

ESCOLA DE FORMAÇÃO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASOS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público como trabalho de
conclusão do curso da Escola de
Formação do ano de 2008.

Autor: Gisela Barroso Istamati
Orientador: Joana Zylbersztajn

Banca examinadora:
Adriana de Moraes Vojvodic
Camila Duran Ferreira

São Paulo
2008

Resumo:

A Constituição Federal de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. A partir desse contexto, estudo como o Supremo Tribunal Federal se dedica ao específico direito fundamental da liberdade de expressão. Em especial atenção a chamada supremacia da liberdade de expressão, em que investigo se de fato ocorre uma supervalorização dessa garantia e se de fato acontece uma proteção especial a essa liberdade por parte do STF, delegando status de direito absoluto, após a ditadura militar.

Palavras-chave:

LIBERDADE; EXPRESSÃO; CONSTITUIÇÃO; MANIFESTAÇÃO;
PENSAMENTO

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. MEDOTOLOGIA.....	6
A. Escolha do tema	
B. Recorte temporal	
C. Seleção e análise dos acórdãos	
3. DELIMITAÇÃO DOS TERMOS.....	11
3.1. Liberdade de expressão.....	11
3.2. Liberdade de manifestação do pensamento.....	13
3.3. Liberdade de religião.....	14
3.4. Liberdade de reunião.....	14
3.5. Liberdade de informação no geral.....	14
3.6. Liberdade de informação jornalística.....	15
4. ANÁLISE DOS CASOS.....	17
4.1. Caso: Propaganda eleitoral gravada em estúdios.....	17
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.2. Caso: Folha e imunidade tributária.....	23
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.3. Caso: Manifestações em Brasília.....	27
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.4. Caso: ECA e comunicação social.....	32
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.5. Caso: Proselitismo em emissoras comunitárias.....	36
A. Fato	
B. Questões	

C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.6. Caso: Propaganda partidária e coligações.....	40
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.7. Caso: O Globo <i>versus</i> Garotinho.....	43
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.8. Caso: Ofensa às Forças Armadas.....	48
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.9. Caso: Ellwanger.....	50
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.10. Caso: Gerald Thomas.....	57
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
4.11. Caso: Divulgação da pesquisa eleitoral.....	60
A. Fato	
B. Questões	
C. Decisão/Fundamentos	
D. Prévias conclusões acerca da liberdade de expressão	
5. PANORAMA GERAL.....	63
5.1. Comparação entre julgados.....	63
5.2. Liberdade de Expressão frente aos demais direitos.....	70
6. CONCLUSÃO.....	73
7. BIBLIOGRAFIA / ACÓRDÃOS ANALISADOS.....	75

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais.

A partir desse contexto, estudo como o Supremo Tribunal Federal se dedica ao específico direito fundamental da liberdade de expressão. Esta vontade derivou da relevância do tema, pois é por meio dessa liberdade que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou da opinião majoritária. Portanto, se faz urgente absorver qual tratamento que o STF emprega essa importante garantia constitucional; liberdade de expressão. Sendo esse o objetivo do trabalho.

Deste modo, investigo paralelamente e como hipótese de trabalho, a supervalorização que essa liberdade possivelmente adquiriu, com status de supremacia, podendo acabar por restringir de forma arbitrária demais direitos quando confrontados no âmbito do STF.

Encontro no meio acadêmico um espaço livre de debate que será muito favorável para ampliar os termos da discussão acerca da liberdade de expressão, sem os medos da ditadura e da censura veladas. Gostaria de compreender e engrandecer ainda mais este tema que é fundamental para a democracia contemporânea. Para tanto, olho para a Suprema Corte com o intuito de descobrir qual é o papel que se desenvolve de fato para a garantia da liberdade de expressão, assim como qual é a concepção e o entendimento da liberdade de expressão pelo do olhar do STF

O presente estudo tem o propósito de apresentar, a partir de casos concretos, o atual panorama do tema – liberdade de expressão –, focado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo uma análise qualitativa. Busco problematizar a defesa incondicional da liberdade de expressão, bem como apontar uma possível evolução, ou não, na maneira que o STF vem decidindo quando provocado a discutir a liberdade de expressão.

2. METODOLOGIA

O relato do caminho percorrido ao longo de um trabalho acadêmico pode ser importante para que se compreenda as decisões tomadas e como restou a elaboração final deste estudo.

Pretendo com este capítulo demonstrar os passos metodológicos, as escolhas para chegar ao tema final, a delimitação do objeto desta monografia, bem como o método de análise do universo pesquisado.

A. Escolha do tema

O tema deste trabalho sempre despertou em mim grande interesse e assim, vislumbrei a oportunidade de estudar esta garantia constitucional por meio de um viés atual.

O objetivo inicial era estudar o recente tratamento que o STF emprega a essa garantia constitucional, por meio de um estudo sistemático de análises de acórdãos. Entretanto ao dar início a pesquisa, uma nova realidade saltou aos meus olhos e uma inquietação se transformou em dúvida: Será que a liberdade de expressão, após sofrer enormes restrições durante o Regime Ditatorial, passa por um momento inverso, agora sofrer de uma supervalorização e grande proteção por parte do STF, delegando status de direito absoluto a essa liberdade? Qual é o efeito que essa realidade pode ocasionar?

Destarte, optei por conciliar as duas vontades, estudar o recente tratamento que o STF emprega a liberdade de expressão com ênfase nas questões supra.

B. Recorte temporal

Dedico-me a estudar o tratamento dado ao direito à liberdade de expressão pelo STF após a Constituição de 1988. Assim o quis, pois a Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando,

dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais.

Tal escolha também se justifica com a constatação de que existem inúmeros debates acerca do cerceamento desta liberdade durante a época da ditadura militar em nosso país e pouco se examina como está a situação após a Constituição de 1988.

C. Seleção e análise dos acórdãos

Com este tópico primeiramente irei demonstrar os passos que percorri para selecionar os acórdãos no site do STF, em seguida, a estrutura que desenvolvi pra analisá-los.

A etapa que se seguiu foi o mapeamento dos acórdãos que seriam utilizados. Foram selecionados apenas acórdãos do site do STF. Para tanto, necessitava desenvolver uma metodologia. Inspirei-me no trabalho realizado por Bruna Romano Prestzel, apresentado à Escola de Formação¹ e busquei nos passos metodológicos dela o caminho para encontrar o meu, e o considero que alcancei um bom resultado.

Apreendi que primeiramente deveria agrupar palavras e expressões referentes ao meu tema liberdade de expressão. Assim o fiz e reuni as seguintes palavras-chave: expressão, comunicação social, informação jornalística, pensamento, imprensa, radiodifusão, meio de comunicação. Continuei seguindo os passos da autora, e assim como ela, combinei as palavras ao termo liberdade na fórmula liberdade adj2 (palavra ou expressão), de modo a formarem expressões de pesquisa a serem inseridas no campo "Pesquisa livre" da página "Pesquisa de Jurisprudência" do site do Supremo Tribunal Federal². Como ensinava a autora, inseri no campo de pesquisa os termos liberdade adj2 expressão, liberdade adj2 pensamento e assim por diante. Nos casos de expressões com três palavras, como liberdade de comunicação social, foram utilizadas as expressões liberdade adj2 comunicação adj1 social.

¹ Bruna Romano Prestzel, "O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação". Texto disponível em http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=93

² <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

A partir da pesquisa feita no site do STF³ com todos os termos mencionados e organizados em uma tabela, filtrei os acórdãos, primeiramente a fazer um recorte temporal. A seguir observei a relevância com o tema. Encontrei acórdãos que não tinham qualquer relação com o objeto de estudo, outros repetidos, e, por fim, 20 acórdãos com pertinência temática⁴.

Dentro deste universo, descartei nove acórdãos, pois considerei que a discussão do mérito do caso em tela não estava diretamente relacionada à delimitação que propus a liberdade de expressão⁵, explicito:

Quatro acórdãos versavam sobre crimes de calúnia e difamação, matéria que não adentro, pois considero além da delimitação do tema proposta para este trabalho, a saber: Inq 2154/DF, HC 84827/TO, Pet 3645/PA e Inq-ED 2036/PA, bem como o acórdão MS-MC 24832/DF que trata sobre direito de imagem. Por sua vez, o HC 75676/RJ versa sobre questões “penal-militar” e o RE 447584/RJ trata da questão de indenização por danos morais, ambos passam apenas superficialmente pelo tema da liberdade de expressão. Por fim, não analisei o acórdão ADI 1969/DF, pois apresenta identidade de objeto com o caso manifestação em Brasília (ADI-MC 1969) e por tal motivo, as argumentações proferidas nos votos são semelhantes. O acórdão ADI-AgR 2398/DF que versa sobre classificação indicativa foi excluído da análise final por se tratar de Agravo Regimental interposto contra a inadmissibilidade da ADI em questão. Durante as discussões, os ministros tecem comentários que pouco acrescentam à discussão da liberdade de expressão, sendo que o foco do acórdão é a admissibilidade de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para discutir uma Portaria do Ministro de Estado da Justiça, e não o que a Portaria de fato regulamentaria.

³ Um breve comentário sobre o site do STF. Os acórdãos só são analisados nesse processo de busca eletrônica com base nas palavras do texto da ementa. Ou seja, se certo termo utilizado para a pesquisa não se encontra na ementa, e apenas no corpo do texto dos votos do acórdão, o sistema de busca não selecionará aquele determinado acórdão. Informação que se faz necessária para delimitar com clareza quais os documentos que foram selecionados.

⁴ Alguns desses acórdãos selecionados foram objeto de estudo da monografia em que me inspirei, mas era previsível que isto fosse acontecer, pois o recorte temporal foi praticamente o mesmo. No meu caso, a partir de 1988 e o da autora, de 13 de junho de 1990 até 30 de junho de 2007. Esta pesquisa foi feita de forma independente de possíveis resultados. Portanto, a repetição dos acórdãos já estudados por outros autores é coincidência.

⁵ A delimitação do tema foi tratada no capítulo seguinte, “Delimitação de dos termos”.

Enfim, selecionei 11 acórdãos para análise, relacionados em ordem cronológica, a saber:

- ADI 956/DF – Caso: propaganda eleitoral gravada em estúdio;
- RE 203859 / SP – Caso: Folha e imunidade tributária;
- ADI-MC 1969 / DF – Caso: Manifestações em Brasília;
- ADI 869 / DF – Caso: ECA e comunicação social;
- ADI-MC 2566 / DF – Caso: proselitismo em emissoras comunitárias;
- ADI-MC 2677 / DF – Caso: propaganda partidária e coligações;
- Pet 2702 / RJ – Caso: O Globo *versus* Garotinho
- HC 83.125/DF – Caso: ofensa às Forças Armadas;
- HC 82424/RS – Caso: Ellwanger;
- HC 83.996/RJ – Caso: Gerald Thomas;
- ADI 3741 / DF – Caso: divulgação de pesquisa eleitoral;

Para melhor examinar estes casos, desenvolvi uma estrutura de análise, empregado a cada acórdão, que apresenta a seguinte lógica:

Fato: Sob este tópico, faço a síntese do caso em exame

Questão: Dedico a apontar qual é a questão que o acórdão intenta responder e não necessariamente o aspecto que este trabalho pretende analisar

Decisão/ Fundamentos: Nesse tópico analiso as decisões individuais de cada ministro – respeitando a ordem apresentada em cada acórdão –; Aqui pretendo apontar quais aspectos da liberdade de expressão os ministros apontaram e como o fizeram. Para tanto, utilizei quatro perguntas, como orientação para elaborar este tópico, sem ao menos ter a pretensão de respondê-las, a saber:

- Apresenta alguma concepção de garantia da liberdade de expressão?

Esta questão representa a busca por um entendimento comum, aplicada a cada ministro, sobre o que eles entendem por liberdade de expressão.

- Coloca a liberdade de expressão como direito absoluto ou restringível?

Adianto que os ministros declaram entender que os direitos fundamentais são relativos. O que importa com esta questão é averiguar como eles decidem nos casos concretos, considerando-os relativos ou absolutos. Ou seja, averiguar se fazem uma ponderação para decidir se o direito deve ou não ser restringido naquele caso ou se apenas decidem independentemente dessa argumentação.

- *A posteriori* ou *a priori*?

O intuito desta questão é pesquisar a assunto da regulamentação desta garantia fundamental, que muitas vezes foi tida como censura, e averiguar se os ministros concebem uma regulamentação preventiva *a priori* ou decidem que, eventuais abusos deste direito fundamental, serão impostas sanções jurídicas *a posteriori*.

Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão: nesse último tópico me dedico a fazer uma conclusão prévia acerca das informações contidas em cada caso, sem ao menos providenciar avaliações definitivas.

3. DELIMITAÇÃO DE TERMOS

Ao analisar os acórdãos para o presente estudo, notei que muitas vezes os ministros, em suas argumentações, misturam conceitos diferentes como se fossem sinônimos. Desta constatação surgiu a necessidade de escrever este capítulo, pois diversas vezes faço referencia a contradição de termos.

Ressalto que o intuito deste capítulo não é apresentar uma profunda construção conceitual acerca da liberdade de expressão⁶, tampouco demonstra a necessidade, o desejo, para que o STF passe a decidir os casos que envolvem a liberdade de expressão de forma a apresentar conceitos precisos, quase didáticos acerca dessa locução.

O intuito é possibilitar aos leitores, sobretudo aqueles que não são da área do Direito, a compreensão do real sentido e alcance dessa garantia constitucional e assim consiga-se absorver melhor as críticas que faço.

3.1. Liberdade de expressão

Ao procurar um conceito de liberdade de expressão, a primeira informação que encontrei foi à afirmativa que essa garantia constitucional é a base das democracias ocidentais.

É por meio do específico direito fundamental da liberdade de expressão que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou da opinião majoritária.

Há na doutrina brasileira uma patente imprecisão acerca do real significado e abrangência da locução liberdade de expressão. Como aponta André Ramos Tavares⁷, parcela desta responsabilidade pode ser atribuída

⁶ "Uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga circunscrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado atual da teorização, impossível, se é que não o será todo". Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, apud André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2008, pág. 579

⁷ André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2008, pág. 577

ao legislador constituinte, que, pulverizou manifestações diversas, consagrando em momentos distintos facetas de uma mesma e possível liberdade de expressão. Por exemplo, utilizou a locução liberdade de expressão no artigo 5º, IX da Constituição, fato que deixa transparecer que a liberdade de expressão seria direito de natureza diversa do direito à manifestação do pensamento, prevista no inciso IV desse mesmo artigo

“CF. Art. 5º, IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”

“CF. Art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”

O autor Leonardo Martins⁸, por sua vez, ressalta que esta imprecisão deriva do fato do constituinte ter escolhidos conceitos bastante abstratos e genéricos.

Para o equacionamento deste problema, como bem aponta Guilherme Godoi⁹, seria interessante “Deixar que os tribunais superiores definam os limites da liberdade de expressão, como tem ocorrido em diversos países”. Aponto que neste presente trabalho, verifico, se o STF apresenta ou não um conceito, bem como limites da liberdade de expressão.

Feita essas ressalvas, volto ao intento de delimitar o conceito de liberdade de expressão, e para tanto apresento o entendimento de Andre Ramos Tavares, que se aplica de forma suficiente a este trabalho.

A liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-números 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: liberdade de manifestação de pensamento de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, mídia, de divulgação e de radiodifusão.

⁸ Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, vol. 4, 2007 org. André Ramos Tavares, artigo Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo – Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS, escrito por Leonardo Martins, pág.183

⁹ Guilherme Canela de Souza Godoi, Liberdade de Expressão: Problematizando um Direito Fundamental, trabalho apresentado ao NP 10 – Políticas e Estratégias de Comunicações, do V encontro dos Núcleos de Pesquisa da Intercom, Sociedade Brasileira de Ciências da Comunicação

São esses os direitos que escolhi para delimitar o tema do presente estudo, por tal motivo descartei acórdãos em que a discussão do mérito do caso em tela não estava diretamente relacionada a essa delimitação que propus a liberdade de expressão.

3.2. Liberdade de manifestação do pensamento

“CF. Art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”

“CF. Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”

Antes de buscar o conceito e forma de expressão dessa liberdade se faz necessário pontuar liberdade de pensamento e liberdade de opinião. Para tanto, me utilizo dos ensinamentos do professor José Afonso da Silva¹⁰.

Liberdade de pensamento – É o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pensa em Ciência, Religião, Arte, ou o que for¹¹. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seu semelhante.

Liberdade de opinião – De certo modo esta resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Trata-se da liberdade do indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

A liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião. Essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso em forma de diálogo, de conversação, exposição, conferência, palestra e etc. No segundo caso pode ocorrer entre pessoas determinadas,

¹⁰ José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, Malheiros Ed, 2005, pág.89

¹¹ Conforme Sampaio Dória apud José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, Malheiros Ed, 2005, pág.89

por meio de correspondência pessoal e particular (carta, telegrama, telefone), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas, televisão, rádio etc.

3.3. Liberdade de Religião

A liberdade de religião, segundo André Ramos Tavares, nada mais é do que o desdobramento da liberdade de manifestação do pensamento.

Significa que a pessoa não pode ser forçada a abandonar sua opção religiosa, sua fé. Essa liberdade constitucional engloba a crença, a moral religiosa, os dogmas, a liturgia e o culto. Protege os locais de culto e o direito de não se filiar a qualquer religião.

3.4. Liberdade de reunião

“CF. Art.5º, XVI: Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”

Segundo André Ramos Tavares¹², a liberdade de reunião significa o direito de 1º) convocar, 2º) organizar ou liderar a reunião e 3º) efetivamente participar desta, agrupando-se com outras pessoas.

É a manifestação coletiva da liberdade de expressão, já que enseja a livre discussão de idéias e sua publicidade. É, pois, direito coletivo, ao mesmo tempo em que não deixa de ser direito individual de cada um que se pretenda apresentar para participar de alguma reunião.

3.5. Liberdade de informação no geral¹³

Por “informação” se entende o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações de interesse geral e particular que implica, do ponto de vista jurídico, duas direções: a do direito de informar e o direito de ser informado

¹² André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2008, pág. 591

¹³ As informações contidas neste tópico, bem como no próximo, foram retiradas do livro do professor José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Ed, 2008, pág. 245/246

O mesmo é dizer que a liberdade de informação compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado, isto é, direito à informação. Por esse motivo, se faz necessário distinguir entre:

Liberdade de informação – Coincide com a liberdade de manifestação do pensamento pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão.

Direito à informação – Indica o interesse coletivo para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas.

Em suma, essa liberdade segue duas vertentes. Na primeira, garante-se a liberdade na divulgação da informação. De outra parte, garante-se a liberdade de acesso à informação.

“A informação há de ser objetiva, clara, isenta e verdadeira. Informação não é opinião. Esta protegida pela liberdade de pensamento” (André Ramos Tavares) ¹⁴

3.6. Liberdade de informação jornalística

“CF. Art. 220, §1º: Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”

É nessa liberdade que se concentra a liberdade de informar e por meio dela que se realiza o direito coletivo à informação, isto é, a liberdade de ser informado.

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la.

O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, mas especialmente um dever de informar à coletividade de acontecimentos idéias.

¹⁴ André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, 6ª Ed, Ed. Saraiva, 2008, pág. 589

Segundo José Afonso da Silva, os jornalistas e empresas jornalísticas reclamam mais seu direito do que cumprem seus deveres. Este fato ocorre porque a imprensa escrita, falada e televisada constitui poderoso instrumento de formação da opinião pública.

“Expressar às autoridades constituídas o pensamento e a vontade popular, colocando-se quase como um quarto poder, ao lado do Legislativo, do Executivo e do judicial. É ela que constitui defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade” (Albino Greco)¹⁵

¹⁵ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Ed, 2008, pág. 245/246 apud Cf. *Libertà di stampa*, Albino Greco, *ob. Cit.*, p. 52.

4. ANÁLISE DOS CASOS

4.1. Caso: propaganda eleitoral gravada em estúdio versus liberdade de expressão

ADI 956 / DF - 01/07/1994

Relator: Ministro Francisco Rezek

A. Fatos

O Partido dos Trabalhadores propôs ação direta visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 76, §1º da lei 8.713/93, que dispõe:

Art.76: "Os programas destinados à veiculação no horário gratuito pela televisão devem ser realizados em estúdio, seja para transmissão ao vivo ou pré-gravados, podendo utilizar músicas ou jingle do partido, criados para a campanha eleitoral.

§1º. Nos programas a que se refere este artigo, é vedada a utilização de gravações externas, montagens ou trucagens."

Sustenta o requerente que o dispositivo impugnado afronta o princípio da liberdade de informação e de imprensa, contemplado no art. 220, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, que protegem a liberdade de imprensa e vedam a censura

Por maioria de votos, o Tribunal julgou improcedente a ação e declarou a constitucionalidade do artigo 76, §1º da lei 8.713/93. Foram vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

B. Questões

A questão é saber se a propaganda eleitoral gratuita está compreendida – como sustenta o autor – no alcance do artigo 220 e seus parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal, no que tange à liberdade de expressão, de comunicação e de difusão de idéias.

"É o confronto do paradigma constitucional (art. 220 e seus parágrafos 1º e 2º, CF) com a norma ordinária atacada"¹⁶

C. Decisões intermediárias / Fundamentos

¹⁶ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Francisco Rezek, pág. 288.

Os ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Néri da Silveira e Moreira Alves, julgaram improcedente a ação, nos mesmos termos do voto do Relator Francisco Rezek. Por não trazer novos argumentos relevantes para essa análise, não avaliarei os referidos votos.

- Ministro Francisco Rezek (Relator) – Improcedência da ação

Ao formular o seu voto, o ministro faz referência a um caso que se lavrou no plenário do Tribunal Superior Eleitoral, em que ele foi o relator, para demonstrar que o TSE tem uma tradição de apreço pela norma do art. 220 da Carta Constitucional¹⁷, a amplitude virtualmente ilimitada da liberdade de difusão de idéias.

Não é possível afirmar que a referência ao caso anterior tenha servido apenas como uma demonstração da proteção histórica do ministro à liberdade de expressão, mas essa é uma forte indicação, uma vez que a premissa apresentada não embasa o restante dos argumentos utilizados no voto.

Ademais, se verifica que os argumentos apresentados se resumem em duas premissas voltadas a afastar a incidência do direito à liberdade de expressão da norma impugnada a saber:

(1) A propaganda eleitoral gratuita é patrocinada pelo Estado, sendo um domínio completamente estranho ao dos ambientes onde, cada pessoa manifesta livremente seu pensamento por sua própria conta, a exemplo de uma praça pública, coreto etc.

Trata-se, portanto, de um argumento mais político do que jurídico, pois o argumento segue a lógica de quem patrocina. Ou seja, uma coisa é ter liberdade de expressão em que o Estado patrocina e esta sim, pode sofrer restrições “cabendo a lei apenas regular a forma e não o conteúdo”¹⁸, e outra coisa é a liberdade de expressão que se manifesta nas praças e lugares abertos ao público, em que cada sujeito arca com os custos dessa liberdade.

Como demonstra este trecho:

“Cuida-se, aqui, de algo patrocinado pelo Estado (...) e, pois, bancado pela sociedade em seu conjunto. É, portanto,

¹⁷ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Francisco Rezek, pág. 288.

¹⁸ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Francisco Rezek, pág. 289.

um domínio completamente estranho àquele do coreto, da praça pública, da tribuna, dos ambientes onde, ao vivo, cada pessoa manifesta livremente seu pensamento por sua própria conta.”¹⁹

(2) O segundo argumento diz respeito ao objetivo desta norma, que é garantir o tratamento isonômico entre os candidatos de maior e menor possibilidade econômica de expor ao eleitorado suas propostas.

Questiono aqui se o simples fato de a norma impugnada apresentar uma finalidade específica significa que não possa também estar em conflito com a liberdade de expressão.

Os argumentos apresentados pelo ministro evitam o debate acerca do direito à liberdade de expressão. Os argumentos são retóricos, não confrontam a liberdade de expressão com a norma impugnada e mesclam conceitos distintos como se fosse sinônimos (como fez, por exemplo, entre liberdade de expressão e liberdade de manifestação de pensamento – explorados no capítulo anterior).

- Ministro Marco Aurélio – Procedente

O ministro inicia o voto ao afirmar que decidirá este caso com base na linha em que vem adotando, no sentido de preservar, acima de tudo, a liberdade. Esta afirmação traz indícios de que decidirá sobre a colisão de direitos com base em uma concepção hipotética, sendo que a ponderação deve ser feita em cada caso concreto

O primeiro argumento utilizado pelo ministro é no sentido de conceituar, de forma ampla e genérica, a liberdade de expressão. Para tanto afirma que a Constituição de 1988 “objetivou garantir uma liberdade maior de manifestação do pensamento, preservando a criação, a expressão e a informação (...) sob qualquer forma, processo ou veículo, impedido que haja restrição ou censura prévia”.

As palavras restrição e censura prévia são utilizadas como sinônimos e não o são²⁰. Ao unificar o sentido dessas palavras, o ministro emprega um

¹⁹ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Francisco Rezek, pág. 289.

²⁰ Segundo José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo Malheiros Ed, 2008, pág. 247), censura prévia é intervenção oficial que impede a divulgação do material. Restrição, por sua vez, denota que o direito não é absoluto, é relativo, ou seja, que pode se sujeitar a uma disciplina, desde que este não o inviabilize (Sydney Sanches – ADI-MC

caráter absoluto ao direito à liberdade de expressão, já que a censura é proibida de todas as formas na constituição federal (diferentemente da restrição).

O voto não define bem qual é o conflito questionado. Não é possível depreender o que é entendido por liberdade de expressão e quais são os limites a este direito previstos no artigo 76. Ainda assim, o ministro conclui que a limitação imposta pelo artigo 76 da Lei 8.713/93 conflita com a liberdade de manifestação do pensamento, sem aprofundar seus argumentos.

Portanto, de forma genérica o ministro intenta conceituar liberdade de expressão. Há uma inclinação a supervalorizar este direito, em detrimento de outras normas que por ventura o restrinjam. Para tanto, imputa o sentido do termo "restrição" como "censura" e logo afasta a possível limitação do direito a liberdade de expressão.

- Ministro Celso de Mello – Procedente

Este voto traz argumentos interessantes para a presente análise, pois o ministro, ao interpretar a Constituição Federal, extrai um caráter absoluto e não interventivo do Estado no direito à liberdade de expressão. A convicção da decisão faz com que, à primeira vista, acredite-se que o alcance, significado e a impossibilidade de intervenção estatal estão escritos de forma expressa e taxativa na Constituição, sendo inconstitucional normas que venham a regular a liberdade de expressão.

Em síntese, o seu argumento central refere-se que a norma impugnada constitui ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Segundo o ministro, uma sociedade democrática e livre não pode institucionalizar a intervenção prévia do Estado e nem admiti-la por meio da "falsa roupagem" do cumprimento e da observância da Constituição.

Afirma que a Constituição Federal privilegia de modo expressivo o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento, e revela extrema hostilidade a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e

1969/DF). É dizer que o direito encontra limite no desempenho regular do exercício dos direitos e dos deveres alheio (Octavio Gallotti – ADI-MC 1969/DF)

de pensamento. No entanto, o ministro não define o que é “o legítimo exercício da liberdade de expressão”.

“A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **e nem submetida** a ilícitas interferências do Estado”²¹
(sem negrito no original)

Após esta afirmação ressalta que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos e técnicas de sua divulgação.

Com tais argumentos concluo que o ministro considera a liberdade de expressão como um direito absoluto que não pode ser restringível em hipótese alguma. De todo modo, quando necessária, esta restrição não se pode dar de forma *a priori*, preventivamente, sendo “evidente que os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento expõem aqueles que os praticarem a sanções jurídicas a serem impostas **a posteriori**”.²²

- Ministro Sepúlveda Pertence – Improcedente

Afirma que esta norma foi prevista para disciplinar o “direito de antena”²³, mas que não é livre e está sujeita à observância e ao respeito de garantias constitucionais, explícitos ou implícitos.

Não exclui do campo normativo eleitoral gratuito a liberdade de manifestação e pensamento, como o fez o ministro Rezek e após ponderar esta liberdade com a norma impugnada conclui que neste caso não há valor algum afetado por essa restrição

“Convenci-me – depois de muita reflexão – de que efetivamente não há valor algum afetado por essa restrição à utilização de determinadas técnicas na veiculação da propaganda eleitoral gratuita”²⁴

Portanto, o ministro admite restrição a liberdade de manifestação do pensamento, desde que esteja sujeito à observância, ao respeito, de

²¹ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, Pág.298

²² Idem.

²³ Direito de antena: “o acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (Pág. 305)

²⁴ ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, Pág.307.

direitos, garantias e valores constitucionais, explícitos ou implícitos. Não denota um caráter absoluto a essa liberdade

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

Noto que não há como depreender deste acórdão um entendimento comum dos ministros do STF ao direito à liberdade de expressão. Também não há argumentações individuais suficientes que demonstrem o conceito do direito entendido por cada magistrado. Atento para o fato de que todos os ministros analisados apresentaram certa confusão ao se referirem à conceitos distintos como se fossem sinônimos.

Os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, votos vencidos, enfrentaram a questão da liberdade de expressão, designando um caráter absoluto a este direito, que não pode sofrer interferências prévias do Estado.

O ministro Sepúlveda Pertence votou de forma antagônica, designado um caráter não absoluto da liberdade em questão, pois compreende que este direito pode ser restringido, regulado.

Neste acórdão não houve propriamente um conceito de liberdade de expressão, os votos vencedores, nem ao menos enfrentaram esta questão. Por sua vez, Marco Aurélio e Celso de Mello apresentaram uma interpretação constitucional, muito ampla para o direito à liberdade de expressão, transformada em subsídio para a argumentação de que este direito apresenta um caráter absoluto e “não pode e não deve ser impedido”.

4.2. Caso: Folha e imunidade tributária

RE 203859 / SP - 11/12/1996

Relator: Ministro Carlos Velloso

A. Fatos

Trata-se de ação ordinária, ajuizada por Empresa Folha da Manhã S/A contra a Fazenda do Estado de São Paulo com o objetivo de obter o reconhecimento e a extensão da imunidade tributária prevista no artigo 150, IV, d da Constituição Federal, em favor de determinados insumos, que, embora não se caracterizando como papel, revelam-se imprescindíveis e essenciais à própria impressão do jornal.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir imposto sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”

A ação foi julgada improcedente na primeira instância. O Recurso Extraordinário foi então apresentado ao STF, que o julgou em 11 de dezembro de 1996, conhecendo-o em parte e dando provimento para declarar a imunidade com relação a “filmes e papéis fotográficos”. Não conheceu do recurso com relação à importação relativa à “solução alcalina”.

B. Questões

Considerando a intenção do dispositivo constitucional em garantir a liberdade de expressão, os insumos essenciais ao processo industrial de impressão de jornais estão abrangidos pela imunidade tributária inscrita no artigo 150, IV, d, da Constituição Federal?

C. Decisão / Fundamentos

Este caso é significativo devido à interpretação dada à norma em questão. Há a intenção de averiguar se dela decorre uma finalidade relevante à decisão do presente caso, com base na liberdade de expressão.

Constatai que os ministros que conheceram em parte o recurso, ou que negaram seu provimento, afirmam que a norma versa sobre questão

tributária e, ao interpretá-la, não depreenderam o sentido de proteger a liberdade de expressão. Por outro lado, os ministros que deram provimento ao recurso alegam que a norma apresenta a finalidade de proteger o exercício da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Sendo assim, analiso o voto dos ministros que deram provimento ao recurso, pois trazem argumentos relevantes ao estudo, ao passo que, o restante dos ministros não abordam o tema da liberdade de expressão.

- Ministro Carlos Velloso – Provimento

Este voto introduz o argumento que será utilizado nos demais votos que analiso, em que se observa a necessidade de interpretar a imunidade prevista no artigo 150, VI, d, tendo em vista os valores que a norma visa proteger: “valores da cultura, da liberdade de expressão, de crítica, de informação (...) Certo que a proteção a esse valores são a tônica do constitucionalismo brasileiro”²⁵.

Isto porque as argumentações apresentadas no voto debatem o alcance do artigo 150, VI, d, da Constituição: ao estabelecer que o papel esteja imune a impostos, não quer dizer que os insumos essenciais ao processo industrial de impressão de jornais não estejam abrangidos pela mesma imunidade²⁶.

- Ministro Marco Aurélio – Provimento

O ministro Marco Aurélio é mais claro ao demonstrar seus objetivos nesta decisão. Parte do pressuposto que o legislador fez o artigo 150, VI, d, buscando viabilizar o acesso menos oneroso à informação, configurada pelo artigo 220 da Constituição Federal.

Com este argumento questiono se o ministro faz referência ao acesso menos oneroso dos leitores à informação ou do direito da empresa Folha da Manhã S/A à liberdade de informar.

Ao intentar responder essa questão, me deparei com a elucidação deste problema na monografia da Bruna Pretzel²⁷, na qual conclui que neste voto o ministro Marco Aurélio concentra-se no que considera ser um direito

²⁵ RE 203859/SP - Voto do Ministro Carlos Velloso, pág. 1269

²⁶ Idem.

²⁷ Monografia apresenta a Escola de Formação por Bruna Romano Prestzel, “O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação”. Pág. 24

dos destinatários do veículo de comunicação, e não um direito da recorrente à liberdade de informação, como demonstra este trecho do voto

“(…) vemos a imunidade em tela não como um benefício objetivando o maior sucesso deste ou daquele empreendimento comercial, mas almejando proporcionar um campo próprio à eficácia maior dos dois dispositivos constitucionais a que me referi (art. 5, XVI e 220 da CF), ou seja, o acesso menos oneroso aos veículos de comunicação.”²⁸

Concordo com a autora ao afirmar que o voto do ministro se concentra no direito dos destinatários do veículo de comunicação. Porém, ressalto que não é o direito de informar que é excluído da garantia, mas o sucesso comercial do jornal. Para garantir o direito de ser informado, é necessário garantir o direito de informar²⁹.

- Ministro Celso de Mello – Provimento

O ministro inicia o seu voto com uma argumentação semelhante ao do ministro Marco Aurélio, por um sentido “finalístico” da interpretação da norma. Aponta que a imunidade tributária, dentro desse contexto, destina-se a conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais, na especificidade dos fins a que se dirigem: proteger o exercício da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Enquanto o ministro Marco Aurélio vota por um direito dos leitores à informação, neste voto ocorre o oposto. A argumentação do ministro é no sentido de preservar o direito de informar do jornal, como demonstra o trecho.

“Dentro dessa perspectiva, é preciso considerar que a garantia da imunidade qualifica-se como instrumento de proteção constitucional destinado a preservar direitos fundamentais – como a liberdade de informação jornalística, em ordem a evitar um estado de perigosa submissão tributária das empresas jornalísticas ao poder impositivo do Estado”³⁰

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

²⁸ RE 203859/SP - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 1279.

²⁹ Estabeleço esta relação no capítulo 3, “Delimitação dos Termos”

³⁰ RE 203859/SP - Voto do Ministro Celso de Mello, pág. 1284.

Com a análise desses votos demonstro que o entendimento acerca da liberdade de expressão não é pacífico entre os ministros, pois, por mais que se vote no mesmo sentido, ou seja, dar provimento ao recurso, as argumentações e posicionamento dos ministros são diferentes.

Carlos Velloso emprega a liberdade de expressão em um argumento desconectado dos outros que utilizou para justificar o seu voto, argumento retórico, genérico e que não nos possibilita saber seu entendimento acerca da liberdade de expressão.

Por outro lado Marco Aurélio desenvolve sua argumentação no sentido de preservar o direito do leitor informar-se, além de preconizar a ausência de restrição à informação.

Por fim, Celso de Mello decide com base na argumentação do ministro Marco Aurélio, mas a no sentido de preservar o direito do jornal de informar.

Em geral nenhum dos votos apresentou conceito de liberdade de expressão, direito à informação ou outra definição correlata. Sobre a questão que investigo acerca de esta garantia ser um direito absoluto ou restringível, somente Marco Aurélio se posicionou, de forma sutil, recomendando a ausência de restrição à informação.

4.3. Caso: Manifestações em Brasília

ADI-MC 1969 / DF - 24/03/1999

Relator: Ministro Marco Aurélio

A. Fatos

Esta ADI foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), com pedido de medida cautelar. A ação foi dirigida contra o decreto nº 20.098 de 15/03/1999, editada pelo então governador do Distrito Federal, que proibiu a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros nas manifestações públicas a serem realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti, em Brasília.

O Tribunal, por votação unânime, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação direta, a execução e a aplicabilidade do Decreto atacado.

B. Questões

O problema inicial era examinar se o decreto importa numa restrição ou cerceamento ao direito de manifestação. Desta questão derivou o seguinte questionamento: "O direito de reunir-se pacificamente é um direito absoluto, ou é um direito sujeito a regras?"³¹

Como ficou manifestado no capítulo 3 "Delimitação dos Termos", o direito de reunião e o direito de manifestação são diferentes, porém os ministros confundem os dois termos no presente acórdão

C. Decisão/Fundamentos

- Ministro Marco Aurélio – Provimento à ação

O primeiro argumento relevante para este trabalho é a afirmação de que o direito de reunião previsto no artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal, revela-se norma auto-aplicável, independente de regulação. A isto soma-se a premissa segundo a qual "Não cabe à autoridade local

³¹ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 306

regulamentar preceito da Carta da República muito menos a ponto de mitigá-lo, como ocorreu na espécie dos autos³².

Tendo em vista este argumento apresentado, é possível supor que o ministro considera a liberdade de reunião como um direito absoluto, independente do caso concreto. A seguir utiliza um discurso em que sustenta esta posição:

“Os brasileiros não suportam falsos protecionismos cujo único resultado é o atraso, a ignomínia de um povo (...) não é restringindo uma das mais importantes garantias constitucionais – a liberdade de expressão do pensamento, intimamente ligada ao direito de reunião – que se dará vigor e sustentação ao organismo que se quer democrático (...) ao povo é assegurado ampla e irrestritamente o direito de manifestação”³³

Em outros momentos, parece indicar que a decisão sobre a supremacia dessa liberdade foi baseada na circunstância do caso concreto. Isto gerou questionamentos nos votos de outros ministros. Primeiramente, Nelson Jobim inquiriu

– Nelson Jobim: “pelo que entendi do voto do Ministro Marco Aurélio, ele não admite nenhum tipo de regramento, não é isso?”
– Marco Aurélio: “a priori, não concebo um regramento que acabe tornando inócua a garantia constitucional”³⁴.

O ministro Maurício Corrêa, por sua vez, afirmou que a questão do direito de reunir-se pacificamente ser um direito absoluto, ou um direito sujeito a regras, não foi definida no voto do Ministro Marco Aurélio.

Ao final do debate, Marco Aurélio conferiu à liberdade de expressão e de reunião a possibilidade de repressão, mas reafirmou a impossibilidade de cerceio preventivo. Admite, assim, a atuação do poder de polícia sobre as liberdades em questão, mas apenas de modo repressivo e não preventivo:

“Sob o ângulo do poder de polícia, considerados possíveis excessos, a atuação jamais poderá ser preventiva, sob pena de intimidação incompatível com as garantias constitucionais. Há de ser acionado, isto sim, de forma repressiva apenas quando extravasados os limites ditados pela razoabilidade, vindo à balha(sic) violência contra prédios e pessoas.”³⁵

Portanto, Marco Aurélio, considera o direito de reunião previsto no artigo 5º, inciso XVI da Constituição Federal, como norma auto-aplicável,

³² ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 295

³³ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 298

³⁴ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 313

³⁵ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 302

independente de regulação, e confere às liberdades em questão a impossibilidade de cerceio preventivo.

Embora se posicione desta maneira neste momento, em confronto com as demais passagens do voto, não há como afirmar se o ministro considera a liberdade de expressão e de reunião como um direito absoluto dentro do Estado Democrático ou se decide pela preeminência dessas liberdades de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

- Ministro Nelson Jobim – Provimento à ação

Este voto é importante, pois também suscita o debate se direito de reunir-se pacificamente é um direito absoluto ou é um direito sujeito a regras. Estaria vedado ao Poder Público fixar regras em relação ao exercício do direito de reunião?

Examina a seguinte situação objetiva: a conciliação de dois direitos que devem ser assegurados pelo Estado, o direito de reunir-se e o direito de não participar da reunião e poder trabalhar tranqüilamente. Para tanto, utiliza-se do exemplo da vedação da realização de reuniões em frente a um hospital. Se realmente o direito de reunir-se fosse absoluto, tal vedação seria inviável. Esse caso revela que o direito de reunião e manifestação não é absoluto, mas relativo, e há espaços de disciplina.

No entanto, apesar da ponderação acima, o voto tem o rumo alterado, ao passo que o ministro decide acompanhar o relator Marco Aurélio, porém opondo-se à argumentação pelos seguintes fundamentos:

“Sr. Presidente, vou acompanhar, e tendia, inicialmente, a não acompanhar o Ministro-Relator, não pelos seus fundamentos.

V.Exa. operou em fundamentos que não acompanho, no sentido de que todas as manifestações que possam ser feitas, nesse ambientes, são populares e devem ser absolutamente não restringidas”³⁶

Em suma, Nelson Jobim entende que é necessário estabelecer certos tipos de regramentos, desde que não inviabilize o direito de reunião, e ressalta que o direito estabelecido no inciso XVI do art. 5º, da Constituição Federal não tem a característica de um direito absoluto.

Sobre essa alteração de rumo, é interessante assinalar a consideração feita no ministro Sepúlveda Pertence:

³⁶ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 312

“Os votos que aparentemente ameaçavam entrar em choque – Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim – no final só se distinguiram, a meu ver, por uma mera diferença de ênfase”³⁷.

De qualquer forma, apesar de ambos os ministros concordarem sobre a procedência da ação, a divergência entre os votos extrapola a questão da ênfase. Marco Aurélio, em linhas gerais, considera a liberdade de expressão e de reunião como um direito absoluto, ao passo que o ministro Nelson Jobim o considera relativo.

- Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves – Provimento à ação

Em geral, todos os ministros citados acompanharam os votos proferidos, ou seja, utilizaram argumentos dos ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim. Interessante notar que em seus votos intentaram responder à questão proposta pelo ministro Nelson Jobim, e apresentaram um entendimento que pode se afirmar comum a todos. Transcrevo os trechos relevantes ao trabalho proferidos pelos ministros.

“Penso que o direito de manifestação não é absoluto, é relativo, ou seja, encontra limite no desempenho regular do exercício dos direitos e dos deveres alheios”³⁸ (Ministro Octavio Gallotti)

“Entendo que se trata de um direito relativo, que pode se sujeitar a uma disciplina, mas esta não pode inviabilizá-lo. E foi o que aconteceu na norma em questão”³⁹ (Ministro Sydney Sanches)

“Como os demais Membros da Corte, que já se pronunciaram, também entendo que o direito não é absoluto (...) esta norma padece por estabelecer modalidades para reuniões como à utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros e por determinar locais para se fazer a reuniões, enquanto a Constituição é expressa ao dizer ‘em locais abertos ao público’”⁴⁰ (Ministro Néri da Silveira)

“Os direitos fundamentais, por via de regra, não são direitos absolutos, são direitos relativos dentro de um critério de razoabilidade com relação a essa relatividade (...) neste caso não haveria razoabilidade porque se admite reunião, mas não se admite que se externe a manifestação do pensamento de

³⁷ ADI-MC 1969/DF - Voto do Sepúlveda Pertence, pág.319

³⁸ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Octavio Gallotti, pág. 321

³⁹ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Sydney Sanches, pág. 322

⁴⁰ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Néri da Silveira, pág. 324

maneira que possa haver comunicação entre os participantes.”⁴¹ (Ministro Moreira Alves)

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

A exceção do ministro Marco Aurélio, todos os ministros declararam expressamente que o direito de reunião não é um direito absoluto e pode se sujeitar a uma disciplina, desde que esta não a inviabilize.

Acredito que não ocorreu discrepância entre a declaração de que não há direito absoluto e a decisão por declarar a suspensão da execução do Decreto, este que intenta balizar, regulamentar, o direito de reunião. Assim o afirmo, porque considero adequada a ponderação feita entre a liberdade de expressão e o Decreto, pois foi baseada por completo nas circunstâncias do caso concreto, demonstrando que na prática também não considera, o direito de reunião absoluto.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, denota o caráter absoluto da liberdade de reunião, norma auto-aplicável que independente de regulação. Não há como afirmar se o ministro considera a liberdade de expressão e de reunião como um direito absoluto dentro do Estado Democrático ou se decide pela preeminência dessas liberdades de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Contudo, mais uma vez se depreende a confusão de conceitos, por parte dos ministros, ao utilizarem direito de reunião e manifestação como sinônimos, bem como a falta de consenso de argumentação e posicionamento, por mais que todos tenham decidido por dar provimento à ação.

⁴¹ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Moreira Alves, pág. 325

4.4. Caso: ECA e comunicação social

ADI 869 / DF – 04/08/1999

Relator: Ministro Ilmar Galvão

A. Fatos

Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que resultou de representação que lhe foi encaminhada pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), com o objetivo de excluir a expressão (abaixo, em negrito) contida no art. 247, § 2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA):

“Art. 247. Divulgar total ou parcialmente, sem a autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança ou adolescente a que se atribua ato infracional:

Pena: multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

(...)

§ 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autorização judicial poderá determinar a apreensão da publicação **ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.”**

A questão foi julgada procedente, por unanimidade, em 4 de agosto de 1999, declarando-se a inconstitucionalidade do fragmento.

B. Questões

Liberdade de informação *versus* o direito à dignidade, respeito e intimidade assegurado às crianças e adolescentes.

Para Nelson Jobim a situação que envolve este julgamento é que a requerente aceita que não se pode “divulgar ato ou documento, exibição de fotografias de menores envolvidos em infrações, etc.”⁴², mas não aceita as conseqüências de ter descumprido aquilo que aceita.

C. Decisão/Fundamentos

Os ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Néri da Silveira não apresentaram argumentos que envolvem a liberdade de

⁴² ADI 869/DF – Voto vista do ministro Nelson Jobim, pág.37.

informação, nem ao menos mencionam este direito. Sendo assim, não os analiso.

- Ministro Ilmar Galvão – (Relator) – Procedente a ação

Para o ministro assinalar que a liberdade jornalística apresenta uma série de limitações e demonstrar que o problema da norma impugnada é o abuso ao suspender o programa por dois dias bem como da publicação do periódico por até dois números, percorre as limitações implícitas e explícitas da manifestação de pensamento, bem como busca nos ensinamentos de José Afonso da Silva o entendimento acerca destas limitações.

“Todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pela sua variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, hão de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição”⁴³

Segundo o ministro, as limitações explícitas à liberdade de manifestação de pensamento se encontram arroladas nos artigos 5º, incisos IV, V, X, artigo 21, XII, alínea a, artigo 220, § 5º e artigo 221 e incisos. Aponta que as limitações implícitas são aquelas que, violadas as limitações enumeradas, ensejam o uso do poder de polícia pelo Estado, para prevenir a consumação de abusos e ilicitudes, como demonstra o trecho a seguir

“Na verdade, no próprio contexto das normas limitadoras do direito à manifestação, e, mais precisamente, do direito à informação jornalística, acha-se implícita a cláusula do pronto exercício do poder de polícia, inerente ao Estado, para prevenir a consumação de abusos e ilicitudes verificáveis de pronto e de maneira inconfundível. É o que ocorre, mais especificamente, diante da prática de ilícitos, não apenas de ordem criminal, mas também de natureza eleitoral...”⁴⁴

Contudo, aparentemente o ministro não considera a liberdade de manifestação de pensamento, bem como o direito à informação jornalística, como direito absoluto, ao reconhecer limites a estes direitos, como demonstra o trecho acima.

Neste voto, o ministro demonstra certa inclinação ao favorecimento de regulação infraconstitucional, em determinadas situações, a estes direitos constitucionais.

⁴³ ADI 869/DF – Voto do ministro Ilmar Galvão, pág. 32.

⁴⁴ Idem, pág.33

Após este exame, o ministro, busca nos ensinamentos de José Afonso da Silva o propósito da liberdade de informação jornalística.

“A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial.” (José Afonso da Silva)⁴⁵

Embora o ministro transcreva este trecho que demonstra as duas faces do direito à liberdade de informação - direito de informar e direito à informação -, o ministro decide o caso com base apenas no direito do cidadão à informação,

“De ver-se, portanto, que, no caso, a medida preconizada no texto impugnado na inicial (...) se mostra inadequada como sanção, posto que, na verdade, o efeito que dela resulta vem justamente de encontro ao direito que tem o público à informação sobre fatos e idéias, privado que dela pode ficar por até dois dias”⁴⁶

Portanto, o ministro Ilmar Galvão reconhece que o direito à manifestação do pensamento e o direito à informação jornalística não são direitos absolutos e encontram limitações na própria Constituição, mas esta ponderação não o impediu de declarar a inconstitucionalidade do artigo impugnado, afastando assim a incidência de regulamentação do direito à informação.

- Ministro Marco Aurélio – Procedente a ação

“Senhor Presidente, creio que há valores em jogo, o valor visado pelo preceito que se quer fulminar mediante esta ação direta de inconstitucionalidade, que é o relativo à formação da criança e do adolescente, e um valor **para mim, inafastável**, que diz respeito à liberdade de expressão, à liberdade de comunicação social, como previsto no Capítulo V da Carta da República, no artigo 220.”⁴⁷ (grifo meu)

Mais uma vez, o ministro Marco Aurélio expõe especial apreço ao direito à liberdade de expressão, ao usar a declaração “para mim, inafastável”. Ou seja, é possível entender, a partir desse posicionamento e do histórico do ministro, que ele considera essa liberdade inafastável em si mesma, independente das circunstâncias do caso concreto.

⁴⁵ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Ed, 13ª Ed., p. 239/40 *apud* ministro Ilmar Galvão, ADI 869/DF, pág. 35.

⁴⁶ ADI 869/DF – Voto do ministro Ilmar Galvão, pág.35.

⁴⁷ ADI 869/DF – Voto do ministro Marco Aurélio, pág.44

- **Ministro Moreira Alves – Procedente a ação**

“Julgo procedente a ação porque a questão da pena administrativa impõe a declaração de inconstitucionalidade (...) Não aplico, no entanto, o art. 220, porque não me parece que ele tenha essa extensão, até porque, se a tivesse, teríamos que considerar qualquer espécie de embaraço porque também é um embaraço publicação de imprensa escrita, já que não é possível apreender a divulgação por meio da imprensa falada”⁴⁸

Como demonstra o trecho, o ministro afastou a incidência do artigo 220 da Constituição Federal por entender que no presente caso não era necessário estender a discussão para o campo da liberdade de expressão.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

Não há como extrair deste caso um entendimento comum acerca da liberdade de manifestação de pensamento e da liberdade de informação jornalística. Cada um dos ministros apresentou argumentos distintos, fato que gerou discrepância entre os votos, embora todos os ministros tenham decidido por dar provimento à ação.

Concluo apenas que o ministro Ilmar Galvão se posicionou a delegar uma limitação relativa à liberdade de comunicação social, embora tenha declarado inconstitucional a norma que intentava regular essa liberdade, ao passo que o ministro Marco Aurélio dispôs deste direito como absoluto, “inafastável”, mas não posso afirmar que tal entendimento se deu independente do caso concreto.

⁴⁸ ADI 869/DF – Voto do ministro Moreira Alves, pág.51

4.5. Caso: proselitismo em emissoras comunitárias

ADI-MC 2566 / DF - 22/05/2002

Relator: Ministro Sydney Sanches

A. Fatos

O Partido Liberal (PL) promoveu ação direta de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º da Lei nº 9.612/98, que diz:

“§1º - É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.”

Sustenta o autor que tal norma infringe o disposto no art. 5º, IV, VI, IX e art. 220 incisos da Constituição Federal, e pediu a suspensão cautelar do preceito.

O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a medida acauteladora declarando a constitucionalidade do art. 4º, § 1º da Lei nº 9.612/98, vencidos os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, em 22 de maio de 2002.

B. Questões

Averiguar se o art. 4º, § 1º da Lei 9.612/98 colide com o direito à liberdade de expressão, assim como seus direitos conexos.

C. Decisão/Fundamentos

Dos votos mais importantes para o presente tema, temos o do relator, ministro Sydney Sanches, que votou pelo indeferimento, e dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que foram vencidos.

- Ministro Sydney Sanches (Relator) – Indefere a medida cautelar

Primeiramente, o ministro recorre a uma análise gramatical da palavra proselitismo e transcreve integralmente o texto da lei 9.612/98. Ocupa-se dessa análise preliminar por quase todo o voto e, deste exercício, faz a seguinte ponderação:

“não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis. Caberá ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, verificar se ocorreu, com o proselitismo,

desvirtuamento de suas finalidades [da radiodifusão comunitária]”⁴⁹ (grifo meu)

Após esta ponderação, indefere a medida cautelar, por compreender que a norma impugnada visou apenas evitar o desvirtuamento da radiodifusão comunitária, usada para fins estranhos a ela.

A afirmação de que não há direitos absolutos, ilimitados ou ilimitáveis, deixa explícito a posição do ministro quanto à relatividade dos direitos fundamentais. Como demonstra o trecho transcrito acima, há indícios de que este entendimento vai além do contexto deste caso concreto. Aponto que este entendimento também se repetiu no caso das manifestações em Brasília (ADI-MC 1969/DF), fato que ratifica uma possível inclinação do ministro a votar sempre neste sentido.

- Ministro Celso de Mello – Defere a medida cautelar

O ministro defere a medida, a partir dos seguintes argumentos:

“A livre expressão e divulgação de idéias não deve ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente **por não se tratar de direito absoluto** – que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeito à apreciação do Poder Judiciário, mediante **controle jurisdicional a posteriori**”⁵⁰

(...)

“A Constituição é clara ao estabelecer que são essencialmente livres a manifestação do pensamento e a comunicação de idéias, assegurando-se, por igual, **sem qualquer interferência estatal prévia**, ‘em qualquer veículo de comunicação social’, o pleno exercício da liberdade de informação.”⁵¹ (grifo meu)

O ministro explicita que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. No entanto – segundo o ministro -, este mesmo direito não pode sofrer interferência estatal prévia. Ou seja, apesar desse direito não ser absoluto, há limites para a sua restrição.

O ministro ao acrescentar a expressão “eventual abusos (...) ficarão sujeito à apreciação do Poder Judiciário, mediante controle jurisdicional a posteriori”, Denota que os direitos relativos são passíveis de restrição, mas

⁴⁹ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Sydney Sanches, pág.601

⁵⁰ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, pág.604

⁵¹ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, pág.605

existem limites a essa restrição, em que só pode ser aceita de forma a posteriori e pelo Poder Judiciário, quando e somente quando ocorrer abusos desses direitos, ou seja, não permite que uma norma regule o direito à liberdade de expressão. Dos trechos selecionados também se pode extrair o entendimento de que direitos absolutos são aqueles que não permitem, nem ao menos, o controle judicial a posteriori.

- Ministro Marco Aurélio – Defere a medida cautelar

Transcrevo abaixo um trecho do voto do ministro Marco Aurélio importante para a presente análise.

“Todos temos a convicção de que **não há direitos absolutos** na Carta da República. Nem aquele relativo à vida existente, já que a Carta excepciona a proibição da pena de morte, fazendo-o na hipótese de guerra.

(...)

Tenho pra mim que **não se pode afastar a incidência** da Carta da República quando assegura, no artigo 220, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, não sofreram qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”⁵²
(grifo meu)

O ministro afirma a **inafastabilidade da liberdade** prevista no artigo 220 da CF, mas não deixa claro se considera essa liberdade absolutamente inafastável, ou somente em relação a este caso concreto.

Esta confusão deriva do fato de que o ministro declara de forma expressa que não há direitos absolutos na Constituição Federal, ou seja, prima pela relativização desses direitos. Ao passo que, na prática, no caso concreto, afirma que a lei impugnada afetou em demasia o direito a liberdade de expressão e por tal motivo não há como afastar a incidência do artigo 220, sem ao menos fazer uma ponderação adequada.

Em suma, o ministro deixou explícita sua posição quanto à relatividade dos direitos fundamentais, mas em seu pronunciamento não fez uma conexão argumentativa entre essa relatividade e a inafastabilidade da liberdade de comunicação social ao caso em tela.

Portanto, declara a relativização dos direitos fundamentais, mas no caso concreto não consegue sustentar essa posição, votando de forma a

⁵² ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág.610

colocar a liberdade de expressão como direito absoluto. Desse modo, existe uma clara diferença entre o que o ministro declara expressamente e a argumentação utilizada no caso concreto.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

O ministro Sydney Saches baseia seu voto no fato de não entender existirem direitos absolutos. Entendeu que a norma impugnada tratava-se de uma regulamentação necessária àquele direito.

Os votos vencidos dos ministros Celso de Mello e Marco Aurélio são interessantes, ao passo que declaram expressamente não existirem direitos absolutos, mas ambos, ao se voltarem ao caso concreto não conseguem sustentar essa posição e votam de forma a assentar a liberdade de expressão como direito absoluto. Portanto, existe sentido opostos entre o que esses ministro declaram e a argumentação que fundamenta os votos proferidos.

Nenhum dos ministros adentram ao mérito da garantia constitucional em comento, tampouco apresentam um conceito, um norte, da locução da liberdade de expressão.

4.6. Caso: propaganda partidária e coligações

ADI-MC 2677 / DF - 26/06/2002

Relator: Ministro Maurício Corrêa

A. Fatos

O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Popular Socialista (PPS) e Partido Democrático Trabalhista (PDT), propõem ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, do art. 45, § 1º, I, da Lei 9.096/95, dispositivo legal que veda a participação, em propaganda de rádio e televisão, de pessoas filiadas a partido que não o responsável pelo programa partidário.

“Art. 45 A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade:

(...)

§ 1 Fica vedada, nos programas de que trata este Título:

I – a participação de pessoa filiada a partido que não o responsável pelo programa”

Sustenta-se violação à autonomia partidária, à liberdade de expressão e pensamento e à proibição de censura política e ideológica. O Tribunal, por maioria de votos, vencido o ministro Marco Aurélio, indeferiu a liminar, julgamento constitucional a norma impugnada em 26 de junho de 2002.

B. Questões

Analisar se a norma impugnada fere princípios constitucionais tais como a autonomia partidária, a liberdade de expressão e pensamento e a proibição de censura política e ideológica.

C. Decisão/Fundamentos

Este acórdão prestou maior importância à questão da autonomia partidária e pouco à liberdade de expressão. Neste contexto, não analiso os votos dos ministros Gilmar Mendes e Nelson Jobim, que decidiram nos termos do voto do ministro relator, mas que não se pronunciaram acerca da liberdade de expressão e pensamento, tampouco sobre proibição de censura política e ideológica.

- Ministro Maurício Corrêa (Relator) – indefere a cautelar

O ministro Maurício Corrêa afasta a violação da liberdade de expressão e pensamento da norma impugnada, ao começar por distinguir propaganda partidária (que se destina a difundir idéias e toda a atividade partidária, independentemente da realização de eleições no exercício em que veiculada); e propaganda eleitoral, disciplinada pela Lei 9504/97 que permite o uso de meios de comunicação pra que os candidatos escolhidos em convenção possam levar à sociedade as suas idéias e propostas como pretendentes a cargos eletivos.

“A propaganda partidária portanto, não tem nem pode ter conotação eleitoral, não se destinando à divulgação e à promoção de coligações a serem constituídas para disputar determinada eleição (...) a coligação (...) tem evidente relação com o processo eleitoral e não com a atividade partidária em si...

Assim entendendo, claro está que o dispositivo impugnado em nada atinge a liberdade de expressão e pensamento (...). De igual forma, não se cuida, por óbvio, de censura política ou ideológica. Trata-se, como visto, de resguardar a finalidade do favor legal concedido ao partido político, exercendo o Estado o legítimo controle sobre sua adequada execução” 53

O ministro afasta, assim, a violação à liberdade de expressão, sem entrar no mérito desta garantia constitucional, por entender que as coligações fazem parte do processo eleitoral e não da atividade partidária. Fato que exclui do alcance da norma impugnada o direito à liberdade de expressão e pensamento, pois o Estado estaria exercendo a sua função de controlar o processo eleitoral.

- Ministro Marco Aurélio – deferiu parcialmente a cautelar

O ministro afirma que

“A Constituição Federal encerra no artigo 220, de modo categórico, a liberdade de pensamento, expressão e informação.” 54

Ao iniciar o voto com este trecho observo a invocação das liberdades do artigo 220 da Constituição como valor superior, a ser categoricamente levado em conta no caso, para afastar a restrição presente no preceito

⁵³ ADI 2.677/DF - Voto do Ministro Maurício Corrêa, pág. 483

⁵⁴ ADI 2.677/DF – Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 491

impugnado. Demonstra, assim, a inafastabilidade desta garantia constitucional, ao contrário do voto do ministro relator Maurício Corrêa. Esta observação se confirma no último parágrafo do voto do ministro Marco Aurélio

“Peço vênia ao nobre relator para deferir parcialmente a liminar, emprestando ao inciso I do § 1º do artigo 45 da Lei 9.096/95 a interpretação conforme a Carta da República, harmônica com a realidade, a ponto de não ver a incidência do dispositivo no tocante a pessoa filiada a partido diverso que esteja coligado àquele responsável pelo programa.”⁵⁵

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

Este acórdão demonstra a incidência de argumentações antagônicas. O ministro Maurício Corrêa afastou a violação à liberdade de expressão da norma impugnada ao passo que o ministro Marco Aurélio prezou por sua inafastabilidade ao caso concreto de aplicação da referida norma.

Acredito que esta divergência é possível por não se apresentar esclarecimentos e uma clara conceituação acerca da liberdade de expressão, permitindo que em um mesmo caso a utilize tanto para deferir ou indeferir a medida cautelar.

⁵⁵ ADI 2.677/DF – Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 492

4.7. Caso: O Globo versus Garotinho

Pet 2.702-7 / RJ - 18/09/2003

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

A. Fatos

Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira – então Governador do Estado do Rio de Janeiro – requereu medida cautelar contra Infoglobo Comunicações LTDA, outras empresas de comunicação social e dois repórteres do O Globo.

O Globo veiculou reportagem sob título “Garotinho sabia de suborno”, na qual se noticia conversas gravadas de 1995 a qual mostra que Garotinho participou de operação de suborno do auditor fiscal da Receita Federal, responsável pela aprovação dos sorteios feitos pelo programa “show do Garotinho”, que foi ao ar pela Rádio Tupi e pela TV Bandeirantes.

Anthony Garotinho requereu medida liminar em primeira instância, pedindo a imediata apreensão de todas as fitas e gravações mencionadas na matéria alusivas à supostas conversas telefônicas, cuja gravação teria sido obtida por meio de escutas clandestinas, bem como a intimação dos requeridos para que se abstivessem de publicar, na imprensa escrita e falada, gravações, fitas ou transcrições relativas à interceptação de ligações telefônicas de Garotinho. O pedido foi baseado na invocação do artigo 5º, X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra das pessoas) e XII (inviolabilidade das comunicações telefônicas), da Constituição Federal; os arts. 10 da L. 9296-96 (crime de interceptação telefônica não autorizada) e 151,§ 1º, II, Código Penal (crime de violação de correspondência).

A Juíza de 1ª instância deferiu em parte à liminar, no que interessa tão somente ao segundo pedido. Dessa decisão liminar, houve agravo por parte dos réus. O resultado foi no sentido de manter a tutela antecipada como estava, ou seja, recurso desprovido.

Assim, os agravantes vencidos interpuseram Recurso Extraordinário, pedindo que os autos fossem remetidos imediatamente ao STF. Passados oito meses da formulação do pedido em que não obtiveram resposta do TJ-RJ, apresentaram esta petição ao STF.

A petição requereu medida cautelar, para que fossem suspensos os efeitos do acórdão que decidiu o agravo de instrumento, revogando-se a liminar concedida em primeira instância, a fim de que o conteúdo das gravações telefônicas pudesse ser divulgado. Alternativamente, requereu que fosse determinada a imediata remessa do recurso extraordinário, pendente de admissão no TJ-RJ, ao STF, para que nesta corte fosse conhecido e provido.

O Ministro Sepúlveda Pertence indeferiu o pedido de autorização liminar de publicação do conteúdo das gravações

telefônicas, e deferiu em parte o segundo pedido. O Ministro Pertence determinou também outras medidas processuais relativas a este caso. Esta decisão foi submetida ao plenário do STF, que a referendou por maioria de votos em 18 de setembro de 2002.

“O Tribunal, por maioria de votos, referendou o ato de Sua Excelência, o Relator, vencido o Presidente Marco Aurélio, quanto à medida liminar, para a divulgação do material existente, a título de informação, em 18.09.2002”⁵⁶

B. Questões

Colisão entre direitos fundamentais: Liberdade de expressão e de imprensa *versus* o direito à intimidade, à honra. Porém esta colisão envolve a consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.

C. Decisão/Fundamentos

- Ministro Sepúlveda Pertence (Relator) – Indefere a liminar

Sua decisão apresenta inúmeras questões processuais das quais não cabe aqui relatar. Aponta que o litígio presente no caso envolve uma tensão dialética entre liberdade de informação e direitos da personalidade. Trata-se, portanto, de questão de ponderação de interesses, técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.

Contudo, adiciona novo argumento ao seu raciocínio, o qual muda o desenvolvimento do seu voto: há, no caso, crime de violação de sigilo.

“Há mais, porém: de logo, o equacionamento da colisão de princípios constitucionais a solver no caso não se pode restringir à contraposição freqüente – entre a liberdade de informar e o direito à honra e à reputação.

Não é possível fazer abstração de que está em causa é a licitude da publicação do **fruto de interceptação** telefônica – hoje, em si mesma iniludivelmente (sic) criminosa – e que afronta garantia constitucional – a do sigilo das comunicações telefônicas...”⁵⁷

A garantia constitucional do sigilo telefônico (art. 5º, XII) independe do conteúdo da mensagem transmitida e não tem seu alcance limitado ao resguardo das esferas de intimidade ou da privacidade dos interlocutores. Por isso, conclui:

“Desse modo – diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar

⁵⁶ Extrato de ata.

⁵⁷ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Sepúlveda Pertence, pág. 821

peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores.”⁵⁸

Ao que tudo indica e com base nos trechos transcritos, o ministro prima pelo direito ao sigilo, pois lhe concede um peso maior do que os princípios da informação e da personalidade, em qualquer situação. Denoto que a inviolabilidade do sigilo das comunicações é uma limitação à liberdade de informação. Portanto, o ministro enxerga essa liberdade como sendo relativa.

- Ministro Gilmar Mendes – Indefere a liminar

Reconhece a colisão entre direitos fundamentais:

“a liberdade de expressão e de imprensa, de outro lado, o direito à intimidade, à honra, mas como demonstrou o eminente Relator, cuida-se de um caso de colisão complexa, que envolve a consideração sobre a própria inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.”⁵⁹

Por isso, conclui que não é possível atender pedido de tutela antecipada nesta situação, acompanhando o relator.

- Ministro Marco Aurélio – Defere a liminar

O único ministro que foi favorável à liberdade de informar foi Marco Aurélio.

A primeira argumentação apresentada com relevância ao presente estudo é a referência à liberdade de informação.

“Refiro-me à liberdade de informação, ao direito, para mim, público, subjetivo e político do cidadão: direito de ser informado. Aí surge, a meu ver, com relevância e eficácia maior (...) vedar a censura prévia.”⁶⁰

A partir dessa afirmação, o ministro defende que o conflito entre direitos fundamentais é aparente, pois a Constituição conferiu ênfase maior ao direito-dever de informar. Isso porque, no inciso V do artigo 5º, há o direito de resposta, que deve ser proporcional à ofensa. Também é

⁵⁸ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Sepúlveda Pertence, pág. 823

⁵⁹ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Gilmar Mendes, pág. 827

⁶⁰ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 829

garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso X), como demonstra o trecho:

“Se analisarmos os incisos do artigo 5º, mencionados no §1º, veremos que a própria Carta confere ênfase maior ao direito-dever de informar.
(..)

A interpretação sistemática desses dispositivos (artigo 5º, §1º, V e X da CF) leva-me a concluir que há de prevalecer a informação, tal como assegurada no artigo 220 da CF”⁶¹

Assim, segundo o ministro Marco Aurélio, não pode haver controle prévio, já que a própria Constituição estabeleceu mecanismos *a posteriori* com o intuito de sanar eventuais danos decorrentes do exercício exorbitante da liberdade de informar. Além disso, afirma que “os conflitos entre liberdade de informação e os direitos de personalidade serão resolvidos em favor do interesse público visado pela informação.”⁶²

Esse direito à informação deverá ser colocado em primeiro plano sempre que visar interesse coletivo, em oposição ao interesse individual de pessoa, relativa à proteção de seus direitos de personalidade.

“Houve a censura prévia judicial colocando-se em segundo plano o que não poderia ser colocado em segundo plano, o direito de informar e, mais do que isso, o direito da coletividade (...) ser bem informado.
(...)

O interesse coletivo, a meu ver, porque vivemos em uma sociedade aberta, sobrepõe-se ao interesse individual (...) o interesse, no caso, é do autor da ação que, numa medida, numa tutela antecipada, acabou por obstaculizar a divulgação dessas fitas que, sob meu ponto de vista, já tarda. Estamos a três semanas das eleições e precisamos conhecer o perfil de cada candidato.”⁶³

Contudo, diverge do ministro relator e defere a liminar pleiteada.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

Os dois ministros que votaram pelo indeferimento da liminar pleiteada pela empresa Infoglobo Comunicações LTDA, assim o fizeram por aplicarem o caráter relativo ao direito de informação, justamente por

⁶¹ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 830

⁶² Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 831

⁶³ Pet 2.702-7 / RJ – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 832

compreenderem que a inviolabilidade do sigilo das comunicações é uma limitação à liberdade de informação. Frise-se, esse entendimento foi tomado apenas para o caso em tela.

Todavia, o ministro Marco Aurélio consagra ao direito de informação como norma superior as demais e que deve prevalecer sempre que visar o interesse coletivo. Caracteriza esse direito com absoluto em que não é permitido nenhum controle prévio.

Ademais, aponto que, assim como no caso Folha e imunidade tributária (RE 203859/SP), o ministro Marco Aurélio se concentra no que considera ser um direito dos destinatários do veículo de comunicação, ou seja, mais uma vez prima pelo direito à informação e não ao direito de informar. Ressalto que para garantir o direito de ser informado, é necessário garantir o direito de informar.

Em geral nenhum dos votos apresentou conceito de liberdade de expressão, direito à informação ou outra definição correlata. Tampouco, se adentro no mérito dessa liberdade.

4.8. Caso: ofensa às Forças Armadas

HC 83.125/DF – 16/09/2003

Relator: Ministro Marco Aurélio

A. Fatos

O Ministério Público Militar ofereceu denúncia contra o paciente, Jermir Pinto de Melo, por ter narrado no livro "Feridas da Ditadura Militar" três fatos tidos por ofensivos às Forças Armadas, a saber: desapropriação de terras pertencentes a pequenos agricultores, no Município de Formosa, Estado de Goiás, para destinação ao uso militar inadequada; torturas praticadas por militares durante o período de exceção; combate à guerrilha de esquerda no Araguaia. O crime de ofensa às Forças Armadas está previsto no artigo 219 do Código Penal Militar:

"Art. 219. Propalar fatos, que sabe inverídicos, capazes de ofender a dignidade ou abalar o crédito das forças armadas ou a confiança que estas merecem do público:

Pena - detenção, de seis meses a um ano."

A denuncia oferecida pelo Ministério Público Militar foi rejeitada na primeira instância, mas recebida pelo Superior Tribunal Militar. No STF, por unanimidade de votos, o pedido de habeas corpus foi deferido, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, em 16 de setembro de 2003.

B. Questões

A conduta do paciente enquadra-se em ofensa às Forças Armadas?

C. Decisão/Fundamentos

O ministro Marco Aurélio foi o único a votar e inicia o seu voto com a seguinte argumentação:

"Não há Estado Democrático de Direito sem observância da liberdade de expressão. Por isso, no rol das garantias constitucionais – artigo 5º da Constituição Federal de 1988 –, tem-se como livre a manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato (...) Sob o ângulo da comunicação social, preceitua o artigo 220 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."⁶⁴

Este trecho é o único em que o ministro Marco Aurélio faz alusão à liberdade de expressão e o apresenta como introdução ao seu voto, sem

⁶⁴ HC 83.125/DF – Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 555.

confrontá-lo às circunstâncias do caso concreto ou a direitos conflitantes com a liberdade de expressão.

Após este argumento o ministro se põe a examinar os trechos do livro constantes na denúncia e aponta a não-adequação da conduta do paciente ao tipo penal de ofensa às Forças Armadas.

Está presente na ementa do acórdão a consideração acerca da liberdade de expressão, que não foi explorada nas argumentações do ministro.

“A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos ou históricos e a crítica.”⁶⁵

Portanto, a leitura isolada da ementa denota a impressão que o ministro julgou o caso explorando a colisão do direito à liberdade de expressão com a norma impugnada, fato que não ocorreu.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

O Habeas Corpus gira em torno de questões “penal-militar” e apresenta a liberdade de expressão como mera introdução ao voto proferido, sem ao menos confrontá-la as circunstâncias do caso concreto.

Conclui-se apenas que o ministro considera essencial a liberdade de expressão para o Estado Democrático e constitui-se em direito fundamental do cidadão.

⁶⁵ HC 83.125/DF – Ementa.

4.9. Caso: Ellwanger

HC 82424/RS – 17/09/2003

Relator: Ministro Moreira Alves

A. Fatos

Siegfried Ellwanger veio a ser condenado pelo delito de discriminação contra os judeus. O crime foi tipificado pelo artigo 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8081/90⁶⁶, por ter na qualidade de escritor e sócio da empresa Revisão Editora LDTA, editado, distribuído e vendido ao público obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, que, segundo a denuncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, procurando com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”⁶⁷

Sustenta o impetrante que embora condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, esse que não tem conotação racial para se atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII da Constituição Federal ficou restrito ao crime de racismo. Requer, assim, que se reconheça a ocorrência de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado em julgamento ocorrido em 31 de Outubro de 1996, quatro anos, 11 meses e 16 dias após o reconhecimento da denuncia.

No STF, a discussão teve dois aspectos. O primeiro visou apreciar, em sede de *habeas corpus*, a alegação do paciente de que a sua conduta discriminatória não configura o crime de racismo perante o povo judeu, uma vez que o judaísmo não poderia ser considerado uma “raça”. Este ponto não analisei por não ser relevante ao presente estudo.

⁶⁶Lei nº 8.081/90, Art. 1º: “A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

Art. 20: Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

⁶⁷ HC 82.424/RS – Voto do ministro Moreira Alves, pág. 207

O segundo aspecto consistiu na abordagem do conflito entre liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos constitucionalmente protegidos⁶⁸.

Diversos pontos foram levantados pelos ministros, o que deu origem a um acórdão de praticamente 500 laudas. Todavia, a idéia central da decisão, em consonância com o tema deste trabalho – liberdade de expressão –, está contida nos votos dos ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

B. Questões

Colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

C. Decisão/Fundamentos

- Moreira Alves – Concessão da ordem

O Ministro Moreira Alves faz argumentação mais sucinta do que os outros ministros, já que se limita a examinar o alcance do crime de racismo. Acredita que este crime não abarca toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação e que deve essa expressão ser interpretada de forma restrita. Para chegar a essa conclusão, invoca o “elemento histórico” segundo o qual a intenção do constituinte era a de dar para “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação especificamente contra a raça negra.

Conclui o voto ao assinalar:

“Sucedee, porém, Sr. Presidente, que, no presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo.”

- Maurício Corrêa – indefere a ordem

Aduziu que o conceito de raça não é expressão unicamente biológica, devendo ser interpretada também a luz de outras ciências, como a Sociologia e a Antropologia. A esse argumento somaram-se outros, de

⁶⁸ Essas informações foram retiradas do Estudo Dirigido, apresentado à Escola de Formação em 2006, por Gabriela Engler. http://www.sbdp.org.br/material/27_EF%20-%20Aula%20%20-%20Estudo%20dirigido%20Ellwanger%20-%20Gabriela%20Engler.pdf

natureza histórica. “Vê os judeus como raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política”⁶⁹.

Ademais, suscita a questão da liberdade de expressão ao expressar que no presente caso não ocorre qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220).

“A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”

Ressalto que o ministro Celso de Mello também adotou essa linha de pensamento e ambos indeferiram a ordem.

- Gilmar Mendes – Indefere a ordem

Após longa explicação sobre o conceito de racismo, pergunta-se sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Como bem salientou Paula Gorzoni, Gilmar Mendes enquadrou o caso dentro do tipo penal já definido, considerando a atitude de Ellwanger como prática de racismo, não havendo a necessidade de se fazer tal pergunta. Essa discussão caberia em questionamento sobre a norma em abstrato, e não em habeas corpus.

Porém, para a presente análise se faz necessário discorrer sobre o entendimento de Gilmar Mendes nem que seja de forma abstrata, sem correlação argumentativa com o caso concreto.

Inicia o exame da questão proposta ao salientar a importância da liberdade de expressão como instrumento da democracia, sendo essencial tanto como instrumento de controle de governo, como da formação e consciência e da vontade popular. Daí demonstra a preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação e se utiliza da doutrina do **“hate speech”** com o autor Kevin Boyle e pondera que em uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto

⁶⁹ HC 82.424/RS – Voto do ministro Gilmar Mendes, pág. 314

proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação e conclui:

“Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático”⁷⁰

Desta constatação invoca a regra da proporcionalidade como forma de solucionar “a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão”. Chega a seguinte conclusão:

“Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob, o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”⁷¹

Após esta ponderação indefere a ordem de habeas corpus.

- Marco Aurélio – Concessão da ordem

Após o relato acerca do caso e de como os ministros votaram, Marco Aurélio externa sua primeira ponderação

“A censura, em suas diversas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial –, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos.”⁷²

Para ratificar esse entendimento, relata todas as normas matrizes internacionais da liberdade de expressão como constatação do papel essencial que essa liberdade possui em diversas declarações de direitos e Constituições do mundo ocidental.

O próximo passo é no sentido de conceituar a liberdade de expressão como elemento essencial e manifestação concreta do Estado Democrático de Direito, “Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático”⁷³.

“O específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável (sic), em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de

⁷⁰ HC 82.424/RS – Voto do ministro Gilmar Mendes, pág. 326

⁷¹ HC 82.424/RS – Voto do ministro Gilmar Mendes, pág. 346

⁷² HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 866

⁷³ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 873.

forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária”⁷⁴

Assim, ressalta que a liberdade de expressão apresenta uma “dimensão eminentemente social”⁷⁵, é um valor instrumental para a consolidação de uma sociedade democrática e plural.

Para tanto, o ministro apresenta algumas razões que ilustram essa função democrática, tais como: possibilidade de participação no processo político sem receio de contrariar-se a opinião estatal ou majoritária; construção da tolerância no seio da coletividade; controle do poder político e econômico; garantia da diversidade de opiniões, inclusive das minoritárias, como meio para a construção de uma convicção soberana, livre e popular que abarque grande número de possibilidades e alternativas.

Interessante notar, como bem aponta Bruna Pretzel, que a garantia da manifestação de opinião minoritárias é bastante frisada pelo ministro como aspecto essencial à consolidação de uma sociedade democrática, isso porque

“Isso ocorre principalmente porque, neste caso concreto, está envolvido o que o Ministro Marco Aurélio chama de opinião minoritária: uma obra de revisionismo histórico, de autoria de Ellwanger, que negava que os judeus tivessem sido vítimas do Holocausto.”⁷⁶

Da ponderação da manifestação da opinião minoritária, surge o próximo argumento do ministro, em que afirma que não se pode limitar conteúdos, mas apenas as formas de manifestação do pensamento, no exercício da liberdade de expressão, demonstrando a relatividade desse direito, como demonstra o trecho:

“não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir os olhos da maioria e da ideologia predominante (...). A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quando à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido.”⁷⁷

Assim, o ministro demonstra a possibilidade de limitações de forma e não de conteúdo no exercício da liberdade de expressão. Essa asserção também se justifica com o seguinte argumento: embora a liberdade de expressão seja núcleo essencial do princípio democrático, ela não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer restrição. É nesse

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 878.

⁷⁶ Monografia apresenta a Escola de Formação por Bruna Romano Pretzel, “O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação”. Pág. 80

⁷⁷ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 882.

sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, “quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento”⁷⁸.

Justamente pelo fato da liberdade de expressão não ser um direito absoluto e encontrar limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios, o ministro se dedica a análise da colisão entre a liberdade de expressão e a proteção da dignidade do povo judeu. Antes, porém, ressalta a necessidade de verificar o abuso da liberdade de expressão a partir do impacto concreto sobre a honra das vítimas, ou seja, não concebe uma restrição preventiva, apenas posterior ao fato.

Tanto na monografia da Bruna Pretzel quanto na monografia da Paula Gorzoni, em que analisam esse caso, apontam que o ministro aplica a regra da proporcionalidade de maneira retórica e “já que considera a liberdade de expressão mais importante do que os direitos em colisão”⁷⁹

Enfim, após o ministro aplicar o princípio da proporcionalidade nesta hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, pondera:

“Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.”⁸⁰

Interessante observar que o ministro Gilmar Mendes se utilizou da mesma técnica e chegou a uma conclusão totalmente diferente, como foi demonstrado na análise de seu voto. Porém, não é possível determinar quem estaria “com a razão”, pois em ambas as análises de ponderação não foram desenvolvidas argumentações suficientes, as quais teriam permitido chegar a essa conclusão.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

O ministro Moreira Alves concede a ordem com base na questão de ordem processual da prescrição.

⁷⁸ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 883.

⁷⁹ Monografia apresenta a Escola de Formação por Paula Gorzoni, “O Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”. Pág. 33.

⁸⁰ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 901

Já o ministro Maurício Corrêa, além de analisar a prescrição, entende que não houve violação da liberdade de expressão, pois não teria havido colisão de direitos. Dessa forma, não podemos saber sua posição quanto ao direito da liberdade de expressão.

Por último, o ministro Marco Aurélio entende que se trata de um direito absoluto uma vez que seria o pilar da democracia merecendo todas as opiniões, mesmo as minoritárias, o seu devido espaço sem a interferência de qualquer censura prévia ou proibição. Contudo, o ministro faz uma ressalva ao dizer que só poderia haver limitações quanto à forma de efetivação desse direito, à exemplo dos meios violentos e arbitrários para sua divulgação. Porém, essa limitação não é suficiente para afastar o caráter absolutista da sua visão do direito à liberdade de expressão.

4.10. Caso: Gerald Thomas
HC 83.996/RJ – 25/05/2004
Relator: Ministro Carlos Velloso

A. Fatos

Trata-se de um Habeas Corpus impetrado em favor do diretor de teatro Gerald Thomas Sievers. A denúncia imputa ao paciente a prática de ato obsceno (art. 233 do CP), porque, ao termino do espetáculo “Tristão e Isolda” o qual dirigiu, recebeu vaias e xingamentos e retribuiu a manifestação simulando uma masturbação e exibindo as nádegas para os espectadores que ali se encontravam.

O impetrante alega que não há, na denúncia, descrição de ato obsceno, pois a conduta praticada não atingiu o pudor das pessoas que lá se encontravam e afirma que a conduta não teve conotação sexual.

A Turma deferiu o pedido de habeas corpus e determinou a extinção do processo penal com o imediato trancamento da ação penal. Tal fato se deve pelo empate na votação, uma vez que a ministra Ellen Gracie acompanhou o relator e o ministro Celso de Mello acompanhou o ministro Gilmar Mendes.

B. Questões

A conduta praticada pelo paciente de ato obsceno está protegida pela liberdade de expressão?

C. Decisão/Fundamentos

- Ministro Carlos Velloso – indefere a ordem

O primeiro argumento apresentado pelo ministro é uma ponderação aos limites do habeas corpus. Esta ressalva faz compreender o motivo pelo qual o ministro não enfrentou a fundo a questão que envolve este caso.

“É claro que o exame dos fatos, nos estritos limites do processo de **habeas corpus**, não é feito de forma aprofundada. Ele se faz, simplesmente, para que se verifique se, de tais fatos, decorre a ocorrência de crime em tese...”⁸¹

⁸¹ HC 83.996/RJ – Voto do ministro Carlos Velloso.

Após esta observação passa a examinar se a conduta do paciente configura crime ao ponderar, nos ensinamentos de Nelson Hungria, que pouco importa a intenção específica de ofender, basta que a conduta conflite com o pudor público. E por fim indefere a ordem com base neste trecho

“É certo, tal como afirmado pela impetração, que, em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso tem sido considerada ofensiva ao pudor público. No entanto, mesmo tendo isso em conta, bem como o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada – interior de um teatro, às 2:00h – parece-me prematuro concluir que a conduta do paciente, praticada fora do contexto teatral, não teria atingido o pudor das pessoas que lá se encontravam para assistir a um espetáculo. Somente ao final da instrução é que o Juizado poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos, sobre a ocorrência ou não do delito.”⁸²

Ou seja, o ministro indefere o pedido de habeas corpus utilizando-se de argumentos processuais e formais, sem abordar a questão da liberdade de expressão em si.

- Ministro Gilmar Mendes – concede a ordem

Embora reconheça que, em tese, a conduta do paciente se ajuste ao tipo penal inscrito no artigo 233 do Código Penal, diverge do ministro relator.

Após o exame objetivo do caso concreto, aponta que “não se trata, também, de um gesto totalmente fora do contexto da própria peça teatral”⁸³. Com esta afirmação indica que a discussão está intimamente inserida dentro do contexto da liberdade de expressão, como demonstra o trecho

“A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada.

De resto, observe-se que a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, ainda que inadequada ou deseducada.”⁸⁴

⁸² HC 83.996/RJ – Voto do ministro Carlos Velloso.

⁸³ HC 83.996/RJ – Voto do ministro Gilmar Mendes.

⁸⁴ Idem.

O ministro entende que não cabe a lei punir os praticantes de atos como esse, mas sim a própria sociedade que fará por meio de suas críticas e repressões à esse tipo de conduta.

Com isso, podemos compreender que o ministro enquadra essa situação como livre exercício da liberdade de expressão.

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

O ministro Carlos Velloso indeferiu o *Habeas Corpus* por questões processuais, sem abordar o tema da liberdade de expressão. Já o ministro Gilmar Mendes concede a ordem por entender que o ato que gerou o *Habeas Corpus* foi apenas uma manifestação da liberdade de expressão, que se exagerado, ficaria a critério da sociedade reprová-lo.

Nenhum dos votos proferidos apresentou conceito de liberdade de expressão. Tampouco, se adentro no mérito dessa liberdade, bem como seu limite e extensão. Também não há como depreender deste caso o posicionamento dos ministros perante o caráter absoluto ou relativo dessa liberdade.

4.11. Caso: divulgação de pesquisa eleitoral

ADI 3741 / DF – 06/08/2006

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

A. Fatos

Trata-se de uma ADI ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC), a impugnar integralmente a Lei nº 11.300/97. Essa lei alterou a Lei 9.504/97 que dispunha sobre campanhas eleitorais nos aspectos da propaganda, do financiamento e da prestação de contas.

Postula, o autor, o reconhecimento da aplicabilidade do princípio de anterioridade da lei eleitoral (art. 16, CF) para impugnar a totalidade da norma.

Outro ponto presente na discussão diz respeito à inconstitucionalidade por ofensa à liberdade de expressão e ao direito à informação, do artigo 35-A da lei impugnada⁸⁵, cuja redação era a seguinte:

“Art. 35-A: É vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até 18 (dezoito) horas do dia do pleito”

A alegação de ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral não foi acatada por nenhum dos ministros do STF. Não considero necessário aprofundar o exame da discussão deste princípio visto que a controvérsia que pertence ao tema deste trabalho – liberdade de expressão – diz respeito apenas ao artigo 35-A. Esta que foi declarada inconstitucional, por unanimidade, em 06/09/2006.

B. Questões

Verificar como os ministros examinam o artigo 35-A da Lei 11.300/97 no tocante a disposição do texto constitucional referente à liberdade de expressão.

C. Decisão/Fundamentos

⁸⁵ O autor desta ação não faz menção específica a este artigo, quem o faz é o Partido Democrático Trabalhista, na ADI 3742, em que por apresentar identidade de objeto foi apensada aos autos desta ADI 3741.

Examino apenas o voto do ministro Ricardo Lewandowski, os demais ministros optaram por acompanhá-lo integralmente e embora concordem que o artigo 35-A ofende a liberdade de informação, não apresentaram argumentos a esta afirmação

- Ministro Ricardo Lewandowski – Procedência em parte a ação

“Quando, porém, se examina o artigo 35-A, não há como evitar-se uma perplexidade no tocante ao seu alinhamento com o texto constitucional”⁸⁶

Após essa consideração, o ministro Lewandowski percorre o caminho histórico da liberdade de expressão e informação. Inicia sua explanação ao demonstrar que estes direitos encontram abrigo desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁸⁷.

A seguir, ressalta que estes direitos passaram a constar em praticamente todos os textos constitucionais das nações civilizadas, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos. Cita o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁸, bem como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁸⁹, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966 e subscrito pelo Brasil. Por fim, chega à Constituição de 1988, em que transcreve os artigos 5º, IX, XIV e 220, § 1º, para demonstrar como essa tradição internacional foi abrangida pela Constituição Federal.

Para interpretar estes dispositivos constitucionais da Carta de 1988, o ministro emprega os ensinamentos de José Afonso da Silva e por fim conclui:

⁸⁶ ADI 3.741/ DF – Voto do ministro Ricardo Lewandowski, pág. 201

⁸⁷ “a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem”.

⁸⁸ DUDH, “art.19. Todo Homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e de transmitir informações e idéias por quaisquer meios independentemente de fronteiras”

⁸⁹ PIDCP, “art. 19, II. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e de espalhar informações e idéias de toda a espécie, impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha”

"A liberdade de expressão do pensamento, portanto, completa-se no direito à informação, livre e plural, que constitui um valor indissociável da idéia de democracia no mundo contemporâneo. Trata-se de um direito tão importante para a cidadania que somente pode ser suspenso na vigência do estado de sítio..."⁹⁰

Desta constatação acerca da liberdade de expressão conclui que o artigo 35-A representa uma restrição ao direito à informação. Para ratificar este argumento e declarar a inconstitucionalidade desse artigo se vale dos ensinamentos do ministro Gilmar Mendes, como se observa

"A propósito, vale lembrar preciosa lição do Ministro Gilmar Mendes, relacionada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no sentido de que a legitimidade de eventual medida restritiva 'há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim, devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais'⁹¹. A restrição ao direito de informação criada pela Lei 11.300 encaixa-se perfeitamente nessa última hipótese, visto que se mostra inadequada, desnecessária e desproporcional"⁹²

D. Conclusão prévia acerca da liberdade de expressão

O voto do ministro Lewandowski traça um perfil histórico do direito à liberdade de expressão com a intenção de conceituá-lo.

Embora o ministro afirme que o art.35-A representa uma restrição ao direito de informação, não é possível afirmar que emprega um caráter absoluto a esse direito, pois há um intento, mesmo que muito superficial, em ponderar a liberdade de expressão e o art.35-A, trazendo de volta a discussão ao caso concreto.

⁹⁰ ADI 3.741/ DF – Voto do ministro Ricardo Lewandowski, pág. 204

⁹¹ Gilmar Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo, Celso Basto, 1998, p. 39.

⁹² ADI 3.741/ DF – Voto do ministro Ricardo Lewandowski, pág. 206

5. PANORAMA GERAL

Até o presente momento, as decisões foram analisadas qualitativamente, uma a uma, priorizando o exame de detalhes. O que se pretende fazer neste capítulo é traçar um panorama geral dos acórdãos analisados, na tentativa de apontar qual é a orientação do STF, se esta existir.

Para facilitar esse processo, foram elaboradas quatro categorias descritas no sub-tópico “comparação entre os julgados”, em que melhor se exterioriza o entendimento do STF, a partir de pontos que penso centrais na argumentação entre os casos analisados, a saber: (i) conceito de liberdade de expressão; (ii) confusão entre conceitos distintos; (iii) direitos absolutos e relativos; e (iv) censura e regulação.

5.1. Comparação entre julgados

(i) Conceito de liberdade de expressão.

Haja vista a análise dos acórdãos, não foi possível conceber um entendimento do STF acerca da liberdade de expressão. Isto se deve, a meu ver, por dois motivos, quais sejam, por vezes o STF se restringe a uma simples leitura dos artigos da Constituição Federal que protegem a liberdade de expressão e outras utilizam afirmações isoladas que nos dizem pouco ou quase nada. Segue algumas citações, extraídas do capítulo 4, que exemplificam o que acabo de afirmar.

CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LEITURA DE ARTIGOS:

“Não há Estado Democrático de Direito sem observância da liberdade de expressão. Por isso, no rol das garantias constitucionais – artigo 5º da Constituição Federal de 1988 –, tem-se como livre a manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato (...) Sob o ângulo da comunicação social, preceitua o artigo 220 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.”⁹³

⁹³ HC 83.125/DF – Voto do Ministro Marco Aurélio, pág. 555.

"As limitações explícitas à liberdade de manifestação de pensamento se encontram arroladas nos artigos 5º, incisos IV, V, X, artigo 21, XII, alínea a, artigo 220, § 5º e artigo 221 e incisos"⁹⁴

AFIRMAÇÕES ISOLADAS:

"A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos ou históricos e a crítica." 95

"Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático" 96.

A Liberdade de expressão é essencial ao estado democrático.⁹⁷

A ausência de precisão acerca da liberdade de expressão faz com que o STF acaba por considerar que diversos outros direitos possam ser englobados nessa garantia constitucional, em outras palavras, tudo pode ser liberdade de expressão ou está protegido por ela, pois não há limites claros acerca da abrangência dessa locução.

Demonstro esse fato, não por desejar que o STF apresente conceitos precisos, quase didáticos, acerca dessa locução. Aponto, pois o inverso do que foi dito também pode ser verdadeiro, a saber, se tudo é liberdade de expressão, nada é.

Evento esse que pode ocasionar uma possível e perigosa conseqüência, quando se passa a afirmar que tudo pode ser englobado pela liberdade de expressão, delega-se uma amplitude tal e qual a essa garantia constitucional que por vezes pode-se acabar por restringir, de forma arbitrária, outros direitos e garantias previstos na Constituição, como ocorreu no caso "O Globo *versus* Garotinho".

Naquele caso estava presente a colisão entre os direitos fundamentais; liberdade de expressão e a inviolabilidade do sigilo telefônico. Na ocasião o ministro Marco Aurélio afirmou que a Constituição conferiu ênfase maior ao direito-dever de informar e sendo assim, votou no

⁹⁴ ADI 869/DF – Voto do ministro Ilmar Galvão, pág. 32.

⁹⁵ HC 83.125/DF – Ementa.

⁹⁶ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 873.

⁹⁷ HC 82.424/RS – Voto do ministro Gilmar Mendes, pág. 325/326

sentido de permitir ao jornal publicar gravações obtidas de forma ilícita, por meio de escutas clandestinas.

(ii) Confusão entre conceitos distintos.

Esta categoria deriva conclusivamente da falta de conceitos supra que resulta numa má utilização de conceitos técnicos, como se sinônimos fossem. Essa falha acabou por resultar na necessidade do terceiro capítulo, Delimitação dos Termos.

Na tabela abaixo não utilizo citações, como foi feito na categoria acima, pois entendo que, nesse caso, as citações ficariam fora do contexto de tal forma que não seria possível demonstrar a existência de conceitos distintos apontados como sinônimos. Para tanto, recorro a alguns casos, a título de exemplificação.

CONFUSÃO ENTRE CONCEITOS DISTINTOS

<u>Caso: Manifestações em Brasília</u>
--

<p>O problema inicial era examinar se o decreto importa numa restrição ou cerceamento ao direito de manifestação. Desta questão derivou o seguinte questionamento: "O direito de reunir-se pacificamente é um direito absoluto, ou é</p>
--

⁹⁸ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 306

um direito sujeito a regras? "98. O direito de reunião e o direito de manifestação são diferentes, porém os ministros confundem os dois termos no presente acórdão

Caso: Propaganda eleitoral grava em estúdio

Neste acórdão utilizasse as palavras restrição e censura prévia como sinônimos e não o são.⁹⁹

Caso: Folha e imunidade tributária

Aqui, a confusão perpassa as locuções direito de informar e direito à informação.

Como essas assertivas, pude verificar que o STF não trava um debate substantivo acerca da liberdade de expressão, exatamente por essas falhas de cunho técnico. Fato prejudicial ao Direito brasileiro como um todo, tendo em vista que o STF é o órgão encarregado, entre outras coisas, de direcionar, delimitar, a interpretação constitucional.

(iii) direitos absolutos e relativos

A importância desta categoria reside no fato que a partir de sua análise será possível fixar uma orientação clara, bem como adquirir evidências palpáveis, no sentido de corroborar ou não, a hipótese de trabalho proposta, a relembrar, a supremacia da liberdade de expressão advinda com o término da ditadura militar, sofreu uma supervalorização tal que acaba por restringir de forma arbitrária demais direitos quando confrontados. Indaga-se: a liberdade de expressão é absoluta?

Assim, passo a análise. Ao longo dos acórdãos examinados é possível notar que, em algum momento, os ministros individualmente afirmam que não há direitos absolutos no ordenamento jurídico e, por conseguinte, a liberdade de expressão também não o é.

⁹⁹ Esta questão será melhor analisada na categoria "censura e regulação"

DIREITOS ABSOLUTOS OU RELATIVOS?

“Penso que o direito de manifestação não é absoluto, é relativo, ou seja, encontra limite no desempenho regular do exercício dos direitos e dos deveres alheios”¹⁰⁰ (Ministro Octavio Gallotti)

“Entendo que se trata de um direito relativo, que pode se sujeitar a uma disciplina, mas esta não pode inviabilizá-lo. E foi o que aconteceu na norma em questão”¹⁰¹ (Ministro Sydney Sanches)

“Como os demais Membros da Corte, que já se pronunciaram, também entendo que o direito não é absoluto...”¹⁰² (Ministro Néri da Silveira)

“Os direitos fundamentais, por via de regra, não são direitos absolutos, são direitos relativos dentro de um critério de razoabilidade com relação a essa relatividade...”¹⁰³ (Ministro Moreira Alves)

“A livre expressão e divulgação de idéias não deve ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente por não se tratar de direito absoluto...”¹⁰⁴ (Ministro Celso de Mello)

“Não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis...”¹⁰⁵ (Ministro Sydney Sanches)

“Todos temos a convicção de que não há direitos absolutos na Carta da República. Nem aquele relativo à vida existente, já que a Carta excepciona a proibição da pena de morte, fazendo-o na hipótese de guerra.”¹⁰⁶ (Ministro Marco Aurélio)

“Liberdade de expressão. Garantia Constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos”¹⁰⁷ (Caso Ellwanger - Ementa)

Contudo, a sutileza desta análise reside na percepção de que há uma discrepância entre o que se afirma de forma abstrata, o qual seja, não há direitos absolutos, e o modo como se conduz a argumentação ao caso concreto, isto é, a subsunção do direito.

¹⁰⁰ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Octavio Gallotti, pág. 321

¹⁰¹ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Sydney Sanches, pág. 322

¹⁰² ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Néri da Silveira, pág. 324

¹⁰³ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Moreira Alves, pág. 325

¹⁰⁴ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, pág.605

¹⁰⁵ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Sydney Sanches, pág.601

¹⁰⁶ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Marco Aurélio, pág.610

¹⁰⁷ HC 82.424/RS – Ementa.

Esta percepção é muito tênue, pois existem casos em que não há como afirmar se o STF, por meio de seus ministros, considera a liberdade de expressão como um direito absoluto dentro do Estado Democrático ou se decide pela preeminência dessas liberdades de acordo com as circunstâncias do caso concreto

Um caso emblemático, nesse sentido, é o caso “Manifestações em Brasília”, pois o STF foi provocado a responder a seguinte questão: “o direito de reunir-se pacificamente é um direito absoluto, ou é um direito sujeito a regras?”¹⁰⁸. Na ocasião a dúvida que parou sobre o voto do ministro Marco Aurélio fez com que o ministro Nelson Jobim indagasse:

– Nelson Jobim: “pelo que entendi do voto do Ministro Marco Aurélio, ele não admite nenhum tipo de regramento, não é isso?”

– Marco Aurélio: “a priori, não concebo um regramento que acabe tornando inócua a garantia constitucional”¹⁰⁹.

O ministro Maurício Corrêa, por sua vez, afirmou que a questão do direito de reunir-se pacificamente ser um direito absoluto, ou um direito sujeito a regras, não foi definida no voto do Ministro Marco Aurélio.

Diante destas circunstâncias, passo a análise da próxima categoria, por guardar relação íntima com essa categoria possibilita intentar descobrir, efetivamente, se no caso concreto existe a possibilidade de restrição a esse direito.

(iv) censura e regulação

Antes de iniciar o exame desta categoria, faço uma pequena distinção pontual entre censura prévia e restrição, devido as minúcias que estes termos acarretam.

Segundo José Afonso da Silva¹¹⁰, censura prévia é intervenção oficial que impede a divulgação do material. Restrição, por sua vez, denota que o direito não é absoluto, é relativo, ou seja, que pode se sujeitar a uma disciplina, desde que este não o inviabilize (Sydney Sanches – ADI-MC 1969/DF). É dizer que o direito encontra limite no desempenho regular do

¹⁰⁸ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 306

¹⁰⁹ ADI-MC 1969/DF - Voto do Ministro Nelson Jobim, pág. 313

¹¹⁰ Curso de Direito Constitucional Positivado Malheiros Ed, 2008, pág. 247

exercício dos direitos e dos deveres alheio (Octavio Gallotti – ADI-MC 1969/DF).

Divido a presente análise em dois momentos. Primeiro nega-se veemente qualquer restrição que balize a liberdade de expressão. Entretanto, num segundo momento admite-se restrição a este direito, porém esta limitação deve estar na Constituição Federal. Recortei as citações abaixo por serem emblemáticas e que refletem o STF.

CENSURA E REGULAÇÃO

Impossibilidade de restrição:

“A censura, em suas diversas formas – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial –, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos.”¹¹¹ (Marco Aurélio)

“A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público e nem submetida a ilícitas interferências do Estado”¹¹² (Celso de Mello)

Admitem-se limitações:

“Todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pela sua variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, não de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição”¹¹³ (Ilmar Galvão)

Primeiramente se observa que ao interpretar a Constituição Federal, extraiu-se um caráter absoluto e não interventivo do Estado no direito à liberdade de expressão. Uma idéia recorrente que vem corroborar essa idéia é que em uma sociedade democrática e livre não se pode institucionalizar a intervenção prévia a este direito e nem admiti-la por meio da “falsa roupagem” do cumprimento e observância da Constituição.

¹¹¹ HC 82.424/RS – Voto do ministro Marco Aurélio, pág. 866

¹¹² ADI 956-7/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, Pág.298

¹¹³ ADI 869/DF – Voto do ministro Ilmar Galvão, pág. 32.

Sendo assim, conjugando esta categoria com a terceira categoria, “direitos absolutos e relativos”, concluo que de fato há uma discrepância entre o que se afirma de forma abstrata, o qual seja, não há direitos absolutos, e o modo como se conduz a argumentação ao caso concreto, isto é, a subsunção do direito.

A passagem a seguir do ministro Celso de Mello vem a corroborar e exemplificar a tese acima:

“A livre expressão e divulgação de idéias não deve ser impedida pelo Estado, cabendo advertir, no entanto – precisamente **por não se tratar de direito absoluto** – que eventuais abusos cometidos no exercício dessa prerrogativa constitucional ficarão sujeito à apreciação do Poder Judiciário, mediante **controle jurisdicional a posteriori**”¹¹⁴

(...)

“A Constituição é clara ao estabelecer que são essencialmente livres a manifestação do pensamento e a comunicação de idéias, assegurando-se, por igual, **sem qualquer interferência estatal prévia**, ‘em qualquer veículo de comunicação social’, o pleno exercício da liberdade de informação.”¹¹⁵ (grifo meu)

O ministro explicita que o direito à liberdade de expressão não é absoluto. No entanto – segundo o ministro –, este mesmo direito não pode sofrer interferência estatal prévia. Ou seja, apesar desse direito não ser absoluto, há limites para a sua restrição.

5.2. Liberdade de Expressão frente aos demais direitos

Tendo em vista a análise destas categorias, recorro ao sub-tópico “Liberdade de Expressão frente aos demais direitos”. Aqui, pretendo apreciar se o STF quando provocado a discutir um conflito que envolve a proteção à liberdade de expressão e outros direitos, se há uma tendência de sempre se decidir por proteger, privilegiar e garantir a liberdade de expressão frente aos demais direitos e questões envolvidas.

¹¹⁴ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, pág.604

¹¹⁵ ADI 2.566/DF - Voto do Ministro Celso de Mello, pág.605

Os acórdãos selecionados além de guardarem uma relação entre si estão submergidos em um contexto de discussão, que por vezes, apresentam no mérito, questões de cunho político, militar, da moral e dos bons costumes, religião, dignidade da pessoa humana.

Dentro desse contexto diversificado, nada melhor do que analisar a incidência desta garantia constitucional nos casos analisados e possivelmente estabelecer possíveis relações.

Assim recorro a uma tabela que apresenta uma questão e três classes que melhor agrupam os temas dos acórdãos analisados. A pergunta se refere ao conflito que existe em cada caso, por exemplo, liberdade de expressão versus a dignidade da pessoa humana (Caso ECA e comunicação social), neste caso, o STF decidiu de modo a prevalecer e garantir a incidência da liberdade de expressão sobre o outro direito ou não?

Quando o caso versa sobre alguma norma que intenta de alguma maneira balizar a liberdade de expressão e esta foi julgada constitucional, entendo que não prevaleceu a liberdade de expressão de forma absoluta, ampla, e assim sendo, aponto na tabela que não prevaleceu a liberdade de expressão (Exemplo: Proselitismo em emissoras comunitárias).

Aponto que exagero o sentido da palavra "prevaleceu", denoto um sentido que remete a idéia que a liberdade de expressão naquele caso é tida como direito absoluto, incapaz de ser restringido, e hierarquicamente superior aos demais direitos, embora todas as normas constitucionais pertençam ao mesmo patamar hierárquico.

No que tange as classes, por político-eleitoral compreende-se temas que envolvem a propaganda partidária e divulgação de pesquisas eleitoral. A classe religião representa os casos que contém algum conflito que incida em algum tema que envolva as religiões. Por fim, a classe outros direitos, abarca os demais temas, a dignidade da pessoa humana, moral e bons costumes, questões militares, tributos.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AOS DEMAIS DIREITOS				
CASO	PREVALECEU A LIBERDADE DE EXPRESSÃO?	POLÍTICO ELEITORAL	RELIGIÃO	OUTROS DIREITOS
1. Propaganda eleitoral gravada em estúdio	NÃO	X	-	-
2. Folha e imunidade tributária	SIM	-	-	X
3. Manifestações em Brasília	SIM	-	-	X
4. ECA e comunicação social	SIM	-	-	X
5. Proselitismo em emissoras comunitárias	NÃO	-	X	-
6. Propaganda partidária e coligações	NÃO	X	-	-
7. O Globo x Garotinho	NÃO	X	-	-
8. Ofensa às Forças Armadas	SIM	-	-	X
9. Ellwanger	NÃO	-	X	-
10. Gerald Thomas	SIM	-	-	X
11. Divulgação de pesquisa eleitoral	SIM	X	-	-

Ao conjugar as informações contidas na tabela acima, afirmo que a liberdade de expressão sempre prevalece quando o mérito do caso a ser julgado, bem como os direitos que estão presentes não enfrentam assuntos referentes a religião e questões político-eleitoral. Nos demais direitos a sua incidência é soberana.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho procurou, por meio de uma pesquisa extensiva de acórdãos, analisar o tratamento que a questão da liberdade de expressão recebe do STF, com o intuito de traçar uma orientação da real situação com que o tema vem sendo debatido.

A primeira conclusão que intuo é referente a ausência de precisão acerca da liberdade de expressão que acaba por considerar que diversos outros direitos possam ser englobados nessa garantia constitucional, em outras palavras, tudo pode ser liberdade de expressão ou está protegido por ela, pois não há limites claros acerca da abrangência dessa locução.

A conseqüência lógica desta constatação se verifica nas falhas de cunho técnico, a saber, má utilização de conceitos que acaba por fazer tomar conceitos distintos como sinônimos fossem.

Como essas assertivas, pude verificar que o STF não trava um debate substantivo acerca da liberdade de expressão, exatamente por essas falhas de cunho técnico. Fato prejudicial ao Direito brasileiro como um todo, tendo em vista que o STF é o órgão encarregado, entre outras coisas, de direcionar, delimitar, a interpretação constitucional.

Passo agora a questão da liberdade de expressão ser ou não um direito absoluto. Como foi afirmado anteriormente há uma discrepância entre o que se afirma de forma abstrata, o qual seja, não há direitos absolutos, e o modo como se conduz a argumentação ao caso concreto, isto é, a subsunção do direito.

Esta assertiva veio a ser corroborada pela tese demonstrada de que embora a liberdade de expressão não seja um direito absoluto não pode sofrer interferências estatal prévia, muito embora essa tendência a não restringir esse direito mude de direção conforme o vento, a saber de casos em que o STF se demonstra extremamente cauteloso ao fazer esse tipo de afirmação

Contudo o que foi explorado afirmo que de fato ocorre uma supervalorização dessa garantia constitucional e uma proteção especial a essa liberdade pelo STF, o qual delega um status de direito absoluto, embora afirme veementemente que não existe direitos absoluto no ordenamento jurídico.

Com a análise da tabela “liberdade de expressão frente aos demais direitos”, vislumbro que toda essa proteção apresenta limitações a sua inserção, pois a liberdade de expressão somente prevalece quando o contexto que está inserida não confronta temas referente a religião – um exemplo é o caso Ellwanger - bem como temas referente a propagandas partidárias e divulgação de pesquisa. Nesse sentido o STF se mostra mais cauteloso a observância desenfreada dessa garantia.

7. BIBLIOGRAFIA

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

GODOI, Guilherme Canela de Souza. *Liberdade de Expressão: Problematizando um Direito Fundamental*. Trabalho apresentado ao NP 10 – Políticas e Estratégias de Comunicações, do V encontro dos Núcleos de Pesquisa da Intercom, Sociedade Brasileira de Ciências da Comunicação

GORZONI, Paula. O Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Monografia apresentada a Escola de Formação

MARTINS, Leonardo. Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo – Parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS. Este artigo foi retirado da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, org. André Ramos Tavares, vol. 4, 2007

PRESTZEL, Bruna Romano. O Ministro Marco Aurélio e a liberdade de expressão: uma análise de argumentação. Monografia presenteada a Escola de Formação. Texto disponível em http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=93

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 6ª Ed, 2008

ACÓRDÃOS ANALISADOS

ADI 956/DF; RE 203859/SP; ADI-MC 1969/DF; ADI 869/DF; ADI-MC 2566/DF; ADI-MC 2677/DF; Pet 2702/RJ; HC 83.125/DF; HC 82424/RS; HC 83.996/RJ; ADI 3741/DF.