

FAMIG – FACULDADE MINAS GERAIS
ANDERSON CECÍLIO RIBEIRO RAMOS

DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO: a relativização do
direito de liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal

Belo Horizonte

2021

ANDERSON CECÍLIO RIBEIRO RAMOS

DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO: a relativização do direito de liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Jaqueline Ribeiro Cardoso

Belo Horizonte

2021

ANDERSON CECÍLIO RIBEIRO RAMOS

DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO: a relativização do direito de liberdade de expressão pelo Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Jaqueline Ribeiro Cardoso
Orientador (Instituição de Origem)

Prof. (Nome do Professor)
Orientador (Instituição de Origem)

Prof. (Nome do Professor)
Orientador (Instituição de Origem)

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2021

RESUMO

O direito de liberdade de expressão e do pensamento é tema que desperta variadas discussões, em função da sua importância dentro do Estado Democrático de Direito, posto que é considerado ferramenta essencial do homem face a atuação do Estado. Referido direito tem previsão constitucional no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, porém, como se sabe nenhum direito é absoluto. Nesse contexto, dada a importância e destaque da liberdade de expressão e pensamento, o presente estudo buscou por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, analisar se quando em conflito com outros direitos também previsto no rol constitucional, há a possibilidade de tal direito fundamental do cidadão ser relativizado pelo Supremo Tribunal Federal. Constatou-se que os conflitos entre direitos fundamentais é situação recorrente posta sob apreciação do poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal. De tal forma, observou-se que o citado tribunal pode relativizar o direito de liberdade de expressão, mediante a valoração dos direitos em conflito tendo como baliza a razoabilidade e proporcionalidade, conferindo efetividade aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, permitindo ao cidadão a autonomia necessária para se desenvolver no meio social de forma livre e democrática.

Palavras-chave: Direito de liberdade de expressão e do pensamento. Relativização. Supremo Tribunal Federal. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

ABSTRACT

The right to freedom of expression and thought is a topic that arouses several discussions, due to its importance within the Democratic Rule of Law. Thus, that right finds its greatest foundation in the principle of human dignity, since it is considered an essential tool of man in the face of the State's actions. Therefore, the right to freedom of expression has a constitutional provision in the list of fundamental rights of the Federal Constitution of 1988. Therefore, this study sought, through a bibliographical and documentary research, to study the Federal Constitution of 1988, especially article 5 in the with respect to fundamental rights and their applicability in the legal system, as well as to identify the possibility of the right to freedom of expression to be relativized by the Supreme Court. It also sought to verify which mechanism is used to weigh the fundamental rights in conflict, and finally to verify whether the relativization of said right constitutes a violation of human dignity. It was found that the Supreme Court can relativize the right to freedom of expression, by valuing conflicting rights for reasonableness and proportionality, making fundamental rights effective and, consequently, giving the citizen the autonomy to develop in the social environment of free and democratic form.

Keywords: Right to freedom of expression and thought. Relativization. Federal Court of Justice. Principles of reasonableness and proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	9
1.1 Direitos fundamentais, conceito e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro	9
1.2 Confrontos entre direitos fundamentais: Os direitos fundamentais têm limites?	11
1.3 A inviolabilidade conferida pelo art. 60, §4, IV da CFRB/88 aos direitos fundamentais	15
CAPÍTULO 2: DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO ..	18
2.1 Direito de liberdade de expressão: Conceito e evolução histórica	18
2.2 Direito de liberdade de expressão, garantia fundamental na Constituição Federal de 1988	21
2.3 O direito de liberdade de expressão sob o prisma da dignidade humana	24
CAPÍTULO 3: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO	27
3.1 Poder judiciário: Supremo Tribunal Federal na Constituição Federal de 1988	27
3.2 Competências do Supremo Tribunal Federal pelo art. 102 e 103-A da CRFB/88	29
3.3 O princípio da proporcionalidade e razoabilidade como baliza na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na análise de conflitos entre direitos fundamentais	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar o direito à liberdade de expressão e pensamento, em especial se tal direito fundamental do cidadão, inserto na Constituição Federal pode ser restringido ainda que pelo Supremo Tribunal Federal, quando chamado a se pronunciar.

A liberdade de expressão compõe o rol dos direitos fundamentais expressos na Constituição do Brasil e está diretamente ligado à concretização do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, posto que, de uma só vez garante ao indivíduo a expressão ou não de seus pensamentos, ideologias e crenças e possibilita o desenvolvimento da democracia.

Por sua vez, tem especial proteção na medida que atribui poder de fala ao indivíduo, dando-lhe condição de expressar suas vontades e de posicionar-se frente a fatos correlatos à sua vivência e aos seus interesses, sendo, portanto, instrumento eficaz na garantia dos demais direitos fundamentais ao assegurar a manifestação de pensamento e a participação nos debates de seu interesse.

De tal modo, o presente estudo tem como tema problema a possibilidade do direito fundamental de liberdade de expressão e do pensamento ser relativizado pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de conflito entre o referido direito com outros direitos fundamentais. Tem por objetivo específico verificar se o Supremo Tribunal Federal relativiza o direito de liberdade de expressão em suas decisões diante de eventual conflito entre direitos fundamentais.

Neste aspecto, é importante destacar a relevância do presente estudo, eis que o cenário político atual no Brasil apresenta o direito à liberdade de expressão no auge dos debates nas mídias sociais, sobretudo pela possibilidade do referido direito ser relativizado para ceder espaço a outro direito fundamental que, no caso concreto, sofrerá maior dano. Ademais, o estudo poderá contribuir para este debate no sentido de demonstrar que os direitos fundamentais, embora comportem valores intrínsecos à pessoa humana, não são absolutos.

Em observância ao propósito supra, utilizou-se de uma pesquisa de cunho exploratório, no intuito de conhecer mais acerca do tema e sua abrangência, e, portanto, foi realizado uma pesquisa do tipo bibliográfica, haja vista ter utilizado doutrinas, artigos, assim como jurisprudência dos tribunais superiores, sendo utilizado como marco teórico o direito fundamental da liberdade de expressão e do pensamento.

Portanto, para a consecução do estudo, o presente trabalho foi sistematizado em três capítulos que separadamente abordará um aspecto da pesquisa. Assim, no Capítulo I, será apresentado o conceito e surgimento dos direitos fundamentais, como também a sua aplicabilidade, a fim de conhecer de forma mais aprofundada acerca destes direitos sob a ótica da doutrina e da Constituição Federal de 1988.

Em continuidade, será abordado os confrontos entre direitos fundamentais conforme entendimento doutrinário acerca da questão, uma vez que, embora fundamentais, tais direitos não são absolutos. Será demonstrado neste capítulo ainda, a inviolabilidade do direito de liberdade de expressão conferida pelas cláusulas pétreas.

Posteriormente, no Capítulo II, descreve o direito fundamental à liberdade de expressão, com uma abordagem do contexto histórico, considerando a sua interação com os demais direitos fundamentais e a sua instituição no corpo da Constituição Federal de 1988, mormente coexistir com outros direitos de mesmo cunho fundamental e ainda demonstra a sua amplitude na órbita jurídica. Aborda ainda o direito à liberdade de expressão sob a ótica do princípio da dignidade humana, eis que este é o fundamento maior de cada direito fundamental, pois ampara e justifica toda a proteção concedida ao cidadão.

Por fim, no Capítulo III, o estudo aborda, em princípio, o poder judiciário como poder com atribuição de análise e apreciação dos casos de violação dos direitos fundamentais, em especial o Supremo Tribunal Federal. No Capítulo III, verificou-se a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão no âmbito das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, conquanto aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como equalizadores face aos conflitos entre direitos fundamentais.

Portanto, observou-se que o direito de liberdade de expressão pode ser relativizado pelo Supremo Tribunal Federal para dar vez ao exercício de outro direito fundamental como medida de justiça e manutenção da harmonia entre os direitos fundamentais.

CAPÍTULO I

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 Direitos fundamentais, conceito e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Os direitos fundamentais têm por natureza um aspecto de protecionismo, posto que representam ferramentas de afirmação da dignidade da pessoa humana. Em razão disto, são de extrema importância no Estado Democrático de Direito.

Na atual Constituição brasileira, os direitos e garantias fundamentais estão previstos, especialmente, no Título II, cujo rol inicia-se no artigo 5º da Carta retro mencionada, fazendo parte do rol de cláusulas pétreas, art.60, que compõe o chamado núcleo intangível da Constituição.

Urge destacar que os direitos fundamentais surgiram de um processo gradativo, numa resposta aos anseios da sociedade tanto em face do Estado, quanto contra o próprio homem. Significa dizer que os direitos fundamentais são ferramentas que possibilitam à sociedade invocá-los contra o estado assim como contra outro indivíduo.

Destarte, como se demonstrará adiante, os direitos fundamentais tiveram um trajeto longo e lento, segundo a qual cada período da história refletiu um grau de influência no meio social de modo que, conforme o período da história, os direitos em comento receberam nomenclaturas diversas, quais sejam, “direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem” (SILVA, 2011, p. 175).

Nesta ordem de ideias, Paulo e Alexandrino (2010, p. 93) afirmam que os direitos fundamentais surgiram como forma de limitação da atuação do Estado, nascem com a finalidade de reduzir o poder do Estado frente às liberdades do indivíduo sob sua tutela, e salientam que “por exigirem uma abstenção, um *não fazer* do Estado em respeito à liberdade individual- são denominados *direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa*” (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 94).

Na mesma vertente, Bonavides (2002, p. 515) citando entendimento de Carl Schmitt, conclui que tais direitos são “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”.

Entretanto, este entendimento é contraposto por Canotilho (1997) que explica que os direitos fundamentais e direitos do homem possuem sentidos diversos. Segundo este autor, os direitos fundamentais são direitos já reconhecidos, positivados, normatizados, ao passo que os direitos dos homens são direitos que concernem à condição humana, ínsitos ao homem.

Dado a extrema importância dos direitos fundamentais, estes possuem características que lhe são próprias, a saber:

Os direitos fundamentais têm como características: a) inerência: são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir, o que não exclui a sua constante mutação, acompanhando e interferindo na evolução social e no processo histórico; b) historicidade: derivam de longa duração e participam de contextos históricos; c) universalidade: ultrapassam dos limites territoriais de lugar específico, para beneficiar a todos os indivíduos, independentemente de raça, credo, sexo, cor, filiação, dentre outros fatores; d) irrenunciabilidade: esses direitos podem deixar de ser exercidos, mas não renunciados; e) inalienabilidade: não podem ser objeto de alienação ou comercialização, pois são indisponíveis; f) imprescritibilidade: não prescrevem, porquanto não têm cunho patrimonial; g) relatividade: inexistente direito absoluto, havendo, no entanto, quem entenda que a dignidade da pessoa humana tem caráter absoluto; h) indivisibilidade e interdependência: pela indivisibilidade, entende-se que a realização dos direitos civis e políticos, sem gozo dos direitos econômicos, sociais e de solidariedade, torna-se impossível; portanto, só há falar em direitos fundamentais se todos eles estiverem sendo respeitados, pelo caráter conjunto deles. A interdependência significa que, considerados em espécie, determinado direito fundamental não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos (CARVALHO, 2009, p. 965).

Em função destas características, Mendes e Branco (2011) ainda ressaltam que os direitos fundamentais são constitucionais, eis que inseridos no texto da Constituição; vinculam os poderes públicos, isto é, legislativo, executivo e judiciário, devendo referidos poderes guardarem estrito cumprimento das exigências e limites por eles impostos; possuem aplicabilidade imediata conferida pelo art. 5º da atual constituição.

A esse respeito, Moraes complementa:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja *eficácia* e *aplicabilidade* dependem muito do seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais (MORAES, 2001, p.35).

Melo (2011, p. 453) corroborando com as afirmações acima mencionadas explica que “os direitos individuais são de cumprimento imediato pelo simples fato de o destinatário ou titular estar na situação prevista em que merece determinada proteção dos poderes do Estado”. Da mesma sorte, Mendes e Branco (2011, p. 671) também entendem que “a ideia de

que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”.

Com efeito, Ferreira Filho (2010, p. 340) esclarece que a aplicabilidade imediata se dá com a finalidade “de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade”.

Alexy (1999 *apud* CARELLI, 2003, p. 256) destaca um importante aspecto ao afirmar que os “direitos do homem insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto, que exista um Estado que concretize tais direitos”.

É indubitável que os direitos fundamentais guardam a essencialidade de uma sobrevivência digna, de uma sociedade harmônica. Formam um conjunto de direitos que permitem o equilíbrio entre Estado e cidadãos.

1.2. Confrontos entre direitos fundamentais: Os direitos fundamentais têm limites?

Como já demonstrado, os direitos fundamentais são importantes ferramentas de limitação da atuação do Estado face o cidadão, bem como instrumento de defesa dos indivíduos entre seus pares. Todavia, é possível afirmar que citados direitos sejam limitados ou ainda, que ocorra a de colisão entre direitos fundamentais, porquanto embora possam coexistir, devem ser analisados e ponderados conforme o caso concreto.

Ao explicar acerca de conflitos ou colisão entre direitos fundamentais, Mendes (2012, p. 84) esclarece que “a colisão pode decorrer, igualmente de conflito de direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade”.

Neste contexto, Marmelstein aduz que

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em *rota de colisão* (MARMELSTEIN, 2008, p.365).

Conforme doutrina de Mendes e Branco (2017, p. 166), o conflito entre direitos fundamentais têm suscitado a “busca pela compreensão do conteúdo e dos lindes dos diferentes direitos fundamentais”. Segundo esses autores,

a doutrina tem sido convidada a classificar as normas jurídicas em dois grandes grupos (o dos princípios e o das regras). As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo

gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. No âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes. Os princípios “ são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflito entre regras. No conflito entre princípios, deve -se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro. (MENDES, BRANCO, 2017, p. 166).

Noutro aspecto, no que tange aos direitos fundamentais, Nunes Júnior (2018) preceitua que estes direitos possuem limites imanentes internos e externos. Os limites internos se verificam quando a própria constituição estabelece, sendo imposto por outro direito fundamental e ponderado no caso concreto. Implica então em limites afetos ao direito propriamente dito.

Em contrapartida, o mesmo autor explica que os limites externos estão ligados à restrição dos direitos fundamentais por outros direitos constitucionais ou por leis infraconstitucionais. (NUNES JÚNIOR, 2018).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero explicam detalhadamente acerca dos limites dos direitos fundamentais de modo que, faz-se necessário a transcrição literal acerca do assunto, a saber:

Segundo a “teoria interna”, um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já “nasce” com os seus limites. Neste sentido, fala-se na existência de “limites imanentes”, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente a estes direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. Assim, correta a afirmação de que, para a teoria interna, o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele. Por outro lado, a ausência, por parte da teoria interna, de separação entre o âmbito de proteção e os limites dos direitos fundamentais permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção destes direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade. A “teoria externa”, por sua vez,

distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas, daí a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito. Recorrendo novamente à didática formulação de Virgílio Afonso da Silva, “ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições”. Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Tal distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos. Em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social (SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2017, p. 470-471).

Conforme doutrina de Mendes (2012, p. 33) para entender a limitação dos direitos fundamentais, é necessário ter em vista a estrutura dogmática desses direitos, pois “o exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos”. Neste ponto, enfatiza a importância de estabelecer o núcleo de proteção, assim como estabelecer o alcance e restrições desses direitos.

Ainda, esclarece que

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (*v.g.*, reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais de proteção ou de defesa cuida-se como normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outras. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental (MENDES, 2012, p. 33)

Em suma, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 469) afirmam que “direitos fundamentais são – de regra – direitos submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos”.

A prática jurídica demonstra que os direitos fundamentais analisados no caso concreto, impõe aos aplicadores do direito uma dinâmica entre a razoabilidade e proporcionalidade, conforme se depreende nas decisões dos tribunais a seguir:

TRT 17 AGRAVO DE PETIÇÃO AP 00659005619995170004-PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. I- Havendo colisão de direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional orienta a adoção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a se estabelecer o menor sacrifício a ambos direitos fundamentais. Trata-se de agravo contra decisão por meio da qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PUBLICAÇÃO DE VÍDEO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. INFORMAÇÃO. LIMITAÇÃO. OFENSA À HONRA. COLISÃO. PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA. FIGURA PÚBLICA. MOMENTO HISTÓRICO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não há cerceamento de defesa quando os documentos juntados aos autos mostraram-se suficientes para a apreciação da lide, assim como para firmar a livre convicção do julgador. 2. A Constituição Federal garante a todos o direito de liberdade de manifestação de pensamento, vedando apenas o anonimato. Esse direito não pode sofrer qualquer forma de controle ou limitação de divulgação (CF, art. 220, § 2º), salvo se houver violação de normas ou outros direitos constitucionalmente protegidos. 3. Na colisão de direitos fundamentais, após a análise do caso concreto, deve-se resolver o conflito com a aplicação do princípio da concordância prática, também denominado de princípio da ponderação dos valores em jogo. Brasília, 3 de agosto de 2020. (STF - ARE: 1256315 DF 0735522-82.2017.8.07.0001, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 03/08/2020, Data de Publicação: 06/08/2020).

No mesmo sentido,

DIREITO CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO. INTIMIDADE E IMAGEM. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PREVALÊNCIA. CENSURA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. O estabelecimento de censura prévia à liberdade de expressão é medida de extrema exceção, só aplicada quando, no caso concreto, haja a necessidade de sua mitigação em prol de outro direito fundamental, igualmente em risco de ser violado. 2. **Frente à colisão entre direitos fundamentais, intimidade e imagem de um lado e liberdade de expressão do outro, merecem ser prestigiados os direitos que, nas circunstâncias valoradas, ostentem maior interesse público e social.** 3. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF - AGI: 20150020085154, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 17/06/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 29/06/2015.

Acerca dos limites legais dos direitos fundamentais, Mendes (2012, p.36) destaca que “para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como nos termos da lei (art. 5º, VI e XV), nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII)”, dentre outras.

Portanto, havendo conflitos, os direitos fundamentais podem ser ponderados mediante atividade do aplicador do direito na apreciação do caso concreto, como também, pelo

próprio mandamento constitucional nas hipóteses que o texto sujeitar o direito à uma condição ou regulamento pela legislação infraconstitucional.

1.3. A inviolabilidade conferida pelo art. 60, §4, IV da CFRB/88 aos direitos fundamentais

A inviolabilidade dos direitos fundamentais é característica ligada à ideia de limitação do poder do estado de sorte que, todas as pessoas que atuam em nome do poder público devem estrita observância aos ditames de tais direitos.

Com efeito, o art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988 dispõe:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV- Os direitos e garantias individuais.

Neste norte, o artigo 60 da CFRB/88 trata das cláusulas pétreas. Estas cláusulas estão no texto constitucional como mecanismos que resguardam valores que devem ser mantidos inalteráveis justamente pelo conteúdo essencial que carregam. A esse respeito, Mendes e Branco discorrem:

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro (MENDES e BRANCO, 2017, p. 118).

Nunes Júnior (2018, p. 259), por sua vez, contrapõe-se ao entendimento acima mencionado ao explicar que “cláusulas pétreas são as matérias que não podem ser suprimidas da Constituição, embora possam ser alteradas”. Tavares (2012, p. 78) afirma que com as cláusulas pétreas “pretende-se identificar o conjunto dos preceitos integrantes da Constituição que não podem ser objeto de emenda constitucional restritiva”.

Em contrapartida, Moraes (20, p. 297) destaca que as cláusulas pétreas são “verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional e, dentre elas, os chamados direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV)”. De acordo com o mesmo autor “direitos e garantias individuais, portanto, constituem um núcleo intangível da Constituição

Federal, no sentido de preservação da própria identidade da Carta Magna, impedindo sua destruição ou enfraquecimento” (MORAES, 2017, p. 297).

Sarlet, Marinone e Mitidiero explicam que as cláusulas pétreas são limites materiais expressos na Constituição. Segundo esses autores,

Os limites materiais expressos, no sentido daqueles dispositivos e conteúdos que, por decisão expressamente inscrita no texto constitucional originário, não podem ser objeto de supressão pelo poder de reforma correspondem, como já frisado, a uma decisão prévia e vinculante por parte do constituinte, no sentido de demarcar a identidade constitucional, estabelecendo em seu favor uma garantia de permanência, enquanto viger a ordem constitucional. No caso da Constituição Federal, os limites materiais expressos foram enunciados no art. 60, § 4.º, I a IV, quais sejam: (a) a forma federativa de Estado; (b) o voto direto, secreto, universal e periódico; (c) a separação de poderes; (d) os direitos e garantias individuais (SARLET, MARINONE E MITIDIERO, 2017, p. 166).

Observa-se que é quase que unânime as posições doutrinárias acerca das cláusulas pétreas. Isto porque, notadamente a doutrina entende que referidas cláusulas têm o condão de impedir que os conteúdos delimitados pelo texto constitucional sejam alterados ou reduzidos, mormente não se admitir que as matérias tenham de algum modo seu alcance e sentido restringido.

Destarte, Tavares (2012) preceitua que a imutabilidade das cláusulas pétreas é extensiva, de modo que, alcança qualquer norma constitucional que tratar das matérias dispostas no art. 60, §4 da CRBF. Afirma ainda que citado dispositivo constitucional “impede apenas que a reforma seja tendente a abolir, não impedindo o alargamento ou reforço dessas matérias, especialmente dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2012, p. 80).

Com razão, as cláusulas pétreas não têm por finalidade o engessamento da norma constitucional, ao contrário, buscam preservar os valores nelas contidos, sem impor lesões à essencialidade que albergam. Neste aspecto, Masson (2016, p. 126) assevera que “reformulações linguísticas das cláusulas, por exemplo, são cabíveis, já que não alteram em nada a substância daquilo que se procurou preservar com a elevação do tema à condição de cláusula pétrea”.

A propósito, Mendes corrobora as considerações acima apresentadas ao afirmar que

Não se proíbe a destruição pura e simples da Constituição ou de determinados princípios por ela considerados superiores. Veda-se, isto sim, a própria apresentação de proposta *tendente a abolir*, isto é, a mitigar, a atenuar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes e os direitos e garantias fundamentais (MENDES, 2012, p. 792).

Importante destacar que todos os direitos fundamentais previstos no texto constitucional são cláusulas pétreas, ou seja, aqueles arrolados no art. 5º da CRFB, bem como àqueles intitulados direitos sociais.

Nunes Júnior (2018, p. 786) destaca o que o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que “deve-se fazer uma interpretação extensiva, ampliativa, ou generosa das Cláusulas pétreas, a fim de considerar também os direitos sociais como sendo cláusulas insuprimíveis da Constituição”.

Por fim, para finalizar a condição das cláusulas pétreas dentro da constituição, importante ressaltar que, embora citadas cláusulas possuam por característica a imutabilidade do seu conteúdo, elas não possuem superioridade hierárquica face as demais normas constitucionais.

À vista do exposto, pode-se afirmar que as cláusulas pétreas consolidam um verdadeiro mecanismo de continuidade dos preceitos de maior relevância dentro do Estado Democrático de Direito. Tal circunstância, urge salientar, não engessa o sistema dos direitos fundamentais, tão somente inadmite a redução ou modificação que comportar enfraquecimento dos conteúdos por elas protegidos.

CAPÍTULO II

DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO

2.1 Direito à livre expressão: conceito e evolução histórica

Falar em direito sempre remete ao contexto histórico do surgimento do direito positivado em debate. Isto porque os direitos não nascem pura e simplesmente. Os direitos nascem em decorrência da necessidade do homem em ter estruturas normativas positivadas a fim de tornar harmônica a convivência social.

Neste ponto, essencial a lição de Bobbio (2004, p. 6) ao afirmar que

Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inegavelmente o processo técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas diligências.

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Mendes e Branco esclarecem que:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica (MENDES E BRANCO 2011, p. 153).

Todavia, são divergentes as posições doutrinárias acerca do surgimento histórico dos direitos fundamentais, ao que as doutrinas apontam marcos diversos do contexto histórico dos citados direitos.

Segundo Moraes (2006, p. 6) os direitos e garantias fundamentais de 1º geração remontam ao “antigo Egito e Mesopotâmia, onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado”. Carvalho (2009) corrobora com esse entendimento e cita como exemplo o direito à vida, à honra, à propriedade, direitos que já tinham a tutela do Código de Hamurabi, ao que, posteriormente, o cristianismo teve forte influência na afirmação dos direitos fundamentais, haja vista sustentarem a igualdade entre os homens.

Com efeito, o cristianismo é reconhecido como marco do surgimento dos direitos fundamentais, eis que pregava a igualdade entre os homens, sobretudo pelo respeito à dignidade humana.

De tal modo, como já relatado, o contexto histórico dos direitos fundamentais, onde se insere o direito de liberdade de expressão, teve início com a necessidade de limitação do poder do estatal. Na antiguidade, não havia constituição positivada que tratasse de direitos do homem. Havia sim, leis esparsas que traziam disciplina acerca de direitos como honra, posse, propriedade e direito de herança (NUNES JÚNIOR, 2018).

Sarlet, Marinone e Mitidiero (2017, p. 397) afirmam que os direitos fundamentais não surgiram na antiguidade, todavia sustentam que este período “foi o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos humanos (aqui compreendidos como direitos inerentes à condição humana) e posteriormente dos direitos fundamentais”.

Maritain (2005, *apud* Mendes e Branco, 2014, p. 136) destaca que “a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã”. Por fim, os mesmos autores registram que “o cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial” (MENDES e BRANCO, 2014, p. 136).

Corroborando com esse entendimento, Miranda esclarece:

É com o cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir (MIRANDA *apud* CAETANO, 2016, p. 05).

Mendes e Branco complementam:

O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo (MENDES; BRANCO, 2011, p. 154).

Com efeito, na idade média o jusnaturalismo apresentou-se como fator determinante de afirmação dos direitos fundamentais, centrado na ideia de que os direitos naturais justificam o direito positivo, de modo que este último se submete aos preceitos daquele, sobretudo pela crença de que o direito natural é a expressão da vontade divina (NUNES JÚNIOR, 2018).

Neste período, ainda, é possível ressaltar a Magna Carta Libertatum. Conforme Caetano

Esse foi um importante documento que possibilitou, posteriormente, a concepção de vários direitos humanos que outrora não estavam atrelados à boa vontade do monarca. Mas, posteriormente, o “bill” garantiu ao povo direitos como a liberdade de ir e vir, a possibilidade de a população ter acesso à propriedade privada, oportunizando direitos como a herança, à proibição de impostos abusivos e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca (CAETANO, 2016, p. 6),

Acerca da Magna Carta, Tavares (2012, p. 485) explica que embora inicialmente referido documento tenha se apresentado “rigorosamente falando, apenas um pacto concessivo de privilégios, a amplitude das expressões nela forjadas serviu-lhe para consagrar-se, posteriormente, como verdadeira carta de direitos”. Sob este aspecto Nunes Júnior (2018, p. 777) chama atenção para o fato de que os direitos previstos na Magna Carta “eram destinados sobretudo a uma pequena minoria: os barões ingleses revoltosos com os arbítrios do poder público, máxime em se tratando de tributação”.

Nos séculos XVI e XVII, o contratualismo fortalece a concepção de que o Estado está para o homem, de maneira que, os direitos são ínsitos ao homem e preexistentes ao Estado. Esta circunstância lhe confere legitimidade para cobrar do Estado a observância e concretização dos direitos básicos (MENDES e BRANCO, 2014).

Segundo Sarlet, Marinone e Mitidiero (2017) o século XVII foi marcado pelas ideias defendidas por Hugo Grócio, do alemão Samuel Ufendorf, e dos ingleses John Milton e Thomas Hobbes, que entendiam que os direitos naturais não se apartam da figura humana e a vontade do soberano deve estar subjugada aos preceitos dos direitos naturais.

Em prosseguimento, Nunes Júnior (2018) explica que nos séculos XIX e XX o constitucionalismo moderno assentou-se como modelo jurídico sob a influência da França e Estados Unidos, tendo demais nações adotado uma constituição escrita, sobretudo com limitação dos poderes do governo. Após a Segunda Guerra mundial, surge o neoconstitucionalismo que não apenas manteve os direitos alcançados pelo constitucionalismo, mas aprimorou com o estabelecimento de novos paradigmas.

Por fim, para sintetizar o surgimento dos direitos fundamentais, Stern citado por Sarlet, Marinone e Mitidiero (2017, p. 396) destaca 03 momentos da afirmação dos direitos fundamentais, a saber:

a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais surgiram gradativamente. São fruto de um processo lento, inicialmente reconhecidos a uma minoria privilegiada. Entretanto, aos poucos se fortaleceram e passaram a ser identificados como direitos ínsitos ao homem, cabendo ao Estado não apenas garanti-los, mas também estrita observância. Portanto, os direitos, especialmente os fundamentais, nascem para permitir que a humanidade prossiga em evolução e possa se consolidar dentro de padrões de harmonia e paz social.

2.2. Direito à livre expressão, garantia fundamental da Constituição Federal de 1988

Discorrer sobre liberdade não é tarefa fácil, haja vista que a mera acepção da palavra não alcança seu real sentido, sobretudo quando se discorre sobre a liberdade dentro do universo jurídico. Nesta ordem de ideias, Mendes e Branco (2014, p. 263) explicam com propriedade que “as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca de autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades”.

Com efeito, no que diz respeito à liberdade Silva (2005, p. 232) assevera que “a história mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”.

Neste norte, Mendes e Branco (2014, p. 263) complementam a ideia acima ao explicar que “compreender os fundamentos que se designam como justificativa para a proteção da liberdade de expressão é útil quando se enfrentam problemas relacionados com o âmbito normativo desse direito básico”.

No aspecto jurídico, Tavares explica:

Liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos e que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero *liberdade de expressão* podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão (TAVARES, 2012, p. 626).

Na Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade de expressão está previsto no extenso rol do art. 5º, *in verbis*:

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, nos termos seguintes:

(...)

IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (BRASIL, 1988).

Pelo dispositivo constitucional acima transcrito já se observa a importância do direito de liberdade em linhas gerais, mormente determinar, desde já, a inviolabilidade do direito, assim como a sua extensão a brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Neste aspecto, a lição de Sarlet, Marinone e Mitidiero traçam com clareza o disposto no art. 5º supramencionado, conforme a seguir:

Assim, verifica-se que o destaque outorgado à liberdade e aos demais direitos tidos como “invioláveis” no art. 5.º, *caput*, da CF traduz uma aproximação vidente com o espírito que orientou, já no seu nascedouro, as primeiras declarações de direitos, bem como reproduz o catálogo de direitos da pessoa humana difundidos pela literatura política e filosófica de matriz liberal. A Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma Constituição da liberdade (SARLET, MARINONE e MITIDIERO, 2017, p.616).

De tal maneira, necessário repetir que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 expressa o direito à liberdade de modo geral e em outros dispositivos traz expressamente a liberdade de expressão, a exemplo do inciso IV do art. 5º que determina ser livre a manifestação do pensamento, sendo livre o anonimato (BRASIL, 1988).

Mais adiante, o inciso XIV do art. 5º dispõe que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Por sua vez, no art. 220, determina que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988).

Ainda, os parágrafos 1º e 2º do art. 220 da Constituição Federal aumentam a proteção conferida ao direito de liberdade, conforme disposição a seguir:

§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, 1988).

A esse respeito, Sarlet, Marinone e Mitidiero (2017, p. 617) asseveram que “o direito geral de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o § 2.º do art. 5.º da CF, o qual estabelece um *sistema aberto* de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos

não previstos de forma explícita no texto constitucional”.

Ainda, no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão contido no art. 5º da CRFB/88, Sarlet, Marinone e Mitidiero complementam:

Tal dispositivo, que, é possível arriscar, faz as vezes, no caso brasileiro, de uma espécie de cláusula geral, foi complementado e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos da Constituição, os quais, no seu conjunto, formam o arcabouço jurídico-constitucional que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações (SARLET, MARINONE e MITIDIERO, 2017, p. 626).

Neste sentido, Mendes e Branco (2014, p. 264) sustentam que “a liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)” (MENDES E BRANCO, 2014, p. 264).

Tavares (2012) aduz que a liberdade de expressão possui uma dimensão substantiva e outra instrumental. Em suas palavras, a dimensão substantiva é o próprio pensar e exteriorizar ideias, opiniões ou pensamentos. Por sua vez, a dimensão instrumental se consolida pelos meios em que liberdade de expressão será veiculada à escolha da pessoa que a expressará.

À vista do exposto, Nunes Júnior ensina que o direito de liberdade de expressão compreende a comunicação entre:

a) presentes (numa conversa, numa sala de aula, numa palestra, num discurso);
b) entre ausentes conhecidos (numa carta, num e-mail, numa mensagem eletrônica enviada pelo celular); c) entre ausentes desconhecidos (num artigo de jornal, numa mensagem postada em uma rede social ou blog, ou qualquer outro sítio da internet (NUNES JÚNIOR, 2018, p.900).

Neste ponto, observa-se quão extenso é o direito de liberdade de expressão, mormente abarcar situações diversas, mas que comportam um mesmo núcleo, qual seja, permitir a exteriorização de pensamentos, difundir ideias e conhecimentos. A propósito, Tavares (2018, p. 626) conclui que o direito de liberdade “abarca tanto a liberdade de pensamento, que se restringe aos juízos intelectivos, como também o externar sensações”.

Acerca do conteúdo da liberdade de expressão, Mendes e Branco (2014, p. 264) consideram que a liberdade de expressão tutela “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público ou não”.

Liberdade de expressão é então, a essência de uma sociedade desenvolvida e pluralista. Em razão disto, a proteção conferida pelo texto constitucional deixa certo que o

direito de liberdade está diretamente associado a uma vida digna, isto porque a liberdade de expressão permite a interação entre homens, enaltece o crescimento e fomenta o debate e amadurecimento de ideias.

Vê-se, portanto, que a liberdade de expressão transcende a mera atividade de pensar e exteriorizar opiniões. A liberdade de expressão é fenômeno essencial ao crescimento não só da pessoa singularmente considerada, mas também de toda a sociedade eis que, alberga valores ínsitos ao homem e assim, permite a formação de sua autonomia.

2.3. O direito à livre expressão sob o prisma da dignidade da pessoa humana

A liberdade de expressão como mencionado anteriormente é direito protegido constitucionalmente. Sua proteção encontra fundamento na própria essência humana, haja vista o homem ser racional e também social. Em função disto, atrai valores que lhe conferem especial proteção no âmbito jurídico, tanto no aspecto individual, quanto no aspecto coletivo.

Neste contexto, é de destacar a dignidade da pessoa humana como valor máximo na ordem constitucional, pois é condição inafastável da paz, harmonia e justiça social. Com efeito, a dignidade da pessoa humana constitui valor elevado a status de fundamento da República Federativa do Brasil previsto no texto constitucional no inciso III do art. 1º da CRFB/88.

Considerando a sua importância como valor, Moraes (2011, p. 24) define dignidade como “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”.

Numa breve análise do contexto histórico do princípio da dignidade humana verifica-se que a cada período da história, referido princípio possui uma concepção diferente, segundo explicação de Sarlet (2010). Na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana era avaliada conforme sua posição social, bem como “o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da sociedade” (SARLET, 2010, p. 32).

Em contrapartida, no pensamento estóico, “a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade” (SARLET, 2010, p. 32).

Repetto citado por Tavares (2012, p. 585) explica, acerca da dignidade da pessoa humana, que o princípio tem fundamento no cristianismo sobretudo porque “Cristo pregou a salvação de cada alma e também a índole sagrada do indivíduo como prescindência de sua condição, mesmo frente ao poder. Centrou assim o seu espírito na essência imortal do homem”.

Na fase do cristianismo, a concepção de dignidade advinha do Papa São Leão Magno, que acreditava que os homens eram dignos porque foram feitos à imagem e semelhança de Deus (SARLET, 2010). Na Idade média, por sua vez, esse conceito ganhou força no pensamento de Anício Manlio Severino Boécio, em seguida adotado por São Tomás de Aquino, sendo grande sua contribuição “ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional” (SARLET, 2010, p. 34).

Destarte, Sarlet assevera que:

Foi, contudo, com Immanuel Kant, que de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Com isto, vale notar, não está a desconsiderar a profunda influência (ainda que expurgada de fundamentação teológica) do pensamento cristão, especialmente dos desenvolvimentos de Boécio e São Tomás de Aquino (notadamente no que diz com a noção de pessoa com substância individual de natureza racional e da relação mesmo entre liberdade e dignidade) sobre as formulações Kantianas (SARLET, 2010, p. 37).

Por fim, Sarlet conclui:

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva [...] ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. [...] Assim, poder-se-á afirmar- apenas para não deixar intocado este ponto- que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana- encontram-se, ao menos em tese, sujeitas às críticas de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade [...] ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos (SARLET, 2010, p. 64).

Para os dias atuais, Silva (2011, p. 105) preceitua que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”, sendo, portanto, no entendimento de Nunes (2010, p. 60) “absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo”.

Nesta ordem de ideias, convém ressaltar que o passar do tempo não reduz a importância da dignidade da pessoa humana, antes, amplia-se ainda mais por força das constantes evoluções a que a sociedade é submetida. Neste sentido, o direito de liberdade de expressão encontra suporte no princípio da dignidade humana.

Tavares corrobora com este entendimento ao explicar a dimensão substantiva da liberdade de expressão, de modo que

Pode-se verificar, portanto, que a presente dimensão diz respeito à autodeterminação do indivíduo, sensivelmente conectada com a dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao permitir que o indivíduo exteriorize “suas

sensações, seus sentimentos ou sua criatividade”¹¹, bem como suas emoções, ou que, ainda, capte experiências, ideias e opiniões emitidas por outrem, estar-se-á possibilitando que obtenha, que forme sua autonomia, que seja um ente único na coletividade, alcançando, dessa forma, um sentido em sua vida, o que perfaz, inexoravelmente, uma “tarefa eminentemente pessoal” - em conformidade com a máxima protagórica de que o Homem, atomisticamente, é a medida de todas as coisas (TAVARES, 2012, p. 627).

Nesta vertente, Mendes e Branco (2014, p. 278) apontam que o respeito à dignidade da pessoa humana quando se trata da liberdade de expressão é a base do Estado Democrático. Em suas palavras,

A reverência para com este valor é a base do Estado Democrático (art. 1º, III, da CF) e vetor hermenêutico indispensável para a compreensão adequada de qualquer direito. Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito¹⁷ ao princípio quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato (MENDES E BRANCO, 2014, p. 278).

Neste diapasão, é válida a lição de Sarlet, Marinone e Mitidiero ao concluírem que

À vista do exposto, percebe-se que, dentre os princípios constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana assume especial relevância como critério material para identificação de direitos fundamentais, visto que, tratando-se de uma exigência da dignidade da pessoa humana, não se haverá de questionar a fundamentalidade. SARLET, MARINONE E MITIDIERO (2017, p. 424).

A dignidade da pessoa humana então é fonte de onde emana todas as normas que tratam da proteção do homem. Com base neste valor supremo, a relação do homem entre seus pares, como também com o Estado são postas em equilíbrio, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais.

Assim, no que toca ao direito de liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana é valor que ampara a proteção do direito em comento, mormente permitir ao homem o seu desenvolvimento pleno, a afirmação das suas convicções e por óbvio, a sua exteriorização sem que sofra qualquer restrição por parte do Estado ou da própria coletividade

CAPÍTULO 3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO PENSAMENTO

3.1. Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal na CFRB/88

Cumpra mencionar a priori a separação dos poderes estabelecida pela Constituição Federal de 1988, cuja diretriz está contida no art. 2º deste diploma legal, cuja redação dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Para o presente estudo, tem relevância o Poder Judiciário, haja vista ser competente para análise e aplicação do direito, em especial, os direitos fundamentais. Nas palavras de Tavares (2012, p. 1206), o “Poder Judiciário pode ser definido como o conjunto dos órgãos públicos que detêm o exercício da função jurisdicional”. Complementa este Autor ainda ao dispor que “o Judiciário constitui um dos três poderes reconhecidos expressamente pela Constituição da República (art. 2º), sendo independente em relação aos demais; a ele foi atribuída a tarefa de declarar o Direito e de julgar” (TAVARES, 2012, p. 1206).

Nesta seara, o Poder Judiciário conforme o art. 92 da Constituição Federal de 1988, é composto dos seguintes órgãos:

- Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
- I - O Supremo Tribunal Federal;
 - I, A- O Conselho Nacional de Justiça;
 - II - O Superior Tribunal de Justiça;
 - II-A - O Tribunal Superior do Trabalho;
 - III - Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 - IV - Os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 - V - Os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 - VI - Os Tribunais e Juízes Militares;
 - VII - Os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Silva (2005, p. 556) explica que a ordem judiciária brasileira compreende o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula, guarda da Constituição e Tribunal da Federação, o Superior Tribunal de Justiça como órgão de articulação e de defesa do direito objetivo federal, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais e os Tribunais e Juízes Militares, como estruturas

e sistemas judiciários, e por fim, os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

De tal forma, pela dicção do art. 92 já se observa que o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, tendo atribuições próprias. Contudo, antes de adentrar na estrutura específica do Supremo Tribunal Federal, convém mencionar que a Constituição Federal de 1988 traça alguns pontos para a organização do Poder Judiciário, de modo que, todos os órgãos que compõem referido poder submetem-se a estes princípios.

Neste contexto, segundo o art. 93 da CRFB/88, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I- ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II- promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;

IV- previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

X- as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI- nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

- XII- a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;
- XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;
- XIV- os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;
- XV- a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Infere-se por este dispositivo que a Constituição dispensou especial atenção ao Poder Judiciário, de modo que, traz de forma minuciosa as diretrizes atinentes a sua organização, inclusive com a garantia de autonomia administrativa e financeira. (MENDES E BRANCO, 2014).

Nesta ordem de ideias, importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal foi criado em 1891 e é composto por 11 ministros (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1606). Conforme Tavares (2012, p. 1209) “o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, decidindo em última instância sobre os litígios intersubjetivos, sendo o defensor da Constituição.

Necessário mencionar que o art. 101 da CF/88 estabelece os requisitos necessários para os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, quais sejam: devem ser brasileiros natos, ser cidadão, ter idade mínima de 35 e máxima de 65 anos, ter notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, 1988).

Observa-se que a formalidade da estrutura do Poder Judiciário revela a sua importância dentro do Estado Democrático. Por óbvio, não há poder mais ou menos importante no Estado. Entretanto, não se pode olvidar que o Poder Judiciário constitui importante ferramenta no que diz respeito à pessoa humana. Isto porque, é órgão que através dos seus pronunciamentos traz equilíbrio social, mormente apreciar imparcialmente os conflitos sociais e garantir aos cidadãos a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

3.2. Competências do Supremo Tribunal Federal pelo art. 102 e 103-A da CF/88

Os órgãos dentro da estrutura do Estado são dotados de competências e atribuições próprias para pleno cumprimento de sua finalidade. Como já ressaltado, o Poder Judiciário tem toda uma estrutura orgânica para cumprir sua função precípua, qual seja, a jurisdição.

Neste contexto, necessário destacar que o art. 102 da Constituição Federal de 1988 estabelece as atribuições do Supremo Tribunal Federal, cujo caput já dispõe que “ compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988).

Nos incisos do art. 102 da CRFB/88, estão dispostas as demais competências originárias e recursais do Supremo Tribunal Federal. De tal modo, são de competência originária do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102 da CRFB/88:

D). Processar e julgar, originariamente:

- a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

Mendes e Branco (2014, p. 965) entendem que “a constituição de 1988 ampliou significativamente a competência do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos”. Acerca do art. 102 da CRFB/88, Silva (2005, p. 559) afirma que “as atribuições judicantes previstas nos incisos do art. 102, têm, quase todas, conteúdos de litígio constitucional. Logo, a atuação do STF, se destina a compor lide constitucional”.

Vê-se, pois, que a Constituição elegeu as matérias postas para apreciação do Supremo Tribunal Federal em sua competência originária conferindo-lhe valor mais relevante, sobretudo por abarcarem conteúdos que contemplam interesses da coletividade.

Adiante, no inciso II do art. 102 da CRFB/88, é estabelecido a competência recursal do Supremo Tribunal Federal para julgar em recurso ordinário “o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão e o crime político” (BRASIL, 1988).

No inciso III do mesmo artigo, é previsto a competência para julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão vergastada,

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

Acerca das competências do Supremo Tribunal Federal previstas no art. 102 da Constituição Federal de 1988, Silva (2005) assevera que há três modalidades de competências atribuídas ao STF. A primeira delas corresponde a jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade prevista no inciso I, alíneas a e p, assim como no inciso III do art. 102. Outra modalidade é a intitulada jurisdição constitucional da liberdade, vislumbrada nas hipóteses de apreciação de remédios constitucionais. Por fim, a jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade verificada nas demais hipóteses do art. 102 da CRFB/88, diversa da composição de litígio que demandam por controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição Federal de 1988 ainda atribui ao Supremo Tribunal Federal no parágrafo 1º do art. 102 da CRFB/88, a competência para apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em prosseguimento, o art. 103-A da Constituição Federal de 1988 confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar súmulas, conforme a seguir:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

À vista das competências conferidas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal de 1988, é de enfatizar que as atribuições do referido órgão comportam matérias de cunho relevante para manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ademais, é evidente a importância para o Estado que adota o regime democrático como expressão do poder, ter em suas estruturas uma instituição democrática a exemplo do Supremo Tribunal Federal, que atua dentro dos princípios constitucionais em zelo pela própria Constituição, assim como pela garantia dos direitos humanos.

3.3 O princípio da proporcionalidade e razoabilidade como baliza na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na análise de conflitos entre direitos fundamentais

Pelas considerações já apresentadas, é inconteste que os direitos fundamentais, embora tenham conteúdos de extrema importância, não são absolutos. Em verdade, comportam certa relatividade quando entram em confronto, hipótese em que na apreciação do caso concreto, o aplicador do direito, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, faz a valoração de cada direito supostamente lesado, devendo declarar qual seja preponderante.

Nesta ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal enquanto Tribunal Constitucional e, portanto, guardião da Constituição, está adstrito aos princípios constitucionais norteadores da atuação judicial na apreciação e aplicação do direito. Antes de avançar, convém destacar a importância dos princípios no direito e, conseqüentemente, na atividade judicial, conquanto estes são fonte do direito.

Acerca dos princípios, Nunes (2010, p. 53), assevera que os princípios são “verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico”, traduzindo-se em extrema importância ao ordenamento jurídico “uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral”. Lima (2002) complementa esse entendimento ao afirmar que os princípios:

Exercem a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional ‘o berço das estruturas e instituições

jurídicas'. Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, 'a pedra de toque' ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Com efeito, os princípios, muito além de nortear a aplicação do direito, também equilibram valores 'no momento da apreciação dos direitos em conflito, de sorte que, prepondera aquele que for constatado maior violação.

Como já destacado anteriormente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade direcionam a atividade judicial na hipótese de conflito entre os direitos fundamentais. Neste contexto, é valiosa a lição de Sarlet, Marinone e Mitidiero (2017, p. 286) segundo o qual a "proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio".

O princípio da razoabilidade, segundo Nunes Júnior (2018), tem a sua origem na Suprema Corte Americana, em decorrência do princípio do devido processo legal, cujas diretrizes apontam duas vertentes, qual seja, o devido processo legal processual, como arcabouço de direitos e garantias no qual o processo é submetido, e o devido processo legal substantivo ou material, vertente que se vislumbra a razoabilidade, haja vista que nesta modalidade são inválidos os atos do poder público que não sejam razoáveis.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, Tavares (2012, p. 772) leciona que este princípio numa primeira análise "é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade".

Entretanto, segundo afirma este Autor, a proporcionalidade desperta a atenção desde o período pós-guerra, onde os ordenamentos jurídicos europeus seguindo o modelo adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão, adotaram a proporcionalidade como parâmetro para os órgãos judiciais de forma geral, vinculando também o legislador infraconstitucional (TAVARES, 2012).

Destarte, Mendes e Branco (2014, p. 219), acerca do princípio da proporcionalidade, lecionam que "é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito".

Com efeito, no que diz respeito a proporcionalidade face aos direitos fundamentais, Martins assevera que

O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia da proporcionalidade em direito

constitucional. Com uma abrangência material que, em termos históricos, muito cresceu nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, pelo menos no que concerne ao seu efeito clássico, verdadeiros óbices à ação do Estado concretizadora do interesse coletivo. Para harmonizar o interesse individual com o interesse coletivo, as constituições modernas prevêm limites aos direitos fundamentais, limites esses que devem ser melhor delineados ou concretizados pelo legislador ordinário. O que poderia ser o vínculo do legislador aos direitos fundamentais senão sua obrigatoriedade de só poder intervir no exercício dos direitos de forma proporcional (MARTINS, 2003, p.03).

Segundo Nunes Júnior (2018, p. 507), “o objetivo do princípio da proporcionalidade é verificar a constitucionalidade das leis e atos normativos que limitam os efeitos de normas constitucionais, máxime as definidoras de direitos fundamentais”. De tal modo, afirma que para a análise da constitucionalidade do ato ou lei restritivo, três critérios são utilizados, qual sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (NUNES JÚNIOR, 2017).

Corroborando com esse entendimento, Martins (2003, p. 20) esclarece acerca do princípio em comento que “trata-se, portanto, de um processo seletivo, classificatório (adequação), eliminatório (necessidade) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito) e destarte, de um processo caracterizado por um afunilamento, que não deixa de ter sua lógica”.

Da mesma sorte, Sarlet, Marinone e Mitidiero defendem que

Na sua versão mais difundida e vinculada especialmente à função dos direitos fundamentais como direitos de defesa contra intervenções por parte dos órgãos estatais, o princípio da proporcionalidade, compreendido em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando, nos termos da metódica praticada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e posteriormente recepcionada em grande parte das cortes constitucionais e mesmo dos tribunais supranacionais (destaquem-se aqui o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), uma estrutura de controle em três níveis, de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado (SARLET, MARINONE e ITIDIERO, 2017, p.288).

Na Constituição Federal de 1988, embora o princípio da proporcionalidade não tenha previsão expressa, o parágrafo 2º do seu art. 5º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

A esse respeito, Tavares (2012, p. 773) leciona que “o critério da proporcionalidade é considerado uma norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito”. Adiante, afirma que “nele se visualiza a função de ser imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade” (TAVARES, 2012, p. 773).

Face as considerações tecidas, convém demonstrar pelos excertos das decisões abaixo que a violação do direito de liberdade de expressão é uma realidade frequente, conforme se observa:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI N. 9.612/98. RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO DO PROSELITISMO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. 1. A liberdade de expressão representa tanto o direito de não ser arbitrariamente privado ou impedido de manifestar seu próprio pensamento quanto o direito coletivo de receber informações e de conhecer a expressão do pensamento alheio. 2. Por ser um instrumento para a garantia de outros direitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a primazia da liberdade de expressão. 3. A liberdade religiosa não é exercível apenas em privado, mas também no espaço público, e inclui o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião. O discurso proselitista é, pois, inerente à liberdade de expressão religiosa. Precedentes. 4. A liberdade política pressupõe a livre manifestação do pensamento e a formulação de discurso persuasivo e o uso de argumentos críticos. Consenso e debate público informado pressupõem a livre troca de ideias e não apenas a divulgação de informações. 5. O artigo 220 da Constituição Federal expressamente consagra a liberdade de expressão sob qualquer forma, processo ou veículo, hipótese que inclui o serviço de radiodifusão comunitária. 6. Viola a Constituição Federal a proibição de veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária. 7. Ação direta julgada procedente. (ADI 2566, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 22-10-2018 PUBLIC 23-10-2018).

Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afronta ao julgado na ADPF 130. Procedência. 1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. 2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. 3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser

uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. 4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação. 5. Reclamação julgada procedente. (Rcl 22328, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. INCONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhal progressiva, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações

humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de

interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo

de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Cármen Lúcia). VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (ADI 3510, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214-01 PP-00043)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a

pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceado pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).(ADI 4815, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DO JULGAMENTO PLENÁRIO DA ADPF 130/DF – EFICÁCIA VINCULANTE DESSA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE CONTROLE, MEDIANTE RECLAMAÇÃO, DE ATOS QUE TENHAM TRANSGREDIDO TAL JULGAMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DE TERCEIROS QUE NÃO INTERVIERAM NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA – LIBERDADE DE EXPRESSÃO – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL – DIREITO DE INFORMAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTAL QUE SE COMPREENDE NA LIBERDADE CONSTITUCIONAL DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE COMUNICAÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE CENSURA ESTATAL,

INCLUSIVE DAQUELA IMPOSTA, PELO PODER JUDICIÁRIO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, NESTA COMPREENDIDA A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – TEMA EFETIVAMENTE VERSADO NA ADPF 130/DF, CUJO JULGAMENTO FOI INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE DESAUTORIZAM A UTILIZAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DO PODER GERAL DE CAUTELA COMO ILEGÍTIMO INSTRUMENTO DE INTERDIÇÃO CENSÓRIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A liberdade de imprensa, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social, inclusive àqueles que praticam o jornalismo digital, o direito de opinar, de criticar (ainda que de modo veemente), de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, ressalvada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial, necessariamente “a posteriori”, nos casos em que se registrar prática abusiva – incorrente na espécie – dessa prerrogativa de ordem jurídica, resguardado, sempre, o sigilo da fonte quando, a critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional. Precedentes. – A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir informações. Doutrina. Precedentes (Inq 870/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 21.504-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO). – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa cujo exercício – por não constituir concessão do Estado – configura direito inalienável e privilégio inestimável de todos os cidadãos. “Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade” (Declaração de Chapultepec – grifei). – A liberdade de manifestação do pensamento, que representa um dos fundamentos em que se apoia a própria noção de Estado Democrático de Direito, não pode ser restringida, ainda que em sede jurisdicional, pela prática da censura estatal, sempre ilegítima e impregnada de caráter proteiforme, eis que se materializa, “ex parte Principis”, por qualquer meio que importe em interdição, em inibição, em embaraço ou em frustração dessa essencial franquia constitucional, em cujo âmbito compreende-se, por efeito de sua natureza mesma, a liberdade de imprensa. – O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. – A crítica que os meios de comunicação social e as redes digitais dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. – Não induz responsabilidade civil, nem autoriza a imposição de multa cominatória ou “astreinte” (Rcl 11.292-MC/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 15.243-AgR/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 16.434/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 18.638/CE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 20.985/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações

em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública – investida, ou não, de autoridade governamental –, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. – Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais) o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação a repressão, ainda que civil, à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (AI 705.630-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Jurisprudência comparada (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional espanhol). – O exercício da jurisdição cautelar por magistrados e Tribunais não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de o poder geral de cautela atribuído ao Judiciário transformar-se, inconstitucionalmente, em inaceitável censura estatal. Consequente inadmissibilidade da decisão judicial que determina a interdição de textos jornalísticos publicados em órgãos de comunicação social ou que ordena “a retirada de matéria e de imagem” divulgadas em “sites” e em portais noticiosos. Precedentes. (Rcl 31117 AgR, Relator: CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020).

Como mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal é órgão competente para apreciar as violações aos direitos fundamentais. Neste sentido, importante destacar a função de referido Tribunal em dar efetiva proteção aos direitos fundamentais tanto pela relevância destes direitos, quanto pela manutenção da democracia.

Pelos julgados apresentados acima, é indubitoso que a colisão dos direitos fundamentais é situação recorrentemente posta sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal, cujas soluções são apresentadas mediante atividade dinâmica de diálogo entre os casos concretos e o texto constitucional, levados a efeito pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e especialmente pelo princípio da dignidade humana.

Diante do que foi demonstrado, o direito de liberdade de expressão é ferramenta essencial para o cidadão, posto que está diretamente ligado à construção e defesa dos valores e dos direitos mais relevantes de toda a sociedade. Constitui-se como mecanismo que mantém constante vigilância sobre os demais direitos fundamentais, sendo, portanto, a voz do cidadão, especialmente diante da vulnerabilidade em que seus titulares se apresentam face ao poder impositivo do Estado.

Desse modo, em que pese o direito de liberdade de expressão comportar uma certa relativização pelo Supremo Tribunal Federal, referido direito consolida a união de ideias através dos debates livres e abertos, o que torna a sociedade mais fortalecida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos estudos realizados observa-se que os direitos fundamentais surgiram de um processo lento e sua formação histórica teve uma longa trajetória de modo que evoluíram conforme surgiam as necessidades da sociedade em ter mecanismos de proteção contra o Estado.

De tal sorte, a cada período da história, verificou-se a necessidade de positivizar direitos que elevassem a pessoa humana acima do poder impositivo do Estado, surgindo assim o rol dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, os direitos e garantias fundamentais consolidam-se como eficaz ferramenta da pessoa em face do Estado, haja vista que se traduzem na obrigação deste prestar e garantir tais direitos. Estes são positivados constitucionalmente e, por isso, são exigíveis do poder público de forma imediata.

Neste ponto, os direitos fundamentais possuem características próprias justamente para conferir a proteção adequada a proporcionar o máximo de efetividade, conquanto consubstanciam direitos inarredáveis da pessoa humana. Dentre as características, merece destaque a inviolabilidade dos citados direitos, posto que é característica que melhor revela quais são essenciais são os direitos fundamentais, de sorte que, na atual Constituição Federal, referidos direitos estão no rol das cláusulas pétreas, que elevam a proteção dos direitos fundamentais de modo a impedir que seu conteúdo material seja abolido.

Há que se destacar ainda que pelo presente estudo, restou demonstrado que os direitos fundamentais encontram seu fundamento maior no princípio da dignidade humana, visto que este, muito além de justificar a existência dos direitos do homem, é a mola que propulsiona toda a atividade judicial na apreciação dos casos de violação dos direitos fundamentais bem como conflitos, posto que, a violação de direito fundamental constitui frontalmente danos à dignidade.

Nesta seara, o direito de liberdade de expressão situa-se no rol dos direitos fundamentais. O direito de liberdade é fenômeno inseparável do homem, isto porque a pessoa humana instintivamente grita por liberdade em todas as suas nuances. A liberdade confere ao indivíduo a autonomia necessária para pleno desenvolvimento de suas capacidades, é fio condutor dos demais direitos fundamentais porque permite ao titular do direito tanto manifestar suas ideias e pensamentos, quanto conhecer a diversidade das ideias difundidas pelos seus pares.

Vê-se, portanto, que a liberdade de expressão vai além da mera atividade de pensar e exteriorizar opiniões. A liberdade de expressão é fenômeno essencial ao crescimento não só

da pessoa singularmente considerada, mas também de toda a sociedade eis que, alberga valores ínsitos ao homem e assim, permite a formação de sua autonomia. Até porque, como exaustivamente demonstrado, o direito de liberdade de expressão se correlaciona com os demais direitos fundamentais na medida em que importa respeito à inviolabilidade da pessoa humana, bem como à sua integridade mental, moral e sua intimidade.

Nesta via, necessário destacar que os direitos fundamentais têm ampla proteção pela Constituição Federal de 1988, possuem aplicabilidade imediata e em função da sua essencialidade, seu exercício é estendido a todo brasileiro e estrangeiro em território nacional.

Entretanto, como demonstrado, os direitos em estudo formam um arcabouço de direitos que coexistem no ordenamento jurídico, e em razão disso, podem entrar em conflito por ocasião do seu exercício pelos seus titulares. Obviamente, não há que se falar em direito mais ou menos importante ou absoluto. Todavia, na hipótese de confronto, restou evidenciado que a atividade judicial levará em consideração no caso concreto, o direito que maior violação estará sofrendo, sendo então, sopesado e ponderado qual deverá prevalecer, afinal, esta é a dinâmica do direito, no sentido que empreende esforços e apresenta soluções adotando medidas jurídicas que harmonizam interesses.

Com efeito, em que pese ser fundamental a liberdade de expressão assim como outros direitos fundamentais constantes no rol do artigo 5º, podem ser relativizados haja vista que, no caso concreto, diante da existência de conflitos entre direitos ou princípios, o direito de liberdade de expressão cede lugar a outros direitos quando sopesados pela proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, pelas jurisprudências colacionadas acima, observa-se que o direito de liberdade de expressão pode ser relativizado em favor dos direitos ligados aos direitos da personalidade, isto é, o direito de liberdade de expressão recua em favor da honra, da intimidade, da integridade moral e mental.

Com efeito, é intensa a atividade do Supremo Tribunal Federal em dar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais de modo a causar o mínimo possível de prejuízo na ponderação dos direitos em comento.

Restou demonstrado que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem importantes bases de interpretação dos textos constitucionais e limite necessário ao exercício abusivo de todo e qualquer direito conferido ao cidadão. Ademais, é cada vez mais frequente a aplicação destes princípios como baliza em todo ordenamento jurídico, eis que, os fatos sociais por vezes levam ao aplicador do direito situações ímpares que demandam uma

especial interpretação das normas a serem aplicadas.

Portanto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal pode relativizar o direito de liberdade de expressão na medida em que a ponderação de direitos fundamentais em conflito tem por finalidade dar a máxima efetividade a valores supremos de forma a garantir a toda a sociedade a acomodação dos seus diversos interesses.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Agravo de Instrumento nº 20150020085154. Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 17/06/2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203354224/agravo-de-instrumento-agi-20150020085154>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (17 Região). Agravo de Petição nº 00659005619995170004. Relator Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite. Espírito Santo. DJ:07/04/2016.

Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/412439256/agravo-de-peticao-ap-659005619995170004>. Acesso em 09 de setembro de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 2566). Direito constitucional. Lei n. 9.612/98. Rádiodifusão comunitária. Proibição do proselitismo. Inconstitucionalidade. Procedência da ação direta. Relator: Min Alexandre de Moraes, 16 de maio de 2018.

Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393207/false>. Acesso em: 31/10/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Reclamação nº 22328. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 03 de março de 2018.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=Direito%20Constitucional.%20Agravo%20regimental%20em%20reclama%C3%A7%C3%A3o.%20Liberdade%20de%20express%C3%A3o.%20Decis%C3%A3o%20judicial%20que%20determinou%20a%20retirada%20de%20mat%C3%A9ria%20jornal%C3%ADstica%20de%20s%C3%ADtio%20eletr%C3%B4nico.%20Afronta%20ao%20julgado%20na%20ADPF%20130.%20Proced%C3%A2ncia&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 30 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direito de Inconstitucionalidade (ADI 3510), (Tribunal Pleno). Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 29/05/2008.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=AYRES%20BRI

TTO&page=1&pageSize=10&queryString=liberdade%20de%20express%C3%A3o%20conflito&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 30 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4815). Relator(a):Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=C%C3%81RME N%20L%C3%9ACIA&page=1&pageSize=10&queryString=liberdade%20de%20express%C3%A3o%20conflito&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 30 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Reclamação 31117. (Recl 31117), Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=CELSO%20DE%20MELLO&page=1&pageSize=10&queryString=liberdade%20de%20express%C3%A3o%20conflito&sort=_score&sortBy=desc.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 0735522-82.2017.8.07.0001. Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília/DF. Data de Julgamento: 03/08/2020.

Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1100494210/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1256315-df-0735522-8220178070001/inteiro-teor-1100494220>. Acesso em: 09 de setembro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Direitos Constitucionais Sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais?* In Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº42, v. 42, 2003, p. 252-257.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, [ano7](#), n.54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2624>>. Acesso em: 18/10/2021.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Nathália. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. ampl. atual Bahia: JusPODVIM, 2016.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como Critério de Controle de Constitucionalidade? Problemas de sua Recepção pelo Direito e Jurisdição Constitucional Brasileiros. *Cadernos de Direito do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, v. 3, n. 5, dez. 2003. Bibliografia: 15-45.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. ver. Atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 .

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONE, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.