

O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA: ANÁLISE DOS MODELOS AMERICANO E EUROPEU APLICADOS À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE ROLE OF THE STATE IN PROMOTING FREEDOM OF EXPRESSION AND OF THE PRESS: ANALYSIS OF AMERICAN AND EUROPEAN MODELS APPLIED TO THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

José Luiz Almeida Simão*

Flaviana Bissoli**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modelos americano e europeu de promoção da liberdade de expressão e de imprensa. 2.1. O sistema norte-americano: a neutralidade de conteúdo. 2.2. O sistema europeu: a possibilidade de intervenção no conteúdo da mensagem. 3. O modelo predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO: O objeto do estudo é o posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à constitucionalidade da restrição à liberdade de expressão e de imprensa por meio da punição do agente emissor da mensagem. Para tanto analisamos julgados representativos da controvérsia da Corte tendo como norte os aportes teóricos de autores nacionais e estrangeiros que divisam dois modelos para o papel do Estado na promoção das liberdades comunicativas: os sistemas americano e europeu. Após a análise minuciosa da integralidade dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que o Tribunal pende para uma postura que aceita a intromissão no conteúdo da opinião ou mensagem, assemelhando-se ao modelo europeu de proteção à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Restrição. Teorias. Modelos americano e europeu.

ABSTRACT: *The object of the study is the Federal Supreme Court jurisprudence regarding the constitutionality of the restriction of freedom of expression and of the press through the punishment of the agent issuing the message. For this, we analyze representative cases of the Court's controversy, based on the theoretical contributions made by national and foreign authors who see two models for the role of the State in the promotion of communicative liberties: the American and European systems. After a thorough analysis of the totality of the votes of the ministers of the Federal Supreme Court, it was concluded that the Court is moving towards a position that accepts the intrusion into the content of the opinion or message, similar to the European model for the protection of freedom of expression.*

Keywords: *Freedom of expression. Restriction. Theories. American and European models.*

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, aprovado com Distinção pela Banca Examinadora (2014). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2005). Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Fundação Valeparaibana de Ensino (UNIVAP), em São José dos Campos/SP.

** Especialista em Direito Público com licenciatura pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2011). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (2007). Advogada com atuação nas áreas de licitações, desapropriações, contratos com a administração pública, direito civil e família.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal é fruto do processo histórico de redemocratização do Estado brasileiro iniciado em meados da década de 1980 do século passado e tem como uma de sua principal característica um amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais positivado nos capítulos inaugurais do Texto Magno.

Nesse contexto de valorização e proteção das liberdades públicas, a liberdade de expressão e de imprensa é tida como direito fundamental e impõe ao Estado e aos particulares a obrigação de protegê-la e promovê-la em favor da democracia e do progresso social.

A liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, incisos IV (liberdade de pensamento), IX (liberdade de expressão propriamente dita) e XIV (acesso à informação), e no artigo 220 e seu parágrafo 1º (liberdade de informação), e seguiu os parâmetros traçados pela comunidade internacional em importantes cartas de direitos.¹

As liberdades comunicativas (expressão e imprensa) têm forte disposição para colidir com outros princípios constitucionais, seja em decorrência de sua natureza, seja pela forma como estão vazadas na Constituição Federal.

Embora a tensão mais frequente em torno das liberdades de expressão e de imprensa ocorra nos conflitos com os clássicos direitos da personalidade, é certo que outros relevantes princípios também podem colocar-se em sentido oposto a ponto de conflitarem as liberdades comunicativas, tais como a isonomia do processo eleitoral, o prestígio das Forças Armadas e a ordem pública.

Não podem ser ignoradas as inúmeras decisões de juízes de primeira instância de diferentes Estados brasileiros que determinaram o bloqueio de um popular aplicativo de troca de mensagens e vídeos chamado *WhatsApp* por não informar o conteúdo das conversas de usuários investigados pelas autoridades policiais (RODOVALHO, 2016), as frequentes punições a candidatos em pleitos eleitorais por supostos

¹ No âmbito internacional, a liberdade de expressão e de imprensa encontra guarida no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

danos à imagem de concorrentes, ou as interdições impostas a veículos de comunicação.²

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

O presente artigo procura ingressar neste debate e promover um estudo aprofundado das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal³ acerca do papel desempenhado pelos órgãos públicos na promoção da liberdade de expressão e de imprensa.

O trabalho pretende responder à indagação se o Supremo Tribunal Federal permite a intervenção do Estado no conteúdo das mensagens veiculadas a ponto de punir civil ou criminalmente o emissor da opinião, ou se tal conduta é vedada pela Corte, que privilegia uma atitude omissa dos agentes governamentais.

O estudo dos julgados do STF é importante porque, especialmente a partir da publicação da Constituição Federal de 1988, a solidez da argumentação jurídica da Corte Constitucional é fator legitimador dos provimentos judiciais e a função de fixar parâmetros seguros para a interpretação constitucional é tarefa do STF.

A estrutura do artigo é simples e obedece a uma lógica bem definida. Iniciaremos com a discussão a respeito de dois modelos que disputam a primazia na promoção da liberdade de expressão e de imprensa: o americano e o europeu.

O primeiro rechaça qualquer intromissão do Estado no conteúdo da mensagem, inviabilizando a responsabilização civil ou criminal do emissor, independentemente do que veiculado. O segundo entende lícita a punição do responsável pela divulgação do pensamento caso haja risco de se ferir direitos titularizados por grupos minoritários.

Em seguida abordaremos três importantes precedentes do STF que tiveram como pano de fundo a discussão a respeito da postura a ser

² Importante frisar que desde o ano de 2009 o jornal O Estado de São Paulo está impedido de publicar notícia envolvendo o nome de Fernando Sarney, filho do ex-presidente da República José Sarney, na operação da Polícia Federal denominada “Boi Barrica”, que o tem como suspeito da prática de ilícitos.

³ Doravante STF..

adotada pelo Estado nos embates envolvendo a liberdade de expressão e de imprensa. Os casos são o HC 82.424/RS, a ADPF 130/DF e a ADI 4274/DF.

Na última seção, tendo em mãos o material obtido diretamente na jurisprudência do STF, teremos condições de verificar para qual modelo pende a Corte Constitucional brasileira.

1 MODELOS AMERICANO E EUROPEU DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

1.1 O sistema norte-americano: a neutralidade de conteúdo

A construção do conceito, extensão e limites das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos, consagradas na Primeira Emenda à Constituição⁴, foi fruto de um longo processo histórico que teve curso no século XX, especialmente em sua segunda metade.

A trajetória da Primeira Emenda teve como principal protagonista a Suprema Corte dos Estados Unidos, chamada a se manifestar a respeito da constitucionalidade de leis restritivas da liberdade de imprensa editadas pelo Congresso (LEWIS, 2011; MENDES, 2012, p. 634-635).

A Suprema Corte confere à liberdade de expressão a posição de direito preferencial no sistema de garantias constitucionais, normalmente prevalecendo frente a outros valores democráticos como a igualdade, dignidade humana e privacidade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 133; BARROSO, 2004, p. 20; SARMENTO, 2006, p. 266; POTIGUAR, 2012, p. 27)⁵.

A consequência mais nítida da posição desfrutada pela Primeira Emenda nos Estados Unidos é a interdição da regulamentação estatal no conteúdo dos discursos públicos. O Estado não deve tomar partido nas

⁴ O texto da Primeira Emenda é o seguinte: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas” .

⁵ Para um estudo mais detalhado acerca da argumentação da Suprema Corte na construção na doutrina do direito preferencial, ver CHEQUER, 2011, p. 100-124.

discussões, ficando a cargo da capacidade de discernimento de cada cidadão se posicionar frente às inúmeras opiniões colocadas à sua disposição.⁶

Tal princípio ficou conhecido como da “neutralidade de conteúdo” e veda que a autoridade oficial distinga entre discurso protegido e não protegido com base no ponto de vista exposto (FISS, 2005, p. 51; MEYER-PFLUG, 2009, p. 138; POTIGUAR, 2012, p. 35).

A doutrina da “neutralidade de conteúdo” teve origem no caso *Police Department vs. Mosley* de 1972, no qual um carteiro chamado Earl Mosley foi impedido de protestar pacificamente em frente a uma escola pública da cidade de Chicago contra a discriminação racial nos Estados Unidos.

Levado o caso para a Suprema Corte, esta decidiu, na lavra do voto do *Justice* Thurgood Marshall, que a conduta das autoridades públicas de Chicago tinha o propósito de banir o protesto com base exclusivamente no conteúdo do assunto levado a discussão. A Primeira Emenda, disse o *Justice*, proíbe o governo de limitar a expressão por conta da mensagem, das ideias, objeto ou conteúdo.

Tal como formulada pela Suprema Corte norte americana, a “neutralidade de conteúdo” tem duas faces: a primeira é que o Estado não pode proibir o discurso por causa de seu conteúdo. A segunda é que o Estado não pode restringir uma espécie de discurso com o propósito de beneficiar outro (HEYMAN, 2008, p. 81-82).

A respeito da importância da liberdade de expressão e de imprensa para o sistema americano, Thomas Cooley assevera que:

Mas sob o ponto de vista constitucional, a sua importância capital consiste em facilitar ao cidadão ensejo de trazer perante o tribunal da opinião pública qualquer autoridade, corporação ou repartição pública, e até mesmo o próprio governo em todos os seus ramos, com o fim de compeli-los uns e outros, a submeterem-se a um exame e a uma crítica sobre a sua conduta, as suas medidas e os seus intentos, diante de todos, tendo em vista obter a correção ou a prevenção dos males; do mesmo modo serve para sujeitar a idêntico exame e com os fins idênticos todos aqueles que aspiram a funções públicas. Estas vantagens o povo as conseguiu plenamente durante a época revolucionária e delas gozou; a

⁶ A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão nos Estados Unidos surgiu na nota de rodapé 4 do voto proferido pelo juiz Harlan Fisk Stone no caso *United States vs. Carolene Products Co.*, julgado pela Suprema Corte em 1938 (CHEQUER, 2011, p. 113).

imprensa foi o principal meio para defender os princípios da liberdade e preparar o país para resistir à opressão; e neste sentido foi tamanha a sua eficácia, que eclipsou todos os outros benefícios. (COOLEY, 2002, p. 266).

A despeito da reverência conferida à liberdade de expressão, é certo que o sistema americano não compactua com sua absolutização. Em casos de conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados, permite-se que o Estado suprima do debate “palavras de incitação à luta” que possam gerar um “perigo iminente e manifesto” de ação ilícita.

No entanto, a “defesa genérica de ideias” é protegida, ficando a cargo da jurisprudência a definição da questão casuisticamente, utilizando-se do método denominado *ad hoc balancing*, que, embora admita restrição à liberdade de expressão, institui uma forte premissa em favor da inconstitucionalidade da limitação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 139; FISS, 2005, p. 34; POTIGUAR, 2012, p. 41).

A liberdade de expressão não é um direito puramente negativo nos moldes da teoria do livre mercado de ideias, cujo objetivo é impedir a regulação estatal no âmbito da troca de informações. Ela também possui uma faceta positiva que reclama do Estado participação ativa na esfera comunicativa, com o intuito de corrigir falhas com relação à supressão de certos grupos do debate público.

Discursos incitadores ao ódio racial, distribuição e divulgação de material pornográfico e permissão ilimitada ao financiamento privado de campanhas políticas são exemplos trazidos por Fiss (2005, p. 47) de como indivíduos e organismos privados podem atentar contra a liberdade de expressão.

Isso ocorre porque sua propagação desregrada pode impedir que as vítimas (respectivamente minorias, mulheres e pobres) participem das discussões públicas em razão do efeito silenciador que recaem sobre elas, minando as possibilidades de debaterem de forma competitiva e igualitária.

O Estado, nesse contexto, tem a função primordial de intervir na arena discursiva a fim de proporcionar um ambiente livre e diversificado para a coexistência de diferentes pontos de vista. Deve procurar estabelecer precondições essenciais para a autogovernança coletiva, assegurando que todas as vertentes sejam apresentadas ao público, nem que para isso se faça necessário calar alguns para poder ouvir outros.

Na visão de Fiss (2005, p. 49-55), não se trata de desrespeito ao princípio da neutralidade de conteúdo, mas o fortalecimento de

seu postulado, pois, quando o Estado age como mediador, não procura determinar o resultado ou preservar a famigerada ordem pública, e sim assegurar a robustez do debate público e, como consequência, fortalecer a própria democracia.

É consenso na doutrina que vigora atualmente nos Estados Unidos uma visão restritiva quanto à interferência do Estado no âmbito da liberdade de expressão ao menos desde os anos 1980, ocasião em que a *fairness doctrine*⁷ foi abandonada pela agência reguladora das comunicações eletrônicas (FCC) por, supostamente, restringir desnecessariamente a liberdade de expressão.

Essa posição posteriormente foi corroborada pela Suprema Corte no julgamento dos casos *CBS vs. Democratic National Comitee, Buckley vs. Valeo*, e mais recentemente, em *Citizens United vs. FEC* (FISS, 2005, p. 139-144; SARMENTO, 2006, p. 267-272).⁸

Em suma, nos Estados Unidos vigora o entendimento de que a intromissão dos poderes estatais na divulgação do pensamento e da informação constitui evidente abuso e viola a Constituição, prevalecendo a teoria da neutralidade de conteúdo, requerendo do Estado uma postura omissiva.

1.2 O sistema europeu: a possibilidade de intervenção no conteúdo da mensagem

Os países de democracia consolidada da Europa partem de premissas diversas daquelas adotadas pelos Estados Unidos na definição dos contornos e limites do direito à liberdade de expressão.

De fato, o regime europeu, de forma geral, não abona o princípio da neutralidade de conteúdo, sendo que a maioria dos países têm leis criminalizadoras do discurso do ódio ou, quando ausentes leis específicas,

⁷ A fairness doctrine foi criada pela Federal Communications Commission – FCC como um mecanismo de regulação do mercado de comunicação por meio da imposição às rádios e televisões da obrigatoriedade de cobrir questões de relevante interesse público de maneira equilibrada, apresentando os diversos lados da notícia. Ela também dava aos candidatos a cargos eletivos a oportunidade de responder a editoriais políticos hostis e oferecia um direito de resposta similar àqueles diretamente atingidos (FISS, 2005, p. 107). .

⁸ Para uma análise crítica da decisão da Suprema Corte no caso *Citizens United vs. FEC*, em virtude do risco de acarretar sério prejuízo ao amplo debate público pela interferência nociva das organizações comerciais nas campanhas eleitorais, ver DWORKIN (2011, p. 41-56). .

seus tribunais nacionais não toleram a exteriorização de pensamentos racistas.⁹

A exceção parece ser os países escandinavos que rejeitam a proibição pura e simples dos discursos difamadores, entendendo que a restrição se justifica somente quando puder ensejar uma ação ilícita concreta ou afetar a ordem pública (MEYER-PFLUG, 2009, p. 151).

A forma com que alguns países europeus abordam a temática da liberdade de expressão desperta especial importância no estudo da dogmática da proteção do direito fundamental.

Na Alemanha, a liberdade de expressão tem dois enfoques básicos: por um lado, constitui um direito subjetivo individual, importante para a dignidade humana; de outro, ela é compreendida como um direito objetivo, uma garantia institucional, necessário para a formação da opinião pública e para o intercâmbio de ideias entre os cidadãos.

A dimensão objetiva da liberdade de expressão tem o condão de compelir o Estado a praticar atos positivos para promover um ambiente de debate livre e plural, ao mesmo tempo em que deve garantir a existência de uma imprensa verdadeiramente independente, impedindo sua violação por grupos particulares (SARMENTO, 2006, p. 274-275; MENDES, 2012, p. 642-643).

Segundo essa visão, o Estado deve estar comprometido com a tarefa de estimular e manter o pluralismo entre os meios de comunicação, não deixando essa função a cargo exclusivo do mercado. O Tribunal Constitucional Federal, em diversas oportunidades, impôs condições para funcionamento das emissoras de rádio e televisão, asseverando que deveriam manter mecanismos propiciadores dos pluralismos interno e externo em benefício do público, mediante a divulgação de perspectivas diversas sobre os assuntos de interesse coletivo (SARMENTO, 2006, p. 277).

O Tribunal Constitucional Federal considera que a liberdade de expressão ocupa posição preferencial em relação aos demais direitos fundamentais, quando esse direito estiver relacionado a matérias de interesse geral ou político. Uma vez reconhecido que a liberdade de expressão representa uma importante contribuição para o debate público, a consequência é que o grau de proteção a ela conferido nesse âmbito é bem

⁹ Dentre esses países destacam-se a França, Alemanha, Suíça, Bélgica, Espanha, Holanda, Polônia e Reino Unido. O Canadá segue a mesma linha adotada pelos europeus. Naquele país é ilegal a prática do racismo, do antissemitismo ou de ato xenófobos, assim como a difusão dessas ideias. Sobre o assunto, ver MEYER-PFLUG, 2009, p. 149-150. .

maior do que em contextos de disputas privadas ou para proteger interesse econômico (CHEQUER, 2011, p. 124-125).

A proteção dispensada na Alemanha à liberdade de expressão desautoriza sua limitação unicamente pelas características das palavras utilizadas numa discussão pública, já que a difusão de opiniões políticas está na fronteira entre o racional e o emocional e a linha clara entre uma e outra não pode ser extraída sem inibir a robusta e fecunda expressão de diversos aspectos políticos.

É que se convencionou chamar de “contra-ataque teórico da expressão”, padrão definido no julgamento do caso *Schmid-Spiegel*¹⁰, de 1961, por meio do qual uma pessoa tem o direito de empregar uma linguagem abusiva, sobretudo na arena política, para defender seus interesses contra críticas amargas e enganosas, caso esse tipo de linguagem seja necessária para compensar o ataque sofrido.

Embora a proteção da liberdade de expressão possua relevância no âmbito do Tribunal Constitucional Federal, o ordenamento jurídico alemão proíbe discursos de conteúdo, como nos casos da negação da existência do Holocausto, sujeitando o infrator à pena de prisão que varia de três meses a cinco anos, assim como quem auxilia na divulgação dessas ideias, incorrendo em pena restritiva de liberdade de até três anos. O Tribunal Constitucional nunca reformou decisões de cortes inferiores que condenaram pessoas pela prática do discurso do ódio (MEYER-PFLUG, 2009, p. 178-180).

Na França, por sua vez, embora seja unânime o posicionamento acerca da imprescindibilidade da atuação do Estado na promoção da comunicação e do pluralismo, a proteção à liberdade de expressão é menor do que nos Estados Unidos e mesmo em outras nações europeias, dando privilégio aos valores que normalmente com ela conflitam.

As decisões do Conselho Constitucional adotam a teoria de que a liberdade de expressão é direito preponderantemente de índole coletiva, isto é, o titular do direito é o público e é com seus interesses

¹⁰ Em aparecimento público na cidade de Stuttgart, um juiz da alta corte estadual chamado Schmit, disse que 95% da imprensa na Alemanha era controlada por empregadores hostis para negociar com sindicatos trabalhistas. Em reação, a revista *Der Spiegel* acusou o juiz de ser simpatizante comunista. Na réplica publicada num jornal diário, o juiz redarguiu dizendo que a revista mentia sobre ele e comparou a opinião do *Der Spiegel* a uma pornografia no campo moral. O Tribunal Constitucional entendeu que o caso deveria ser analisado não apenas com base na honra e na imagem do ofendido, mas tendo em conta as circunstâncias políticas que cercaram a discussão. Sobre o tema, ver CHEQUER, 2011, p. 127-128.

que os poderes constituídos franceses demonstram preocupação com a tutela, e não com o emissor da mensagem, justificando a primazia dos direitos à honra e à privacidade em face das liberdades comunicativas (SARMENTO, 2006, p. 280).

Partindo dessa premissa restritiva, o parlamento francês promulgou a Lei 90-615, de 13 de julho de 1990, conhecida como *Lei Gayssot*, que criminaliza o revisionismo histórico, que prega a negação do Holocausto, por ser fonte de antissemitismo e racismo (MEYER-PFLUG, 2009, p. 153).

Na Espanha, o Tribunal Constitucional entende a liberdade de expressão como fundamental em uma sociedade aberta, que necessita do debate livre para a realização da democracia. No entanto, não comunga com a posição de que a liberdade de expressão detém caráter absoluto, pois os casos conflituosos são decididos com base na ponderação de interesses (ECHAVARRÍA, 1992, p. 243).

O Tribunal Constitucional enxerga uma dupla distinção na liberdade de expressão: em primeiro lugar, a liberdade de expressão é vista em sentido amplo, como o direito de todo cidadão de emitir livremente ideias e opiniões e de transmitir atos e notícias; em segundo lugar, distingue-se entre as expressões de interesse público e as de natureza privada.

A distinção é importante porque a jurisprudência do Tribunal confere maior amplitude de proteção à liberdade de expressão nos assuntos de interesse público frente às exigências de tutela dos direitos da intimidade, sendo, ademais, critério decisivo na adequada ponderação de interesses (ECHEVARRÍA, 1992, p. 244-245).

Com relação ao discurso do ódio, existe na Espanha uma tendência a censurar essa conduta por meio de sua criminalização da manifestação antissemita, racista ou a que visa a negar a ocorrência do genocídio, sendo os casos Violeta Friedman¹¹ e Hitler SS¹² exemplos de limitação à liberdade de expressão (MEYER-PFLUG, 2009, p. 163-169).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos caracteriza a liberdade de expressão como fundamental para a promoção da democracia e estabelece ser condição para o progresso e desenvolvimento da sociedade e de cada um de seus integrantes, demonstrando uma preferência pela liberdade de expressão apenas quando estiver relacionada com assuntos públicos, de interesse geral ou político.

¹¹ STC 214/1991.

¹² STC 176/1995.

No entanto, como assinala Chequer (2011, p. 132)¹³, nem todas as questões de interesse público gozam da mesma proteção na jurisprudência do Tribunal. Com efeito, os limites da crítica são mais amplos se relacionados ao governo do que a um particular ou mesmo a um político. Existem decisões que limitam fortemente crítica dirigida contra a atuação do Poder Judiciário nacional. Assim, no âmbito do Tribunal Europeu, a extensão da liberdade de expressão depende dos interesses em conflito em determinado caso concreto.

Ademais, a jurisprudência da Corte admite que os países adotem medidas restritivas para a liberdade de expressão. Entretanto, tais medidas devem respeitar os critérios da legalidade da imposição restritiva, a existência de um objetivo legítimo para fundamentar a limitação e a necessidade de preservação de uma sociedade democrática.

Meyer-Pflug (2009, p. 187-188) chama atenção para o fato de que, ao se prever o critério da preservação da sociedade democrática para a restrição da livre expressão, abre-se um amplo campo discricionário para o juiz europeu na conformação do exato conteúdo desse conceito em cada caso concreto. Isso implica na existência de uma “jurisprudência flutuante” no Tribunal Europeu, que ora adota um modelo semelhante ao observado na Suprema Corte dos Estados Unidos de conferir forte proteção à liberdade de expressão, ora privilegia direitos da personalidade em detrimento da propagação de opiniões.

Embora restrições à liberdade de expressão sejam incontestes diante do regramento constitucional, é certo que limitações baseadas na valoração do mérito ou na qualidade ética do discurso são inadmissíveis no Estado Constitucional. O parâmetro de correção das restrições deve ocorrer por uma medição democrática da ponderação do impacto causado a outros direitos ou bens dignos de proteção constitucional, desde que os danos sejam intersubjetivamente comprovados.

O direito fundamental em causa deve proteger não apenas mensagens comunicativas com conteúdo político ou de interesse social, mas todo discurso relativo aos mais diversos domínios e temas da vida social e econômica. Tal postura evita que haja uma espécie de hierarquização das modalidades de discurso amparado constitucionalmente, no qual outros são relegados a um patamar inferior de proteção jurídica.

Nesse sentido, Machado leciona que:

¹³ Sobre o tema, citem-se os casos Barford, de 22 de fevereiro de 1989, e Worm, de 29 de agosto de 1997. .

[...] uma leitura aberta e multifuncional do direito à liberdade de expressão reveste-se de importantes consequências práticas. Ela prescinde da análise das motivações mais ou menos egoístas ou altruístas dos sujeitos em presença ou dos objectivos espirituais ou materiais da comunicação, como pressuposto da aplicabilidade do seu programa normativo, sendo certo que tanto as primeiras como os segundos podem apresentar uma configuração complexa. [...] ela obriga a que as restrições aos diferentes tipos de expressão venham associadas a uma cuidadosa verificação do modo como os mesmos interferem com direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, não basta mobilizar categorias genéricas como “obscenidade”, “blasfêmia” ou “pornografia” para retirar um determinado conteúdo expressivo do âmbito de protecção do direito à liberdade de expressão, nem alegar, em termos arbitrários e impressionistas, que os mesmos não têm qualquer “redeeming social value”. [...] As diferenças de tratamento a conferir a cada um deles [discurso] devem resultar *a posteriori* da ponderação proporcional dos mesmos com os diferentes direitos e interesses com que os mesmos possam eventualmente colidir (MACHADO, 2002, p. 423-424).

É possível afirmar, entretanto, que a dimensão objetiva da liberdade de expressão, tal como originariamente sustentada pela Corte alemã, não é suficiente para proporcionar uma efetiva protecção ao direito fundamental.

Isso porque, se é correto que a vertente objetiva reconhece a importância coletiva de determinado direito, por outro lado, coaduna-se com uma restrição completa comprometedora do conteúdo essencial do direito no caso concreto, sem que o todo social corra semelhante risco.

2 O MODELO PREDOMINANTE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise do posicionamento adotado pelo STF quanto ao papel do Estado na promoção das liberdades de expressão e de imprensa envolverá o escrutínio dos seguintes julgados: HC 82.424/RS, a ADPF 130/DF e ADI 4274/DF. A escolha se justifica porque o tema da intervenção do poder público no conteúdo da mensagem a fim de punir o emissor foi fator determinante na resolução das controvérsias.

O primeiro precedente estudado é significativo quanto a essa questão. É possível dizer que a maioria que compôs a Corte no HC 82.424/

RS (Caso Ellwanger) abonou a postura da forte intromissão estatal no conteúdo da mensagem.

No caso em apreço, um editor foi processado e condenado criminalmente por editar e publicar livros que pregavam o revisionismo histórico e negavam a existência do Holocausto. O paciente impetrou o *habeas corpus* para trancar a ação penal sob o argumento de que a condenação violava o direito à liberdade de expressão.

Para o ministro Maurício Corrêa, que abriu a divergência e conduziu o Tribunal para o resultado final, é ilegal professar ideias e opiniões classificadas de discriminatórias e que afrontam a dignidade de grupos sociais específicos, no caso em apreço a teoria revisionista contra o povo judeu.

O ministro é explícito ao afirmar que:

a exegese constitucional [...] justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam ideias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio (BRASIL, 2004, p. 586).

Com poucas variações de argumentação, os magistrados que não concederam a ordem de *habeas corpus* abraçaram a tese de que há necessidade de coibir determinados tipos de discursos e ideias com o fim de evitar sua propagação para outros círculos sociais.

O ministro Cezar Peluso foi enfático ao afirmar que a edição de livros com reiteração nazista é crime porque importaria no induzimento ao cometimento de racismo (BRASIL, 2004, p. 460), no que foi secundado pelo ministro Carlos Velloso, para quem a edição de livros hostis aos judeus implica em conduta criminosa (BRASIL, 2004, p. 687).

Em sentido semelhante seguiram os ministros Celso de Mello (op. cit., p. 632), Gilmar Mendes (op. cit., p. 657), Nelson Jobim (op. cit., p. 691), Ellen Gracie (op. cit., p. 750) e Sepúlveda Pertence (op. cit., p. 1009).

A tese minoritária neste julgamento foi formada pelos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio. Para eles é inadmissível a intromissão no conteúdo da mensagem para punir o emissor, ainda mais quando se trata de repressão de natureza penal.

O ministro Carlos Britto aduziu que a Constituição Federal estabeleceu um tripé comportamental de excludentes da abusividade da

liberdade da palavra: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política (op. cit., p. 811).

O ministro entendeu que o paciente agiu dentro das excludentes da abusividade. Para ele o acusado tentou produzir uma obra objetivamente convincente sobre os rumos da Segunda Guerra Mundial, por meio da análise de farto material de pesquisa, como documentos históricos, fotos, livros, revistas, jornais, entre outros.

Em síntese, o julgador concluiu que o valor constitucional do pluralismo político e a proibição da perda de direitos por motivos de convicção política ou filosófica impedem a criminalização do exercício de uma ideologia, assumida esta o matiz que for (op. cit., p. 841).

O ministro Marco Aurélio (op. cit., p. 882-888), igualmente, asseverou que as ideias odiosas devem estar a salvo das restrições de conteúdo, posto que a limitação somente é válida com relação a forma da expressão. A restrição da liberdade de expressão não pode pautar-se por simples alegação de discriminação sem respaldo empírico, pois do contrário haveria margem para puro decisionismo e arbitrariedade do Poder Judiciário.

Não obstante os posicionamentos minoritários dos ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, a Corte negou a ordem de *habeas corpus* e manteve a condenação do paciente.

O tema da constitucionalidade da interferência do conteúdo da mensagem foi objeto de intenso debate no julgamento da ADPF 130/DF, hipótese na qual o STF entendeu que a lei de imprensa não tinha sido recepcionada pela Constituição Federal.

A relação umbilical que a imprensa possui com a democracia traz como consequência, na visão do ministro relator Carlos Britto, o fato de a liberdade de expressão proteger qualquer tipo de palavra, até mesmo aquelas que chocam e ofendem uns e outros (“quem quer que seja pode dizer o que quer que seja”) (BRASIL, 2009, p. 51).

Para o ministro Carlos Britto, os direitos dos incisos IV e IX do artigo 5º são tidos como sobredireitos (superiores direitos) que se exercidos pela imprensa recebem sobretutela da Constituição Federal no capítulo “Da Comunicação Social”. Assim, o ministro enxerga um “núcleo duro” da liberdade de imprensa que está imune à atividade regulatória legislativa.

Esse “núcleo duro” é formado basicamente pelas coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação *lato*

sensu quando veiculada por órgão de comunicação social, sendo que apenas questões laterais podem ser regulamentadas.

Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de “núcleo duro” ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção. [...] Um segundo desdobramento hermenêutico ainda se desprende dessa mesma interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística: a de que, no tema, há uma necessária linha direta entre a Imprensa e a sociedade civil. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, não pode passar pela mediação do Estado. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do Estado-ponte em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário. (BRASIL, 2009, p. 55-56).

A visão de que há um conjunto de atividades fora do alcance do legislador dividiu as opiniões do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130/DF. O ministro Ricardo Lewandowski (op. cit., p. 103), por exemplo, mostrou-se contrário à regulação legislativa dos temas do direito de resposta e da indenização por danos materiais e morais diante do universo amplo que a comunicação possui, ao passo que o ministro Joaquim Barbosa (op. cit., p. 110) admitiu a regulamentação na matéria por entender que o Estado nem sempre é inimigo da liberdade de expressão, principalmente nos casos em que grupos minoritários estigmatizados não têm acesso ao ambiente público de debate, no que foi seguido pelos ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carmen Lúcia.

O ministro Celso de Mello mencionou que é contrário a interferência do Estado no conteúdo da mensagem emitida, pois o direito de

imprensa seria constituído pelo direito de informar, de buscar informação, de opinar e o direito de criticar.

Contudo, no já citado “Caso Ellwanger”, o ministro criminalizou as condutas da publicação e edição de livros com ideias discriminatórias, promovendo uma verdadeira afetação no cerne da opinião do escritor.

A argumentação vacilante do ministro Celso de Mello permite concluir, embora de forma precária já que falta clareza nas suas intervenções, que a difusão de uma ideia e de notícia recebe proteção constitucional ampla se veiculadas pelos órgãos de comunicação social.

Em sentido contrário, na hipótese de a manifestação partir de qualquer cidadão, por intermédio da internet ou não, a tolerância para o conteúdo do que exposto ao público seria menor, sujeitando o agente emissor à responsabilização.

A postura assumida pelas autoridades públicas com relação ao conteúdo da expressão ganhou especial atenção nas discussões na ADI 4274/DF, relacionada com a constitucionalidade da realização da denominada “Marcha da Maconha” (BRASIL, 2012).

Para o Tribunal, o direito de reunião é qualificado como instrumental à liberdade de expressão, pois propicia a troca de ideias e a superveniência de debates públicos sobre temas de interesse coletivo.

Como consequência, o Estado não pode imiscuir-se no conteúdo e no tipo da deliberação pública e deve viabilizar a ocorrência da reunião. O Estado não pode embaraçar o direito de reunião e de expressão apoiando-se em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento, ou ainda, invocando restrições fundadas em mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade.

As minorias podem desfrutar desse direito fundamental, sendo irrelevantes quaisquer resistências que a coletividade venha a opor às opiniões veiculadas, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

O STF chegou a afirmar que a Constituição Federal revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento, não podendo o Estado impedir sua difusão (BRASIL, 2012).

É possível concluir que há forte divergência no STF quanto ao papel a ser desempenhado pelo Estado na tarefa de promover a liberdade de expressão e de imprensa.

Mesmo aqueles ministros que promoveram uma estreita ligação entre o direito à liberdade de expressão e o regime democrático em certa medida parecem aceitar a constitucionalidade de responsabilização civil ou penal do emissor, a depender do conteúdo do discurso por difundido, a exemplo do que se viu no “Caso Ellwanger” e na discussão na ADI 4.274/DF.

Isto é, o conteúdo da matéria levada a conhecimento público é determinante para uma atitude interventiva dos órgãos estatais, podendo levar o agente a ser penalizado pela transmissão da informação.

3 CONCLUSÃO

O estudo procurou analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao papel desempenhado pelo Estado na promoção das liberdades comunicativas.

Partindo do pressuposto que a liberdade de expressão e de imprensa são valores fundamentais numa sociedade democrática, analisaram-se dois modelos, em certo sentido antagônicos, que, um deles privilegia uma postura omissiva dos agentes estatais e rechaçam qualquer espécie de punição do emissor da mensagem (modelo americano) e outro que admite maior intromissão do Estado a ponto de punir civil ou criminalmente o responsável por veicular determinada opinião pública (modelo europeu).

O artigo averiguou a integralidade dos votos de cada um dos ministros que participaram do julgamento dos processos HC 82.424/RS, ADPF 130/DF e ADI 4.274/DF, uma vez que a possibilidade de penalização do agente emissor da mensagem foi amplamente discutida e os casos frequentemente servirem como precedentes em processos futuros.

No âmbito da restrição do conteúdo da mensagem divulgada, concluiu-se que a Corte mantém uma leve tendência a seguir o que denominamos “modelo europeu” de promoção da liberdade de expressão, que aceita como legítima a responsabilização do emissor da palavra em razão do conteúdo divulgado, embora de forma excepcional.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.274 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto.** DJU 02.05.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto.** DJU 06.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Rel. originário min. Moreira Alves. Rel. para o acórdão min. Maurício Corrêa.** DJU 19.03.2004.

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

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

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

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

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

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

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

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

Rodvalho, Thiago. Abusos devem ser coibidos, mas WhatsApp deve respeitar Justiça brasileira. **Consultor Jurídico**, 13 nov., 2016. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2016-nov-13/thiago-rodvalho-whatsapp-respeitar-justica-leis-brasileiras>]. Acesso em: 27 jul.17.

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