referido direito, de modo a contribuir para a compreensão de sua importância nas democracias contemporâneas. Ainda, perpassa-se pela previsão nos instrumentos de proteção global e regional dos direitos humanos, bem como pela concepção da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, busca-se demonstrar a relevância da divulgação de ideias e do debate livre e aberto para a consolidação da democracia;
- b) no item 3, “A liberdade de imprensa na Constituição de 1988: conteúdo jurídico e possibilidades de limitação”, confere-se especial importância ao caráter objetivo da liberdade de imprensa, bem como à necessidade de regulação estatal da seara da comunicação, em razão do comprometimento do sistema constitucional pátrio com a igualdade material e a dignidade da pessoa humana, valores que podem vir de encontro

com a comunicação social. Para os itens seguintes, fica a indicação de que intervenção não significa, necessariamente, violação, de modo que eventual limitação da liberdade de expressão pode servir tanto à censura ilegal quanto à regulação constitucional;

- c) no item 4, “A restrição da liberdade de imprensa como violação de direitos fundamentais: a Lei nº 5.250/67 e o julgamento da ADPF nº 130 pelo Supremo Tribunal Federal”, tem-se como objetivo a análise da limitação da liberdade de expressão em seu aspecto maléfico ao Estado Democrático de Direito, caracterizado pela censura. No Brasil, o tema assume especial conotação em razão dos períodos ditatoriais vividos no chamado Estado Novo e na Ditadura Militar, quando sob justificativas de ordem pública, aqueles que não estavam de acordo com a ideologia dos regimes eram violentamente calados. Nesse sentido, busca-se analisar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), que refletia a racionalidade autoritária do regime militar, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF nº 130, que considerou inteiramente inconstitucional aquele diploma legal;
- d) por fim, no item 5, “A limitação da liberdade de imprensa como proteção de direitos fundamentais: discurso do ódio”, propõe-se a estudar a limitação da liberdade de imprensa (quando instrumentalizada pelo discurso do ódio) como forma de proteção de direitos fundamentais. Para tanto, valora-se os princípios em jogo, com o objetivo de evitar que a liberdade de comunicação se torne um “superprincípio”, de utilização desenfreada e perigosa às demais prerrogativas constitucionais, sem olvidar da cautela necessária para a abordagem do tema, de modo a evitar que a regulação incorra em censura.

2 Liberdade de imprensa, democracia e direitos humanos

Os direitos civis e políticos, abarcados pela chamada “primeira geração”¹ dos direitos fundamentais, gozam de ampla aceitação no cenário jurídico contemporâneo, tanto no plano da eficácia normativa quanto da efetividade concreta,² pelo menos no que tange ao seu aspecto negativo frente ao Estado.³ Decorrem, por excelência, da racionalidade burguesa que permeou as declarações de direitos

¹ BOBBIO. *A era dos direitos*, p. 70.

² SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 66.

³ ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 186-196.

do Século XVIII, e diferem-se, nesse aspecto, dos direitos sociais e econômicos, a respeito dos quais ainda vige forte controvérsia, especialmente quanto ao seu grau de exigibilidade.⁴

John Milton, já no Século XVII, defendia a superioridade da liberdade de expressão em face dos demais direitos. Pugnava o escritor inglês: “Dai-me a liberdade para saber, para falar e para discutir livremente, de acordo com a consciência, acima de todas as liberdades”.⁵

Diante da relevância das liberdades civis, Amartya Sen defende a proeminência delas em relação aos demais direitos, por caracterizarem elementos constitutivos da liberdade humana, prescindindo de justificação que não a sua própria importância para a participação política e social do ser humano.⁶ Ressalta também a função instrumental das liberdades, qual seja, a de “aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política”, bem como a de contribuir para a compreensão e conceituação das necessidades em determinado contexto social.⁷

Ainda, o autor consigna que para o indivíduo afirmar-se publicamente, reivindicando o que considera importante, é indispensável a liberdade de expressão e de escolha democrática. Assevera que não se pode elencar as preferências de uma comunidade sem prévia discussão pública, uma vez que a garantia de debate, de crítica e de dissenso é central para que as escolhas sejam sensatas e bem fundamentadas.⁸ Para tanto, afirma serem necessários direitos humanos em sentido mais amplo, como a isonomia na participação e a garantia de educação básica e de informação.⁹

Em termos semelhantes, Joaquín Herrera Flores, defendendo a teoria *híbrida* do Direito, afirma que a racionalidade dominante costuma valorizar alguns direitos em detrimento de outros. Para a superação dessa lógica, o autor defende a concretização de direitos de variadas naturezas, tais como a social, a política e a econômica, sem os quais não avançaremos rumo à dignidade.¹⁰

Herrera Flores aduz que a liberdade depende de uma ordem social justa que lhe forneça condições materiais de existência. Dessa maneira, mescla igualdade

⁴ A respeito da configuração constitucional dos direitos sociais, ver, dentre outros, SARLET. Os Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*.

⁵ MILTON. *Areopagítica*: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra, p. 169.

⁶ SEN. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 31-175.

⁷ *Idem*, p. 175, 181-182.

⁸ *Idem*, p. 181.

⁹ *Idem*, p. 277.

¹⁰ FLORES. *A (re)invenção dos direitos humanos*, p. 83.

e liberdade, ressaltando que para o exercício da livre opinião, impende garantir direitos de natureza social, tais como a saúde, o meio ambiente limpo e a moradia digna.¹¹

Dentre os chamados direitos de liberdade, destaca-se a liberdade de expressão, cuja nomenclatura apresenta variantes, tais como liberdade de informação, de imprensa, de comunicação, de pensamento, de palavra, de opinião etc.¹² No presente trabalho, tem-se que a liberdade de *expressão* é ampla e genérica, relacionando-se à exteriorização de pensamentos, opiniões, crenças e juízos de valor.¹³ Por outro lado, entende-se que a liberdade de *imprensa* ou de *comunicação* diz respeito à comunicação de fatos e notícias pelos meios de comunicação em geral (e não apenas os impressos).¹⁴ Por fim, os termos *imprensa* e *comunicação* serão aqui adotados como sinônimos.¹⁵

A liberdade de expressão, como direito subjetivo de manifestação do indivíduo,¹⁶ é conquista relativamente recente, datando da consolidação do Estado

¹¹ *Idem*, p. 84.

¹² FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 52.

¹³ *Idem*, p. 55.

¹⁴ BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 19.

¹⁵ Apenas para simplificar, as expressões serão utilizadas de maneira equivalente, entretanto, importante ressaltar a diferenciação que a doutrina estabelece em relação a elas. Nesse sentido, discorre Edilson Farias: “A opção pelos termos *liberdade de expressão* e *comunicação* justifica-se, em primeiro lugar, pelo fato de o termo liberdade de expressão (gênero) substituir os conceitos de liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de manifestação da opinião, liberdade de manifestação da consciência (espécies), podendo-se, pois, empregar a frase *liberdade de expressão* para abranger as expressões de pensamento, de opinião, de consciência, de idéia, de crença ou de juízo de valor. A utilização da forma *liberdade de expressão* e *comunicação* justifica-se, em segundo lugar, em razão de os termos *liberdade de comunicação* representarem melhor do que as expressões *liberdade de imprensa* e *liberdade de informação* o atual e complexo processo de comunicação de fatos ou notícias existentes na vida social”. O autor acrescenta, ainda, com o objetivo de refutar a utilização do termo “imprensa”, que: “Por vezes, para manter-se essa nomenclatura do liberalismo da era tipográfica, utiliza-se *liberdade de imprensa* em sentido restrito e lato. A acepção *stricto sensu* refere-se somente à imprensa escrita, como jornais e revistas. A acepção *lato sensu* abarca, além da imprensa escrita, o rádio, a televisão e o cinema. Entretanto, não se justifica continuar-se fiel a uma expressão que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos vem sendo abolida dos textos das convenções e tratados internacionais, porquanto se configura semanticamente inadequada para representar tanto os novos meios de comunicação de massa quanto as múltiplas facetas da liberdade de expressão e comunicação, de buscar, de receber e de difundir notícias e opiniões” (FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 53, 102).

¹⁶ GODOY. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, p. 59.

Liberal contra o antigo regime,¹⁷ no final do Século XVIII. Diante da modernização dos meios de comunicação, revela-se o aspecto coletivo dessa liberdade,¹⁸ caracterizado pelo direito da sociedade, como um todo, de obter acesso à informação.¹⁹

Conforme acentua Luís Roberto Barroso, em sua natureza subjetiva, portanto, a liberdade de expressão e comunicação manifesta características de direito individual, contribuindo para o desenvolvimento da personalidade e da cultura participativa. Por outra via, sob o aspecto objetivo, revela nítido caráter coletivo, permitindo a circulação de ideias e o debate público, e sustentando o regime democrático.²⁰ O primeiro aspecto reflete as concepções do liberalismo clássico²¹ e diz respeito aos cidadãos, artistas e escritores, ao passo que a segunda envolve a imprensa em geral.²²

É nessa linha o raciocínio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja concepção sobre a liberdade de expressão foi esmiuçada na Opinião Consultiva nº 05/85, bem como em diversos julgados, a exemplo da sentença do caso *Ivcher Bronstein versus Peru*, de 2001. De acordo com os juízes da Corte, o conteúdo da liberdade de expressão não diz respeito apenas à manifestação do pensamento, mas também à procura, ao recebimento e à transmissão de informações e ideias.

Daí as dimensões individual e social do Direito aqui tratado, o qual, simultaneamente, impede a proibição arbitrária de manifestação do pensamento e garante a todos que tenham acesso à informação e ao pensamento alheio,²³ conforme garantido pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Assim, ao restringir ilegalmente a liberdade de expressão, viola-se tanto o direito do indivíduo expressar seu pensamento quanto o da comunidade ter acesso a ele.

Especificamente no que diz respeito à liberdade de imprensa, é importante registrar o pensamento do Professor Rodrigo Xavier Leonardo, segundo o qual

¹⁷ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 58.

¹⁸ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 230.

¹⁹ RODRIGUES JR. Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, p. 90.

²⁰ BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 19.

²¹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 58.

²² SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 15.

²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Olmedo Bustos e outros versus Chile*, de 05 fev. 2001.

aqueles que desenvolvem atividade de comunicação são titulares do direito de informar, ao passo que o direito de acesso à informação é de titularidade difusa, uma vez que é bem público, devendo ser compartilhado por toda a coletividade.²⁴

Disso decorre a relevância da liberdade de expressão para a constituição da democracia. Somente por seu intermédio é possível o debate aberto, que possibilite a livre participação de todos os grupos e cidadãos para exprimirem seus pontos de vista e escutarem as opiniões de seus pares.²⁵ Por outro lado, a liberdade de imprensa, em sua dimensão institucional ou objetiva, assume especial relevância no regime republicano, pois garante a transparência na organização e no funcionamento do Estado, atuando como principal instrumento de fiscalização pública.²⁶

Para o Professor Alexandre Ditzel Faraco, “o espaço público de diálogo e informação numa democracia complexa está significativamente baseado nos meios de comunicação social de massa, os quais viabilizam o acesso a informações de uma forma coerente e organizada, permitem a disseminação de idéias e visões de mundo [...] além de possibilitar o desenvolvimento de um referencial comum que agrega pessoas”.²⁷

Ademais, nas palavras do Professor Clèmerson Merlin Clève: “sem a liberdade de expressão os mercados se contaminam, o espaço público empalidece, os sujeitos deixam de ostentar a condição necessária para bem decidir a propósito do que é de seu interesse”.²⁸

No que tange à perspectiva subjetiva, John Stuart Mill ressalta a importância da liberdade de expressão para a busca da verdade, pelo que ela deve ser garantida sob qualquer circunstância, ainda que o ponto de vista manifestado pareça errado para a grande maioria das pessoas.²⁹ Nessa toada, Ronald Dworkin, ao defender a importância do direito em questão, condena todo e qualquer tipo

²⁴ LEONARDO. O direito difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. *Cadernos Jurídicos*, p. 5.

²⁵ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 20.

²⁶ BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 19.

²⁷ FARACO. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009 (versão digital sem numeração de páginas).

²⁸ CLÈVE. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, p. 262.

²⁹ MILL. *On liberty*, p. 59-60.

de restrição, sob pena de o Estado demonstrar menosprezo aos cidadãos, pois lhes impedirá de ouvir opiniões eventualmente desagradáveis.³⁰

Por sua vez, o aspecto objetivo do direito, ainda que tenha ganhado maior expressão ao longo do Século XX, remonta ao período das revoluções burguesas (conforme anteriormente referido), muito embora o individualismo e o liberalismo exacerbados tenham ocultado essa face da liberdade de expressão.³¹ Ademais, o lado institucional desse direito revela a sua importância para a autodeterminação coletiva, motivo pelo qual o discurso é tão valorizado pelas constituições.³²

Nos termos da Opinião Consultiva nº 05/85:

A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também condição *sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influenciar sobre a coletividade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, no momento de exercer suas opiniões, esteja suficientemente informada. Por isso, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.³³

As características supramencionadas permitem que se inclua a liberdade aqui trabalhada no rol de direitos supraconstitucionais, os quais, diante de sua relevância para a própria constituição do regime democrático, independem de positivação. Entretanto, a partir das revoluções americana e francesa, a liberdade de expressão passou a ser garantida, paulatinamente, como direito fundamental nas constituições ocidentais.³⁴

Já no Século XX, no sistema global de proteção dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra, nos dispositivos XVIII e XIX, a liberdade de pensamento, consciência, religião, opinião e expressão.³⁵ Também o

³⁰ DWORKIN. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*, p. 319.

³¹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 68.

³² FISS. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 30. O autor escreve a partir da Constituição norte-americana, lançando argumentos que podem ser aplicados à realidade brasileira, ressalvadas as peculiaridades que serão demarcadas ao longo do texto.

³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Opinião Consultiva nº 05, de 13 nov.1985.

³⁴ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 59.

³⁵ Art. XVIII. "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular"; Art. XIX: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão;

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seus arts. 18 e 19, garante o direito de pensamento, de religião e de expressão, bem como o de não ser molestado por suas opiniões.³⁶ Ainda, no sistema regional de proteção dos direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, no supramencionado art. 13, prevê o direito à liberdade de pensamento e expressão, “sem consideração de fronteiras”.³⁷

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, no art 5º, IV, VI e IX garante a liberdade de pensamento, de religião e de crença, bem como a manifestação artística, científica, intelectual e de comunicação. Dispõe, ainda, de um capítulo próprio dirigido à comunicação social, reiterando a proibição da censura.³⁸

Convém apresentar ainda alguns princípios elucidativos da relevância e do conteúdo da liberdade de expressão, quais sejam: (i) *princípio forte*, segundo o qual esse direito deve ser visto como um sistema integrado, formado pelas dimensões individual e comunitária; (ii) *princípio da incensurabilidade*, que proíbe a censura (muito embora não obste a atuação estatal nesta seara, conforme será exposto mais adiante); (iii) *princípio do pluralismo*, de acordo com o qual a multiplicidade de vozes na esfera pública enriquece a cultura cívica, pelo que deve ser fortemente preservada.³⁹

este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

³⁶ Art. 18. “1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino”; Art. 19. “1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966).

³⁷ Art. 13. “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

³⁸ Art. 5º “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “VI - 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”; “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; 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” (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

³⁹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 75-80.

Dessa maneira, a liberdade de expressão, a partir das teorizações apresentadas até aqui, funciona, em apertada síntese, como instrumento de (i) constituição da personalidade do cidadão; (ii) formulação e elucidação dos problemas e demandas sociais; (iii) busca da verdade; (iv) fiscalização do funcionamento estatal; e (v) enriquecimento da cultura cívica.

Entretanto, a despeito de tamanha relevância e imprescindibilidade para a conformação democrático-republicana, tal direito, assim como todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto, estando sujeito, portanto, ao conflito com os demais valores e princípios constitucionais. Ainda, embora tenha nascido com caráter eminentemente negativo face ao Estado, hodiernamente, não há como compreendê-lo de modo indene à regulamentação. Para tanto, é necessário verificar o conteúdo e os desdobramentos dessa liberdade na Constituição Federal de 1988. É o que se pretende estudar no item seguinte.

3 A liberdade de imprensa na Constituição de 1988 – Conteúdo jurídico e possibilidades de limitação

Atualmente, os meios de comunicação assumiram importante papel na fixação das pautas que serão debatidas pela sociedade e na formação de opinião pública, podendo ser considerados como um *quarto poder*.⁴⁰

Nesse contexto, é possível destacar algumas das funções mais relevantes desenvolvidas pela imprensa: (i) *função política*, com a divulgação de fatos atinentes ao poder público, afetando a sua atuação e influenciando as transformações sociais; (ii) *função de subsídio* do cidadão para as suas escolhas políticas, conferindo-lhes informações para que formem a sua opinião a respeito das pautas políticas da sociedade e tomem as decisões que lhe competem no regime democrático; (iii) *função de fixar a agenda política* da sociedade, selecionando quais os fatos

⁴⁰ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 23-24. O autor acrescenta um exemplo relativamente recente da história política brasileira, que demonstra a força da mídia na formação da opinião pública: “Vale a pena rememorar um exemplo da história recente do país para ilustrar o nosso ponto: a eleição do ex-Presidente Collor, em 1989. Collor concorria com Lula — na época o “sapo barbudo” da esquerda brasileira, temido pelos empresários e pela elite econômica — e Lula, por todas as pesquisas de opinião, tinha grande vantagem sobre o seu adversário a poucos dias do pleito eleitoral. O Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão, que apoiava ostensivamente Fernando Collor, colocou no ar uma edição absolutamente parcial do debate final entre os candidatos, que só mostrava os melhores momentos de Collor e os piores de Lula. Resultado: espantosa virada de última hora. A Rede Globo, que tinha o monopólio de fato da televisão no país — que em boa parte ainda mantém — praticamente elegeu o Presidente da República!”.

e argumentos serão debatidos na esfera pública, conferindo relevância a uns e deixando outros à margem.⁴¹

A imprensa tornou-se, então, um verdadeiro poder social, podendo influenciar negativa ou positivamente a comunidade em que está inserida. De maneira positiva, contribui para a socialização dos cidadãos, evitando que certos grupos caiam no isolamento, promovendo o intercâmbio cultural. Por outra via, pode se tornar maléfica ao uniformizar as opiniões, massificando a linguagem e os costumes. Isso ocorre em razão de interesses comerciais, despreocupados com o cidadão, que têm como único objetivo atingir um maior número de pessoas, a despeito da qualidade da informação transmitida.⁴²

Trata-se, portanto, da triste configuração da imprensa (notadamente a brasileira), operada por entidades privadas que visam, quase que exclusivamente, ao lucro,⁴³ deixando de se tornar expressão da autonomia individual dos cidadãos para refletir interesses meramente comerciais ou ideológicos.⁴⁴

Dessa maneira, especialmente em razão das essenciais funções por ela exercidas, é que a liberdade de imprensa deve ter como fundamento o binômio liberdade-responsabilidade, pelo que deve obedecer a critérios de ética e juridicidade, para que não entre em choque com outros direitos fundamentais, como a intimidade, a vida privada, a honra e a dignidade humana.⁴⁵

Assim, os fatos e informações transmitidos pelos meios de comunicação gozam de presunção de legitimidade,⁴⁶ de modo que o interesse público nessa divulgação é pressuposto.⁴⁷ Contudo, sem prejuízo dos limites que mais adiante serão propostos, a liberdade de imprensa deve obedecer ao critério da verdade. Não se trata, entretanto, de uma verdade absoluta, objetiva e cientificamente comprovada, mas uma verdade subjetiva, caracterizada pela diligência que se espera do

⁴¹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção*, p. 113-117. O autor ressalta, ainda, outras funções da mídia, a exemplo da função cultural e de informação a respeito dos eventos de uma comunidade. Entretanto, por brevidade, optou-se por abordar apenas as que se entende como mais relevantes para a compreensão do objeto deste estudo.

⁴² *Idem*, p. 131.

⁴³ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 28.

⁴⁴ MOREIRA. *O direito de resposta na comunicação social*, p. 9.

⁴⁵ FERRAZ. A liberdade de expressão necessária em uma sociedade democrática. In: IKAWA; PIOVESAN; FACHIN (Org.). *Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*, p. 456.

⁴⁶ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 165.

⁴⁷ BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 23.

emissor da notícia, de maneira que a transmissão da informação seja precedida de medidas preventivas para certificação da idoneidade do que é publicizado.⁴⁸

No Brasil, conforme ressaltado anteriormente, a liberdade de expressão está prevista no art. 5º, IV da Constituição Federal, a qual procurou garanti-la de maneira geral, conferindo ampla proteção aos cidadãos no que se refere à manifestação e ao acesso à manifestação do pensamento, de ideias e de opiniões. Por sua vez, o inciso VI do mesmo artigo aborda uma forma específica, ilustrada pela liberdade de religião e de culto. Além disso, os incisos VIII e XIX garantem as liberdades política, filosófica, artística e intelectual, bem como a liberdade de comunicação e de imprensa.⁴⁹ Ademais, a Constituição dedicou um capítulo para abordar, especificamente, a liberdade de imprensa, com previsão desde o art. 220 ao 224. No art. 220 e seus parágrafos⁵⁰ verifica-se a preocupação do constituinte com a vedação à censura.

Importante consignar que o próprio tratamento da matéria em momentos diversos da Carta Constitucional revela as peculiaridades da liberdade de imprensa, exercida pelos meios de comunicação de massa, especialmente o rádio, a televisão e os jornais, que não obedece à lógica meramente individual. Isso se justifica porque “se uma postura mais libertária pode eventualmente se justificar no âmbito das comunicações intersubjetivas travadas entre indivíduos, este certamente não é o caso das comunicações de massa, realizadas através das organizações da mídia, dado o enorme poder que estas possuem na sociedade contemporânea, cujo exercício sem quaisquer limites tende a resultar em tirania privada”⁵¹

Há quem afirme que o texto do art. 220 denota uma concepção liberal clássica de garantia da liberdade de imprensa.⁵² Entretanto, é importante compreender esse modelo com base na concepção global dos direitos fundamentais previstos

⁴⁸ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 91. O autor acrescenta que essa é uma das diferenças entre as constituições brasileira e espanhola. Essa prevê, expressamente, o critério da verdade como limite à liberdade, o que não ocorre no caso do Brasil (*Idem*, p. 163).

⁴⁹ *Idem*, p. 153-161.

⁵⁰ 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”; “§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁵¹ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 32.

⁵² MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 633.

Constituição brasileira, a qual, por sua vez, não é libertária;⁵³ pelo contrário, tendo em vista o comprometimento da Lei Maior com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não há como olvidar da importância do Estado na concretização dos postulados constitucionais. Nosso sistema constitucional parte, portanto, da premissa de que os direitos fundamentais são violados não apenas pela ação, mas também pela inércia do poder público.⁵⁴

No Direito comparado, a discussão também está presente. A Corte Constitucional Alemã, por exemplo, entende que a liberdade de expressão possui dupla natureza: de direito individual, a ser exercido pelo seu titular, mas também a de valor democrático, que, enquanto tal, deve ser promovido pelo Estado, que por sua vez possui o dever constitucional prestacional de garanti-lo.⁵⁵

Trata-se, por um lado, da concepção liberal, individual ou subjetiva da liberdade de expressão, e, por outro, da compreensão cívica, republicana, democrática ou objetiva.⁵⁶ Conforme ressaltado já no início deste texto, em referência ao Professor Joaquín Herrera Flores, para que a face negativa do direito, que demanda uma postura abstenseísta do Estado, seja efetivamente exercida, impende garantir outros direitos, de natureza eminentemente positiva, que assegurem a existência digna e concreta.

Como direito de defesa, a liberdade de imprensa exige, essencialmente, que inexista censura (princípio da incensurabilidade), de maneira que terceiros (inclusive e especialmente o Estado) abstenham-se de impedir a comunicação.⁵⁷ De outro vértice, a concepção prestacional desse direito tem em conta, principalmente, seu aspecto objetivo, o qual exige a atuação concreta do poder público para garantir-lhe a todos os cidadãos.⁵⁸

Alexandre Ditzel Faraco defende que o poder dos meios de comunicação social deve ser regulado, assim como qualquer outro poder de uma sociedade

⁵³ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 30.

⁵⁴ *Idem, ibidem*.

⁵⁵ *Idem*, p. 16.

⁵⁶ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 639. Sobre a concepção liberal da liberdade de expressão, acrescenta o ministro Gilmar Ferreira Mendes: "No princípio, a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade de imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa e todas as correntes e pontos de vista" (*Idem*, p. 657).

⁵⁷ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 86.

⁵⁸ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 28.

democrática, para evitar a concentração excessiva e os abusos daí decorrentes, os quais podem gerar prejuízos ao processo democrático. Adverte, contudo, que essa limitação não deve eliminar a independência da imprensa em relação ao Estado.⁵⁹

Importante asseverar que especialmente no Brasil, país de profundas desigualdades socioeconômicas, a completa liberalização da liberdade de comunicação implicará na prevalência da “lei do mais forte”. Assim, em vez de contribuir para a transformação social, a imprensa acabará por reproduzir a lógica de opressão até então desenvolvida. Em outras palavras, grupos como negros, homossexuais, judeus e outras minorias culturais e religiosas, cujas vozes têm sido historicamente caladas, continuarão emudecidas. Por isso a importância da atuação do poder público na promoção da igualdade material entre os cidadãos.

Em sociedades complexas como a brasileira, onde vige o monopólio dos meios de comunicação, controlados por entidades privadas que têm o lucro como maior objetivo, a grande barreira para o exercício igualitário da liberdade de comunicação não mais decorre do Estado, mas da própria estrutura social.⁶⁰ A proteção da liberdade de imprensa, assim, muitas vezes se dá *contra* a própria imprensa. Urge reconhecer que, muitas vezes, as ameaças a esse direito vêm do poder privado, e não do poder público.⁶¹

Owen Fiss, ao analisar a configuração da liberdade de expressão na Constituição norte-americana, aduz que a visão libertária é insuficiente, e não explica, por exemplo, porque os interesses dos autores do discurso devem se sobrepôr aos de seus receptores. Daí decorre, segundo o autor, a relevância da regulação do Estado nesse setor. Acrescenta que o compromisso da corrente liberal com a liberdade permanece forte, entretanto, vem sendo desafiado pela igualdade, outro objetivo também almejado pelo liberalismo.⁶²

Até mesmo para garantir a próprio exercício individual da liberdade de expressão é necessária a atuação estatal, como em uma situação em que terceiros estejam impedindo um cidadão de manifestar seu pensamento, de maneira que o aparato policial pode servir como instrumento de garantia desse direito.⁶³

⁵⁹ FARACO. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*.

⁶⁰ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 28.

⁶¹ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 657.

⁶² FISS. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 28-29.

⁶³ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 87.

Assevera René Ariel Dotti que o dever de abstenção e neutralidade do Estado não exclui o respectivo dever de regulamentação legal da informação, estabelecendo-lhe limites, uma vez que o seu exercício abarca prerrogativas e deveres, os quais devem ser especificados na lei, de modo a assegurar a segurança nacional, a moral e a reputação de terceiros, dentre outros valores.⁶⁴

Agindo como mediador do debate público, o Estado não tem como principal objetivo determinar o resultado da discussão, nem mesmo assegurar a ordem, mas sim garantir a lisura e a robustez do debate. O regime democrático tem como fundamento não apenas a decisão pública e coletiva por parte dos cidadãos, mas também a decisão tomada a partir de condições adequadas e com informações corretas para a consolidação dos argumentos. Observado isso, o fato de o produto final ser afetado é algo a ser comemorado, e não lamentado, uma vez que decorre da intervenção favorável à deliberação aberta e completa.⁶⁵

Por óbvio que um Estado atuante e com larga atribuição pode criar perigos, entretanto, os riscos devem ser ponderados com os benefícios que proporciona. Não devemos esquecer de que ele “usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática — igualdade e talvez a própria liberdade de expressão”.⁶⁶

A regulação estatal no âmbito da liberdade de expressão é justificada, ainda, porque o próprio texto constitucional não admite a concepção de um direito absoluto, que não seja passível de restrição pelo Poder Judiciário ou pelo Legislativo.

Nesse sentido, afirma Miguel Reale Júnior que o art. 220 da Constituição prevê a plenitude da liberdade de imprensa e, ao mesmo tempo, faz remissão ao disposto no próprio texto constitucional, submetendo-a, portanto, à justaposição com outros valores, especialmente, na visão do autor, a dignidade da pessoa humana.⁶⁷ Em razão disso, por um lado, o direito constitucional veda a censura (art. 220, §2º); por outro, exige regulamentação legal.⁶⁸

Importa anotar que o Direito não pode ser interpretado em “tiras”,⁶⁹ pelo que, embora a princípio, possa-se constatar uma perspectiva liberal da liberdade de imprensa no regime constitucional brasileiro, compulsando-o detidamente,

⁶⁴ DOTTI. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*, p. 161-162.

⁶⁵ FISS. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 55.

⁶⁶ FISS. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 60.

⁶⁷ REALE JÚNIOR. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, p. 90.

⁶⁸ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 647.

⁶⁹ GRAU. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 131-132.

conclui-se que há expressa *reserva legal qualificada*, que autoriza — e, mais que isso, exige — regulamentação, de modo a tutelar outros direitos, igualmente significativos, referentes à honra e à dignidade.⁷⁰ Nesse sentido também já expressou a Corte Constitucional Alemã, segundo a qual “a liberdade de expressão de maneira nenhuma tem sempre precedência sobre a proteção da personalidade”.⁷¹

Em consonância com esse raciocínio, Clèmerson Merlin Clève assevera que os direitos fundamentais “*limitam* a ação do legislador (a lei nos termos dos direitos fundamentais e não o contrário) e *exigem* a sua manifestação (o legislador, limitado pelos direitos fundamentais, tem um papel indispensável a cumprir no Estado Constitucional para a preservação dos próprios direitos fundamentais)”.⁷²

Vale lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, possui *status* supralegal, conforme deliberado pelo Supremo.⁷³ Essa norma determina a proibição legal de apresentação de espetáculos para a proteção moral da infância e da adolescência, bem como o da propagação de ideias que incitem o ódio nacional, racial ou religioso.⁷⁴ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19.3),⁷⁵ também ratificado pelo Estado brasileiro, igualmente prevê a necessidade de certas restrições à liberdade de comunicação.

Tendo em vista o que foi apresentado neste item, portanto, tem-se que a liberdade de expressão e comunicação, na realidade concreta, colide com outros

⁷⁰ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 647.

⁷¹ BRUGGER. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Brasília, p. 122.

⁷² CLÈVE. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, p. 262.

⁷³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Habeas Corpus nº 79.785-ED. Rel. Min. Sepúlveda Pertence*, julgado em 10.04.2003. *DJ*, 23 maio 2003. Por outro lado, a Professora Flávia Piovesan defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 114.

⁷⁴ Art. 13. “4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2°; “5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

⁷⁵ Art. 19.3. “O exercício do direito previsto no §2° do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966).

valores fundamentais, tais como a honra, a igualdade e a dignidade.⁷⁶ Assim, conclui-se, nesse momento, que:

a) o direito de publicar idéias por meio da imprensa, sem censura prévia, não é absoluto, como ocorre com todo direito constitucional ou a esse equiparável, estando condicionado à regulamentação razoável; b) deve conviver, ademais, com outros direitos constitucionais tão respeitáveis quanto ele (honra, dignidade humana, privacidade, proteção dos menores, etc.), da mesma forma que com outros direitos de *status* constitucional ou convencional internacional (moral pública, segurança nacional), o que exige contínuo exercício judicial e adaptação, acomodação e ponderação entre tais direitos, geralmente através do mecanismo da ponderação de valores, direitos e deveres. Nesse sentido, pode em algum momento a liberdade de expressão ser vencida por um direito *mais forte*.⁷⁷

Parcela doutrinária defende a impossibilidade de limitação legal (abstrata) da liberdade de expressão, por inteligência do art. 220 da Constituição Federal.⁷⁸ Assim, apenas o Poder Judiciário, no caso concreto, poderia solucionar os conflitos, a partir da técnica da ponderação,⁷⁹ observando-se critérios de proporcionalidade⁸⁰ e em atenção aos postulados da unidade hierárquico-normativa e da harmonização.⁸¹ Com efeito, o controle jurisdicional prévio da mídia deveria ocorrer apenas quando houver certeza de que o dano provocado pela divulgação do fato é irreparável.⁸²

⁷⁶ Casos recentes elucidando a colisão entre tais direitos são os que envolveram o apresentador Rafinha Bastos e a cantora Wanessa Camargo (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/artelazer,rafinha-bastos-e-condenado-no-processo-movido-por-wanessa-camargo,824247,0.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2012), bem como as declarações do deputado Jair Bolsonaro (Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/jair-bolsonaro-lanca-panfleto-contra-homos-sexuais-mec-vai-distribuir-kits-anti-homofobia-em-escolas-2771521>>. Acesso em: 08 ago. 2012).

⁷⁷ SAGÜES. Censura judicial previa a la prensa: posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tradução livre).

⁷⁸ MEYER-PFLUG. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, p. 103.

⁷⁹ “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão judicial aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas” (BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 9).

⁸⁰ LEONARDO. O direito difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. *Cadernos Jurídicos*, p. 4. Sobre o teste de proporcionalidade, ver ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993.

⁸¹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 269.

⁸² ÁNGEL EKMEKDJIAN. *Derecho a la información: reforma constitucional e libertad de expresión: nuevos aspectos*, p. 46.

Dessa maneira, não caracteriza censura a intervenção judicial na liberdade de expressão com vistas à prevenção e à reparação de moléstias a direitos fundamentais. O fundamento constitucional para a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário é o art. 5º, XXXV, da Constituição, que decreta a impossibilidade de exclusão legal da apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça a direito.^{83 84}

De outra via, há quem defenda a necessidade de lei regulamentando a matéria, de maneira que o Congresso Nacional incorre em omissão ao deixar de legislar sobre a proteção dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, que estão cristalizados no art. 221, IV, da Constituição.⁸⁵ Assim, apenas a lei em sentido estrito seria o instrumento legítimo para restringir a liberdade de imprensa, salvo nos casos em que a Constituição expressamente dispõe a respeito de eventuais limitações.⁸⁶

Sem prejuízo das peculiaridades de cada modo de limitação da liberdade de imprensa, vale dizer, se abstrata (mediante lei) ou concreta (por decisão judicial), fato é que, por tudo que foi elucidado até aqui, a intervenção estatal na matéria é medida imprescindível à salvaguarda dos princípios da dignidade, da honra e da igualdade, bem como da própria liberdade de comunicação. Ambas as formas usufruem de legitimidade no sistema jurídico pátrio, seja pela previsão expressa nos tratados internacionais, seja pela justa exegese dos valores plasmados na Constituição da República.

No Direito Comparado, verifica-se que a Constituição italiana (art. 21)⁸⁷ e a espanhola (art. 20.5)⁸⁸ preveem a possibilidade de sequestro de publicações. Naquele caso, ainda, há lei específica a respeito de materiais com apologia ao fascismo. A Suprema Corte argentina, por sua vez, já sustentou a possibilidade de

⁸³ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 204.

⁸⁴ Art. 5º “XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

⁸⁵ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 197.

⁸⁶ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 269.

⁸⁷ Art. 21. “Todos têm direito de manifestar livremente o próprio pensamento, mediante forma oral ou escrita, e qualquer outro meio de difusão. A imprensa não pode ser sujeita a autorizações ou censuras. Pode-se proceder ao seqüestro somente por determinação da autoridade judiciária em caso de delitos, para os quais a lei de imprensa o autorize expressamente, ou em caso de violação das normas que a própria lei estabeleça, para a indicação dos responsáveis” (CONSTITUIÇÃO ITALIANA, 1947, tradução livre).

⁸⁸ Art. 20. “5. Apenas será autorizado o seqüestro de publicações, gravações e outros meios de informação em virtude de decisão judicial” (CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA, 1978, tradução livre).

medida cautelar relativa à matéria, com base no art. 11⁸⁹ do Pacto de San José da Costa Rica.⁹⁰

No Brasil, todas as Constituições previam expressamente a possibilidade de restrição da liberdade de imprensa, com exceção da atual, que nada dispõe.⁹¹ Tal decorre, principalmente, do período ditatorial anterior à promulgação da Constituição de 1988, quando a liberdade de comunicação foi duramente reprimida. Na realidade, os militares respondiam com violenta censura a todo tipo de manifestação contrária à ideologia do regime.⁹² Entretanto, conforme explicitado ao longo deste tópico, embora não haja expressa limitação, tal não significa que o exercício do direito deve ocorrer de modo absoluto e desenfreado.

Há de se reconhecer, então, a aguda diferença entre censura e limitação constitucional. A primeira é a “restrição desnaturalizadora da liberdade de expressão”,⁹³ que visa aniquilar, de maneira arbitrária, o direito de livre comunicação; a segunda, ao contrário, fundamenta-se na Constituição, e tem como objetivo harmonizar a liberdade de imprensa com as demais normas previstas na Lei Maior.⁹⁴

A intervenção estatal nessa seara pode ser, portanto, maléfica e violadora dos princípios democráticos, ou benéfica e garantidora dos princípios constitucionais. É essa ambivalência que se pretende analisar nos itens a seguir.

4 A restrição da liberdade de imprensa como violação de direitos fundamentais – a Lei nº 5.250/67 e o julgamento da ADPF nº 130 pelo Supremo Tribunal Federal

Conforme asseverado, a censura é a restrição que descaracteriza a liberdade de expressão. No Brasil, desde o período imperial, é patente a repressão ao pensamento, passando por dois períodos ditatoriais. Com base em justificativas

⁸⁹ Art. 11. “1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

⁹⁰ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 207.

⁹¹ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 652.

⁹² FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 187.

⁹³ DIEGUES. ¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 337, tradução livre.

⁹⁴ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 246.

imprecisas, tais como a segurança, a ordem e os bons costumes, a censura era aplicada como um dos braços autoritários do governo.⁹⁵

Com o fim da ditadura de Getúlio Vargas (período do chamado Estado Novo), de 1937 a 1945, a censura volta a ser largamente aplicada na Ditadura Militar, de 1964 a 1985. A Constituição 1967, por si só, favorecia a repressão à livre manifestação do pensamento, conduta que atinge seu ápice com o Ato Institucional nº 05, de 1968, imposto à nação como instrumento de manutenção do monopólio militar sobre o poder político. Fato ilustrativo da situação vivida à época é que, de 1972 a 1975, os militares praticaram 298 atos de censura contra jornais, revistas e emissoras de rádio e televisão.⁹⁶

Nesse contexto, logo após a outorga da Constituição de 1967, a Lei nº 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, foi sancionada pelo Marechal Castello Branco, com o propósito de regular a liberdade de expressão e comunicação.⁹⁷ O diploma legal subsidiava os atos de censura, na medida em que previa a restrição da liberdade com base em fundamentos gerais e abstratos, manipulados de acordo com os interesses do regime, tais como a ordem e a moral, além de tipificar a ofensa à moral e aos bons costumes.⁹⁸

Diante dessa herança autoritária, a Constituição de 1988, em consonância com os instrumentos internacionais, buscou cercar o direito à liberdade de expressão e comunicação, de modo a proibir todo tipo de censura. É o que se extrai da literalidade constitucional, conforme elucidado anteriormente, a qual expressamente a afasta e garante o livre exercício do pensamento (art 5º, IV, VI, VIII e IX e art. 220, §1º e §2º).⁹⁹

⁹⁵ BARROSO. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, p. 34.

⁹⁶ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 187.

⁹⁷ ANDRADE. Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, p. 274.

⁹⁸ Art. 1º “§1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe”; Art. 2º “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”; Art.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”; Art. 17: “Ofender a moral pública e os bons costumes: Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região”. (BRASIL. Lei nº 5.250 [Lei de Imprensa], 1967).

⁹⁹ Art. 220. “§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”; “§2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Nesse sentido, a censura é vedada de maneira genérica,¹⁰⁰ abarcando tanto a modalidade prévia quanto a posterior, bem como a administrativa (praticada pelo poder público) e a privada.¹⁰¹ Com isso, as medidas restritivas da liberdade de expressão devem ser excepcionais, recaindo sobre elas “forte indício de inconstitucionalidade”,¹⁰² notadamente porque além dos direitos individuais envolvidos, os prejuízos decorrentes da limitação recaem sobre toda a sociedade, diante da natureza difusa do direito à informação.¹⁰³

Essa configuração está em consonância com os tratados e convenções internacionais de proteção global e regional dos direitos humanos, conforme consignado no item 2 deste trabalho, os quais garantem a liberdade de expressão em sua forma mais ampla, vedando que se imponham obstáculos ao seu exercício.

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atenta à herança autoritária recebida pelos países da América Latina no que tange ao livre exercício do pensamento, tem decidido de maneira radical pela proibição da censura, especialmente aquela realizada previamente. No entendimento dos juízes da Corte, é obrigação dos Estados garantir a livre manifestação das ideias, ressalvadas eventuais responsabilidades posteriores.¹⁰⁴

Tal compreensão é verificada, por exemplo, no caso conhecido como “A última tentação de Cristo”, oportunidade em que a Corte registrou que o exercício da liberdade de pensamento e de expressão não pode ser submetido à censura prévia, acrescentando que o objeto da vedação do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é a proteção do acesso à informação, às ideias e às expressões artísticas de todos os tipos, bem como o fortalecimento da democracia pluralista.¹⁰⁵

Tendo em vista os preceitos constitucionais e convencionais acima elucidados, em 2008, o Partido Democrático Trabalhista propôs Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130)¹⁰⁶ no Supremo Tribunal Federal, alegando

¹⁰⁰ LEONARDO. O direito difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. *Cadernos Jurídicos*, p. 4.

¹⁰¹ FARIAS. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 189.

¹⁰² LEONARDO. O direito difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. *Cadernos Jurídicos*, p. 5.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ DIEGUES. ¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 333.

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Caso Olmedo Bustos e outros versus Chile, de 05 fev. 2001.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 30.04.2009, *DJ*, 06.11.2009. Andamento processual da ação.

a incompatibilidade da Lei de Imprensa com a nova ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988.

Em fevereiro do mesmo ano, o Relator da ação, Ministro Carlos Ayres Britto, acolheu parcialmente o pleito liminar, determinando a suspensão de todos os processos que tivessem como objeto alguns dos dispositivos do referido diploma legal. Logo depois, em sessão plenária, o tribunal confirmou a medida antecipatória, além de estabelecer o prazo, posteriormente prorrogado, de 180 dias para o retorno da demanda à pauta de julgamento.

Finalmente, em abril de 2009, os ministros reuniram-se para deliberação. O Relator votou pela procedência da demanda, declarando a inconstitucionalidade completa da legislação, no que foi acompanhado pelos ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, César Peluso, Eros Grau e Celso de Mello. Em síntese, entenderam os julgadores que a liberdade de expressão, de opinião e de crítica constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e que a Lei nº 5.250/67 estava em desacordo com esse arranjo.¹⁰⁷ Insta registrar que, para Miguel Reale Júnior, o voto ministro Carlos Ayres Britto reflete a concepção de que a liberdade de expressão se sobrepõe aos demais direitos constitucionais.¹⁰⁸

Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes votaram pela parcial procedência da ação, com a preservação de alguns dispositivos, tais como os arts. 20, 21 e 22.¹⁰⁹ O ministro Joaquim Barbosa ressaltou a importância da penalização superior à do Código Penal para os crimes contra a honra praticados com abuso da liberdade de expressão, ao passo que o ministro Gilmar Mendes consignou a importância da manutenção dos dispositivos referentes ao direito de resposta. O voto dissidente, pela rejeição da ação, foi proferido pelo ministro Marco Aurélio Melo, para quem caberia ao Poder Legislativo substituir a legislação em vigor e, até quando isso não ocorresse, deveria permanecer válida a Lei de Imprensa, para evitar a desordem e a incerteza relativas à matéria.¹¹⁰

A decisão do Supremo Tribunal Federal, embora elogiável, não está imune às críticas. De fato, a declaração de inconstitucionalidade fez com que deixasse de existir regulamentação ao direito de resposta, que constitui importante garantia do indivíduo,¹¹¹ e que está previsto no art. 5º, V, da Constituição.¹¹²

¹⁰⁷ ANDRADE. Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, p. 277.

¹⁰⁸ REALE JÚNIOR. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 88.

¹⁰⁹ Art. 20. "Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime"; Art. 21. "Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação"; Art. 22. "Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decôro" (BRASIL. Lei nº 5.250 [Lei de Imprensa], 1967).

¹¹⁰ ANDRADE. Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, p. 277-278.

¹¹¹ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 654.

Ainda, acrescenta Rodrigo Xavier Leonardo que a decisão do STF significou a desconsideração de todo o trabalho jurisprudencial que vinha sendo realizado desde a promulgação da Carta de 1988, pois os tribunais afastavam os aspectos da lei com ela incompatíveis, aplicando, contudo, os dispositivos tidos por constitucionais, especialmente os necessários à proteção do direito de resposta e da presunção de legalidade da atividade jornalística.¹¹³

Rogéria Dotti também ressalta os aspectos negativos da decisão, na medida em que, durante a vigência da Lei nº 5.250/67, inexistiam dúvidas a respeito da responsabilização subjetiva dos agentes da mídia, de modo que apenas responderiam civilmente por danos eventualmente causados quando comprovados a culpa ou o dolo. Para a autora, essa garantia expressa e específica deixou de existir após a retirada da Lei de Imprensa do ordenamento jurídico pátrio.¹¹⁴

Até mesmo a relevância da medida adotada pelo Supremo é questionada. Em verdade, o jornal *Folha de S. Paulo* manifestou-se, logo após a decisão liminar do Tribunal, no sentido de que a Lei de Imprensa não mais oferecia ameaças à liberdade de expressão, pois os seus dispositivos autoritários há muito não vinham sendo aplicados pelos órgãos jurisdicionais. De acordo com o texto, o que restavam do diploma legal eram garantias que proporcionavam segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ferir direitos constitucionais.¹¹⁵

Entretanto, sem prejuízo das críticas apontadas, entende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADPF nº 130 reflete a relevância conferida à liberdade de imprensa pela Constituição Federal de 1988, afirmando a sua imprescindibilidade ao Estado Democrático de Direito, e reacendendo o debate a respeito da regulação dos meios de comunicação.¹¹⁶

Embora importante a edição de lei com o objetivo de conferir segurança aos cidadãos e aos órgãos transmissores de informações, enquanto isso não ocorre, a matéria não está indene de regulamentação. De fato, os crimes contra a honra, embora com penas mais brandas que as cominadas na Lei nº 5.250/67, estão previstos no Código Penal. Por sua vez, as matérias de direito civil, tais como o direito

¹¹² Art. 5º “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

¹¹³ LEONARDO. Imprensa: o que o STF dá com uma mão tira com a outra?.

¹¹⁴ DOTTI. A responsabilidade subjetiva como um salvo-conduto à liberdade de expressão. *Cadernos Jurídicos*, p. 7.

¹¹⁵ LEI de Imprensa: STF deveria manter o núcleo vivo da lei de 67, enquanto Congresso acelera trâmite de novo estatuto para a imprensa. *Folha de S. Paulo*.

¹¹⁶ MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, p. 662.

de resposta e a responsabilização por danos causados, podem ser solucionadas a partir da aplicação dos dispositivos do Código Civil e da Constituição Federal,¹¹⁷ com o que parte da doutrina chega a defender a desnecessidade de nova legislação para a imprensa.

Tendo em vista o elucidado neste item, conclui-se, por ora, que a censura, enquanto medida desnaturalizadora da liberdade de imprensa, é vedada pelo sistema constitucional pátrio. Entende-se, então, que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADFP nº 130 está em consonância com a Constituição Federal — sem prejuízo dos aspectos inevitáveis aspectos negativos que dela emergem — diante da concepção autoritária que permeava a Lei de Imprensa. Contudo, a retirada dessa Lei do ordenamento jurídico não conferiu liberdade absoluta à comunicação social, nem mesmo a isentou de regulamentação pelo poder público.

No derradeiro tópico deste trabalho, tem-se como pretensão propor um critério, dentre tantos possíveis, para limitação da liberdade de imprensa em sentido positivo, que, ao contrário da censura, não negue efetividade a esse direito, mas contribua com a salvaguarda dos princípios constitucionais de igualdade e dignidade humana.

5 A limitação da liberdade de imprensa como proteção de direitos fundamentais – Discurso do ódio

Os abusos da Ditadura Militar contra o livre exercício da liberdade de comunicação criaram a generalizada impressão de que de toda e qualquer regulação estatal nessa seara é necessariamente antidemocrática.¹¹⁸ Ocorre que, naquele tempo, inexistiam *hard cases* no que se refere ao livre-pensamento, na medida em que havia uma clara definição dos “bons, que desafiavam o regime, e os maus, que censuravam e perseguiram os bons”,¹¹⁹ de modo que as limitações impostas à liberdade eram, de plano, reprováveis.

Todavia, com a plena garantia constitucional do livre exercício da comunicação, que afastou qualquer possibilidade de censura, emergem outros problemas,

¹¹⁷ ANDRADE. Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, p. 280-281. A autora menciona, inclusive, julgado do Superior Tribunal de Justiça, o REsp nº 984.804, de 2009, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, no qual, em virtude da decisão na ADPF nº 130, a julgadora consignou a necessidade de aplicação direta dos dispositivos da Constituição e do Código Civil.

¹¹⁸ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 38.

¹¹⁹ SARMENTO. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

decorrentes da colisão da liberdade de imprensa com outros direitos fundamentais. E dentre tantos casos difíceis envolvendo a matéria, o atinente ao chamado discurso do ódio apresenta especial relevo.

O *hate speech* consiste em “palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.¹²⁰ Trata-se da apologia ao ódio, consistente no desprezo e na discriminação de grupos historicamente estigmatizados, tais como homossexuais, negros, mulheres e judeus.¹²¹

Dessa maneira, ao mesmo passo em que garante a liberdade de imprensa, a Constituição, comprometida com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com fundamento na dignidade da pessoa humana, prega a igualdade entre os cidadãos, sem distinção de qualquer natureza.¹²² Nesse sentido, pode um jornal, sob a justificativa de estar exercendo seu direito à livre comunicação, ofender um cidadão por ele ser homossexual? Ou um livro defender a inexistência do holocausto? Ao longo deste item, a partir dos pressupostos elucidados anteriormente, pretende-se demonstrar que não.

Entende-se que o discurso comprometido exclusivamente com a ofensa de pessoas ou grupos, em razão de características pelas quais foram historicamente oprimidos, consiste muito mais em ataque que em opinião,¹²³ em nada contribuindo para o debate público e democrático. Pelo contrário, esse ambiente é inviabilizado pelo *hate speech*, na medida em que provoca ou a vingança da vítima, na mesma proporção de violência, ou o seu afastamento da discussão.¹²⁴ Por isso, tais manifestações não estão protegidas pela liberdade de expressão.¹²⁵

¹²⁰ BRUGGER. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, p. 118.

¹²¹ MEYER-PFLUG. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, p. 98.

¹²² Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”; Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”; Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

¹²³ SARMENTO. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, p. 236.

¹²⁴ SARMENTO. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, p. 236.

¹²⁵ *Idem, Ibidem*. Faz-se referência, majoritariamente, à liberdade de imprensa, notadamente em relação às funções desempenhadas pela mídia na sociedade contemporânea, nos termos expostos no item 3 deste trabalho. Entretanto, a argumentação doutrinária e o próprio raciocínio aqui exposto aplicam-se, muitas vezes, à liberdade de expressão em geral. Entretanto, há de se

Deve-se ter em conta, no mundo contemporâneo, que os meios de comunicação possuem amplo poder de divulgação, de modo que uma ofensa perpetrada por um jornal de distribuição nacional, ou pela televisão, por exemplo, pode atingir elevado número de pessoas, possuindo efeitos devastadores. Por essa razão, e considerando a compreensão constitucional dos direitos fundamentais exposta no item 3 deste trabalho, importa estabelecer limites ao desempenho da imprensa.

A proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à dignidade da pessoa humana torna inconstitucionais discriminações que tenham por base a raça, o sexo, a crença ou a etnia de uma pessoa. Aqui, calha consignar a feliz constatação de Owen Fiss, de que “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”.¹²⁶ Nessa toada, considerando que o discurso do ódio tem como objetivo precípua desprezar determinado grupo social, podendo acarretar na impossibilidade de participação nas decisões coletivas, conclui-se que ele deve ser combatido.¹²⁷

No plano internacional, em tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, encontram-se variadas ferramentas hábeis a fundamentar a restrição ao discurso do ódio, com o objetivo de tutelar a dignidade humana, sem prejuízo da forte proteção conferida à liberdade de comunicação.

No âmbito global de tutela dos direitos humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos obriga os Estados-parte a proibirem por lei “qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.¹²⁸ Também a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial condena a propaganda baseada na superioridade de uma raça ou grupo de pessoas, que incite o ódio e a discriminação, obrigando, ainda, os signatários a adotarem medidas para a eliminação dessas práticas.¹²⁹ No âmbito regional, a Convenção Americana

levar em conta que os efeitos do discurso do ódio proferido no âmbito meramente individual são consideravelmente menos devastadores, pelo que as medidas restritivas devem vir na mesma proporção.

¹²⁶ FISS. *A ironia da liberdade de expressão*: Estado, regulação e diversidade na esfera pública, p. 49.

¹²⁷ MEYER-PFLUG. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, p. 98-129.

¹²⁸ Art. 20. “2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1992).

¹²⁹ Art. 4º “Os Estados partes condenam toda propaganda e toda as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas

sobre Direitos Humanos determina a proibição legal de toda propaganda que faça “apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.¹³⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não teve a oportunidade de manifestar-se, especificamente, quanto ao *hate speech*.¹³¹ Entretanto, no caso “A última tentação de Cristo”, já mencionado neste trabalho, asseverou que um dos mecanismos de restrição ao exercício da liberdade de expressão é a obrigação de impedir a apologia ao ódio religioso, nos termos do art. 13.5 do Pacto de San José da Costa Rica.¹³² Nesse sentido, admite-se não apenas a responsabilização posterior, mas também a restrição prévia, configurando exceção à regra de vedação à censura.¹³³

Já a Corte Europeia de Direitos Humanos tem formado jurisprudência sobre a matéria, manifestando-se, em geral, favoravelmente à limitação do discurso do ódio. Caso recente foi o travado por *Vejdeland e outros versus Suécia*, de maio de

positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento; b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividades de propaganda que incitar à discriminação e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades. c) a não permissão às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, 1969).

¹³⁰ Art. 13. “5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

¹³¹ SARMENTO. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 233.

¹³² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Caso *Olmedo Bustos e outros versus Chile*, de 05 fev. 2001.

¹³³ BELLUSCIO. La censura judicial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 953. Nesse sentido também: SAGÜÉS. Censura judicial previa a la prensa: posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 968-969. Importa destacar que, a rigor, a limitação prévia do discurso do ódio não configuraria censura, em vista da diferenciação entre censura (abusiva) e limitação (protetiva) apresentada ao final do item 3 deste trabalho. Entretanto, tendo em vista a ampla utilização doutrinária do termo censura mesmo quando se está diante de uma limitação garantidora de direitos fundamentais, neste momento da pesquisa optou-se por manter, no corpo do texto, a expressão originalmente adotada pelo autor Néstor Pedro Sagüés.

2012. Na oportunidade, a Corte entendeu razoável a punição de 04 jovens por terem distribuído folhetos incitando a homofobia, atribuindo aos homossexuais a responsabilização pela disseminação do vírus HIV.¹³⁴

Entretanto, essa tendência não implica em “caça às bruxas” ao politicamente incorreto, pelo que a Corte tem buscado distinguir o discurso do ódio da defesa de posições impopulares.¹³⁵

No Direito Comparado, é possível destacar, grosso modo, dois modelos de abordagem da matéria: (i) o dos Estados Unidos, marcado pela forte herança do liberalismo clássico, que confere maior ênfase à liberdade em detrimento da igualdade, tendendo a proteger o discurso a qualquer custo, independentemente dos danos que possa provocar; (ii) e o da Alemanha, que busca ponderar a liberdade com outros valores igualmente fundantes do ordenamento constitucional, tais como a igualdade e a dignidade, de maneira que o discurso do ódio pode ser proibido, com vistas a proteger a honra e a dignidade humanas.¹³⁶

O caso *Brandenburg versus Ohio*, de 1969, exemplifica o que predomina na concepção norte-americana. A Suprema Corte absolveu um líder da Ku Klux Klan do delito de apologia ao crime. Ele organizou um encontro dessa entidade, divulgando na televisão imagens do evento, com pessoas queimando cruzeiros e proferindo ofensas contra negros e judeus.¹³⁷

Por sua vez, na Alemanha, a discussão mais presente diz respeito à negação do holocausto. Em 1994, a Corte manifestou-se no sentido de que negar esse fato histórico implica em discriminação contra o povo judeu,¹³⁸ razão pela qual é cabível a restrição. Ademais, o direito infraconstitucional alemão também prevê instrumentos para o combate e a punição do discurso do ódio.¹³⁹

Diante do que foi apresentado, considera-se insuficiente a noção norte-americana da liberdade de expressão, excessivamente formal e muito distante das opressões que se reproduzem na vida concreta. Essa visão, ao exigir do Estado uma postura exclusivamente negativa, ignora as desigualdades presentes nas estruturas sociais, permitindo que grupos dominantes silenciem as vítimas da intolerância.¹⁴⁰

¹³⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Caso *Vejdeland e outros versus Suécia* (Application nº 1813/07), de 09 maio 2012.

¹³⁵ SARMENTO. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 233.

¹³⁶ SARMENTO. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 12.

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Brandenburg versus Ohio*, 1969.

¹³⁸ O caso foi citado por SARMENTO. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 228.

¹³⁹ *Idem*, p. 227

¹⁴⁰ *Idem*, p. 217.

Em razão disso, ressalvadas as peculiaridades de cada sociedade, tem-se que o comprometimento da Constituição Federal do Brasil com a igualdade material entre os cidadãos, conforme exposto no item 3 deste trabalho, aproxima-a, axiologicamente, da Constituição alemã. Com efeito, esse país também erigiu à condição de direito fundamental a liberdade de expressão, entretanto, ela não desfruta de uma posição superior em relação aos demais, devendo ser com eles ponderada, notadamente em razão da essencialidade da dignidade da pessoa humana.¹⁴¹

No Brasil, salvo o disposto na Lei nº 7.716/1989,¹⁴² não há restrição expressa ao *hate speech*. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *habeas corpus* nº 82.424/RS, em 19.09.2003, teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, no caso *Ellwanger*. Consignou o STF que:

A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.¹⁴³

A liberdade, portanto, cedeu a outros valores plasmados na Constituição Cidadã, uma vez que os ministros, por maioria, entenderam que o direito à livre manifestação do pensamento não abarca a negação de fatos incontroversos, principalmente porque, no caso concreto analisado, equivaleriam à incitação ao racismo. Dessa maneira, o *habeas corpus* foi rejeitado, estando a conduta do paciente tipificada no art. 20 da Lei nº 7.716/1989.

Como se vê, mesmo que implicitamente, o ordenamento jurídico brasileiro limita o discurso quando ele está destinado à opressão de grupos historicamente estigmatizados pela sociedade, pois essa manifestação “denigre o valor e o merecimento de suas vítimas”.¹⁴⁴

Apenas pode ser verdadeiramente democrática uma política engajada no estabelecimento de condições de igualdade a todos os participantes do debate

¹⁴¹ *Idem*, p. 225.

¹⁴² Art. 20. “Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. (BRASIL. Lei nº 7.716/89).

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves. *DJ*, 19 mar. 2004.

¹⁴⁴ FISS. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*, p. 40.

público.¹⁴⁵ Ora, a liberdade individual garantida na Constituição não é apenas formal; ela exige do Estado uma atuação positiva, que possibilite a real fruição de suas prerrogativas na vida concreta. Para o alcance desse objetivo, é necessário que manifestações ofensivas e silenciadoras sejam vedadas.¹⁴⁶

Ademais, no plano internacional, o Brasil obriga-se a combater o discurso do ódio,¹⁴⁷ ao integrar o Pacto de San José da Costa Rica, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, os quais possuem *status* supralegal.¹⁴⁸

Calha acrescentar que as limitações ao discurso do ódio não podem escapar ao objetivo de tutelar a dignidade humana e garantir a igualdade de oportunidades na participação pública. A liberdade de expressão e imprensa foi duramente conquistada, pelo que não pode ser arbitrariamente restringida. Assim, apenas manifestações explícitas de ódio devem ser reprimidas, ao passo que contribuições racionais ao debate, embora indesejadas, devem ser preservadas.¹⁴⁹

Além disso, deve-se ter maior cautela quanto à liberdade religiosa, pois, em princípio, é vedada a regulação estatal dos dogmas da fé. Por fim, as *mass media* devem ser tratadas com mais rigor que as publicações escritas, pois desfrutam de maior capacidade de inserção social.¹⁵⁰ Adverte Daniel Sarmento:

[...] num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto.¹⁵¹

A partir do que foi apresentando, conclui-se que o discurso do ódio tem de ser combatido, seja para tutelar a honra e dignidade individuais, seja para preservar a isonomia entres os cidadãos na participação pública. A forma como a

¹⁴⁵ *Idem*, p. 42.

¹⁴⁶ SARMENTO. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 252.

¹⁴⁷ Posições contrárias a essa não são ignoradas. De fato, reconhece-se a insuficiência do combate ao discurso do ódio para a eliminação de práticas racistas e preconceituosas, conforme defende Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. Entretanto, tem-se que a sua restrição serve como medida eficiente, embora paliativa e insuficiente, para a proteção da dignidade humana, a qual deve ser acompanhada de uma política estatal mais abrangente, firme no propósito de erradicação das práticas intolerantes (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*, p. 216, 221, 228, 230 e 233).

¹⁴⁸ Ver nota de rodapé número 73, p. 15.

¹⁴⁹ SARMENTO. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional, p. 260.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 261-262.

¹⁵¹ *Idem*, p. 262.

limitação à liberdade de expressão será implementada (se legal ou judicialmente) não é determinante, desde que sejam observados critérios de ponderação mencionados no item 3, bem como os valores democráticos constitucionalmente previstos.

6 Conclusão

Tendo em vista o exposto ao longo deste texto, têm-se as seguintes conclusões relativas à liberdade de expressão e comunicação:

- (i) é direito fundamental que constitui um dos pilares da democracia, servindo também como elemento constitutivo da personalidade do cidadão, instrumento de fiscalização pública e enriquecimento da cultura cívica;
- (ii) apresenta dupla dimensão, uma subjetiva e individual, a qual demanda abstenção estatal, e outra objetiva e coletiva, que exige do Estado o cumprimento de um papel promocional na sua efetivação;
- (iii) diante das relevantes funções por ela exercidas, bem como pela grande influência que possui sobre a sociedade, deve ser limitada pelo poder público, de modo a garantir a igualdade material, a dignidade humana e a lisura do debate coletivo;
- (iv) a intervenção estatal na comunicação social assume caráter ambivalente, na medida em que pode caracterizar a censura, acarretando a desnaturalização da liberdade de imprensa, mas também pode representar a limitação protetiva de outros valores constitucionais, bem como da própria liberdade de expressão;
- (v) exemplo de limitação maléfica ao Estado Democrático de Direito consistiu na Lei nº 5.250/67, que dava margem à opressão de toda espécie de manifestação do pensamento contrária ao regime autoritário instaurado pela Ditadura Militar. Por essa razão, com a Constituição de 1988 e a consolidação da democracia, o STF, no bojo da ADPF nº 130, declarou inconstitucional todos os dispositivos da mencionada lei;
- (vi) a retirada da lei do ordenamento jurídico pátrio não isentou a comunicação social de regulamentação. Assim, a presente monografia visou a propor um limite à liberdade de imprensa, dentre tantos possíveis, consistente na vedação ao discurso do ódio, o qual possui como objetivo precípuo a ofensa a grupos historicamente estigmatizados pela sociedade;

- (vii) tratados e convenções internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, embora garantam a liberdade de expressão em sua forma mais ampla, obrigam os Estados a adotarem medidas de limitação ao *hate speech*, de modo a preservar outros direitos igualmente importantes, tais como a igualdade, a honra e a dignidade;
- (viii) sem prejuízo do valor axiológico reconhecido à liberdade de comunicação, direito arduamente conquistado, conclui-se, desde que observados os parâmetros de proporcionalidade, que o discurso do ódio deve ser proibido, por agredir a dignidade humana e macular o ambiente de deliberação pública.

Freedom of Speech, Press Law and Hate Speech – From the Restriction as Violation to Limitation as Protection

Abstract: Freedom of expression and communication is a fundamental right which forms one of the pillars of democracy, with double dimension: one, subjective and individual, which demands state abstention; and the other, objective and collective, which requires the state to fulfill a promotional role in their effectiveness. Given the important functions it carries, as well as the great influence it has on society, it should be limited by the government, to ensure material equality, human dignity and fairness of collective debate. State intervention in the media assumes ambivalent character, since it can characterize censorship, leading to denaturation of press freedom, but it can also represent the protective limitation of other constitutional values, as well as freedom of expression itself. The Law n. 5.250/67, which gave rise the oppression of every kind of manifestation of thought against the authoritarian regime established by the military dictatorship, had all of its devices declared unconstitutional by the Brazilian Supreme Court, in the midst of ADPF n. 130. One of the possible limits to press freedom consists in prohibiting hate speech, which has as main objective the offense to groups historically stigmatized by society. International human rights treaties require states to adopt measures to limit hate speech, to preserve other rights equally important. So, once observed the parameters of proportionality, hate speech should be banned for assaulting human dignity and sully the environment of public deliberation.

Key words: Freedom of speech. State limitation. Hate speech. ADPF n. 130.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, Ana Carolina Oliveira de. Repercussões jurídicas do fim da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 10, n. 44, p. 273-282, out./dez. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.1, p. 1-36, jan./mar. 2004.
- BELLUSCIO, Augusto César. La censura judicial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, ano 12, t. II, p. 949-963, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 30.04.2009. *DJ*, 06 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 09 ago. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em *Habeas Corpus* nº 79.785-ED. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 10.04.2003. *DJ*, 23 maio 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424/RS. Rel. Min. Moreira Alves. *DJ*, 19 mar. 2004.
- BRUGGER, Wienfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 1, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, Curitiba, n. 24, p. 257-300, jan./dez. 2005.
- DIEGUES, Jorge Alberto. ¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, ano 14, p. 327-351, 2008.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- DOTTI, Rogéria. A responsabilidade subjetiva como um salvo-conduto à liberdade de expressão. *Cadernos Jurídicos*, Curitiba, n. 17, p. 7-8, abr. 2011.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho a la información: reforma constitucional e libertad de expresión: nuevos aspectos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009.
- FARIAS, Edmilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERRAZ, Sérgio Valladão Ferraz. A liberdade de expressão necessária em uma sociedade democrática. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Org.). *Direitos Humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 3, p. 451-477.
- FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GODOY, Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LEI de Imprensa: STF deveria manter o núcleo vivo da lei de 67, enquanto Congresso acelera trâmite de novo estatuto para a imprensa. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, domingo 30 mar. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3003200801.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Imprensa: o que o STF dá com uma mão tira com a outra?. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaofz3003200801.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2012.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. O direito difuso à informação e a censura: os casos de interesse público envolvendo autoridades públicas. *Cadernos Jurídicos*, Curitiba, n. 17, p. 3-6, abr. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Toronto: Broadway Literary Texts, 1999.
- MILTON, John. *Areopagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na comunicação social*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Caso Olmedo Bustos e outros versus Chile, de 05 fev.2001.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Opinião Consultiva nº 05/85, de 13 nov.1985.
- PINTO, Indiana Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, p. 61-90, nov./dez. 2009.
- RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 905, p. 88-102, mar. 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Censura judicial previa a la prensa: posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, ano 12, t. II, p. 965-977, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, abr. 2001.
- SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Caso Vejdeland e outros versus Suécia (Application nº 1813/07), de 09 maio 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PINTO, Indiara Liz Fazolo. Liberdade de expressão, Lei de Imprensa e discurso do ódio: da restrição como violação à limitação como proteção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 195-229, jul./set. 2013.

Recebido em: 08.05.2012

Aprovado em: 15.08.2013